

Este libro analiza la defensa penal efectiva en América Latina, a partir de un proyecto de investigación desarrollado en Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, México y Perú, entre 2012 y 2014. La investigación se inspiró en una similar realizada en Europa que culminó con la publicación del libro *Effective Criminal Defence in Europe*, en 2010.

La investigación fue realizada por las siguientes organizaciones: Asociación por los Derechos Civiles, ADC (Argentina); Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP (Argentina); Conectas Direitos Humanos, Conectas (Brasil); Instituto de Defesa do Direito de Defesa, IDDD (Brasil); Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia (Colombia); Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, ICCPG (Guatemala); Instituto de Justicia Procesal Penal (México), y Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana, CERJUSC (Perú). Contó con el apoyo de Open Society Justice Initiative (Justice Initiative) y fue financiada por la Iniciativa de Derechos Humanos y el Programa de América Latina de la Fundación Open Society.

El libro tiene tres partes. La primera, analiza de manera general los estándares internacionales y regionales relacionados con los derechos relevantes para el acceso a una defensa penal efectiva. La segunda, examina la situación de la defensa efectiva en Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, México y Perú. Y la tercera, ofrece un análisis transversal de los hallazgos encontrados en materia de defensa penal efectiva en la región. Además, incluye como anexo un desarrollo particularizado de los estándares internacionales sobre defensa penal efectiva para la región.

Alberto Binder, Ed Cape, Zaza Namoradze

Defensa penal efectiva en América Latina

Argentina | Brasil | Colombia | Guatemala | México | Perú

ADC, CERJUSC, CONECTAS, DEJUSTICIA
ICCPG, IDDD, IJPP, INECIP



Defensa penal efectiva en América Latina



Defensa penal efectiva en América Latina



Alberto Binder / Ed Cape /
Zaza Namoradze / ADC/
Cerjusc / Conectas /
Dejusticia / IDDD / ICCPG /
IJPP / INECIP

Defensa penal efectiva en América Latina

Alberto Binder / Ed Cape / Zaza Namoradze /
ADC/ Cerjusc / Conectas / Dejusticia /
IDDD / ICCPG / IJPP / INECIP

Enero de 2015

Defensa penal efectiva en América Latina

Esta publicación fue posible gracias a la generosa financiación de Open Society Foundations.

Esta publicación cuenta con el apoyo de la Red Regional para la Justicia Previa al Juicio - América Latina

ISBN xxxx

© 2015 XXXXxxxx

PREFACIO Y AGRADECIMIENTOS

Este libro se basa en el proyecto de investigación “Promover la defensa efectiva de las personas procesadas penalmente en América Latina”, desarrollado durante dos años y medio e iniciado a mediados de 2012. Fue implementado por las siguientes organizaciones: Asociación por los Derechos Civiles, ADC (Argentina), Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP (Argentina), Conectas Direitos Humanos, Conectas (Brasil), Instituto de Defesa do Direito de Defesa, IDDD (Brasil), Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad, DEJUSTICIA (Colombia), Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, ICCPG (Guatemala), Instituto de Justicia Procesal Penal (México), Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana, CERJUSC (Perú), con el apoyo de Open Society Justice Initiative (Justice Initiative). La investigación fue financiada por la Iniciativa de Derechos Humanos y el Programa de América Latina de la Fundación Open Society.

El propósito fundamental del proyecto es contribuir a la implementación real y efectiva de los derechos de las personas que necesitan defensa penal en América Latina para garantizar el derecho a un juicio justo, especialmente cuando estas no pueden pagar un abogado. La meta es avanzar hacia la garantía de sus derechos por medio del fortalecimiento de los estándares regionales de defensa penal efectiva, ya que, a través de la exploración específica realizada en seis países de América Latina, es posible brindar evidencia empírica de la operación práctica de la defensa efectiva, así como proponer recomendaciones de reforma a quienes diseñan políticas públicas y a quienes litigan en el sistema penal.

Ahora bien, la defensa penal efectiva también se enmarca en el proceso dinámico de reforma a la justicia penal en el que se encuentra América Latina. Esto genera, por una parte, la imposibilidad de una actualización absoluta sobre la situación de la

defensa en los países y, por otra, la necesidad de mostrar con claridad las líneas maestras que guían esos cambios y que pueden señalarse como estables y estructurales. En este sentido, los capítulos nacionales expresan el estado de la situación a inicios de 2014. Los cambios posteriores a esa fecha no han sido incorporados, pero se puede decir que no modifican los hallazgos principales de esta investigación.

Este proyecto se inspiró en uno realizado en Europa que culminó con la publicación del libro *Effective Criminal Defence in Europe* en 2010,¹ que generó un avance significativo en el derecho penal comparado en Europa y se constituyó en un recurso importante para apoyar reformas en la región. Ambos proyectos colocaron en el centro de la investigación a la persona sospechosa o acusada de cometer un delito y examinaron el acceso a la defensa penal efectiva desde su perspectiva como condición previa para disfrutar las garantías de un juicio justo. Desde una perspectiva sustantiva y procedimental, las garantías procesales y la defensa penal efectiva son esenciales para un juicio justo. El significado de la defensa penal efectiva es más amplio que el de una asistencia legal simple y competente, pues aunque la asistencia legal sea buena, no garantiza un juicio justo sin las otras garantías que son necesarias. Así, contar con una defensa penal eficaz requiere una adecuada estructura constitucional y legal, un apropiado marco institucional, el compromiso político necesario, y una cultura legal y profesional que la facilite.

Este proyecto contó con un equipo de gestión del proyecto encargado de su planificación, dirección y ejecución, integrado por representantes de ocho organizaciones de seis países de América Latina y por el Justice Initiative: Rafael Custodio y Vivian Calderoni (Conectas), Isadora Fingermann (IDDD), Mario Avalos (ICCPG), Ana Aguilar García (IJPP), Miguel La Rota (DEJUSTICIA), Nataly Ponce (CERJUSC), Sebastián Narvaja (INECIP), Álvaro Herrero (ACD), y Marion Isobel y Zaza Namoradze del Justice Initiative. Además, DEJUSTICIA suministró la gestión financiera global del proyecto y la coordinación general; esta última, en compañía del Justice Initiative. Miguel La Rota de DEJUSTICIA y Marion Isobel del Justice Initiative tuvieron un rol invaluable en la ejecución general del proyecto y contribuyeron sustancialmente al mismo.

Además, se contó con un equipo asesor de investigación que orientó a los investigadores de los países y elaboró los capítulos comparativos y analíticos del libro. Fue conformado por Alberto Binder, Ed Cape y Zaza Namoradze, quienes tienen

¹ Ed Cape, Zaza Namoradze, Roger Smith and Taru Spronken, *Effective Criminal Defence in Europe*, Antwerp: Intersentia, 2010.

conocimiento y experiencia sustantiva en los sistemas de justicia penal de diferentes jurisdicciones de distintos países del mundo. Alberto Binder es profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires, fundador y vicepresidente del INECIP, miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y autor de varias publicaciones, entre ellas: *De las Repúblicas aéreas al Estado de derecho. Ideas para un debate sobre la reforma judicial en América Latina*. Por su parte, Ed Cape y Zaza Namoradze son coautores (junto con otras personas) de los libros *Effective Criminal Defence in Europe* (2010) y *Effective Criminal Defence in Eastern Europe* (2012). Además, Ed Cape es profesor de Derecho de la Universidad de West of England, y ha realizado varios proyectos sobre defensa efectiva y proceso penal en la Unión Europea y en otros países, incluyendo la publicación de Open Society Justice Initiative, *Improving Pretrial Justice: the Roles of Lawyers and Paralegals, and Early Access to Legal Aid in Criminal Justice Processes: a Handbook for Policymakers and Practitioners*, producida por UNODC y UNDP con la asistencia técnica de Open Society Justice Initiative. Además, Zaza Namoradze es director de la Oficina de Budapest del Justice Initiative y ha dirigido un amplio número de proyectos relacionados con las reformas a la asistencia legal, entre las cuales se encuentran iniciativas nacionales de reforma en Europa del Este, y en varios países de África y Asia.

Así mismo, un proyecto de esta naturaleza se basa en el trabajo de un gran número de personas. El equipo de gestión del proyecto contó con la asistencia significativa de Carolina Villadiego (DEJUSTICIA) y Katalin Omboli (Justice Initiative). Además, tuvieron un rol crucial los autores de los capítulos nacionales: Lucas Gilardone y Sebastián Narvaja (Argentina), Isadora Fingermann y Maira Zapater (Brasil), Carolina Bernal (Colombia), Juan Pablo Muñoz Elías (Guatemala), Ana Aguilar García y Gregorio González Nava (México), y Liliana Bances Farro y Nataly Ponce Chauca (Perú). Del mismo modo, los revisores nacionales jugaron un rol importante, criticando y validando la información presentada por los autores en sus capítulos nacionales. Ellos fueron: Alfredo Pérez Galimberti y Francisco Marull (Argentina), Ludmila Vasconcelos Leite Groch, Rafael Custodio y Vivian Calderoni (Brasil), Miguel La Rota Uprimny (Colombia), Luis Rodolfo Ramírez García, Mario Avalos Quispal y Mario Ernesto Archila Ortiz (Guatemala), Miguel Sarre Igúñiz (México) y Nataly Ponce Chauca (Perú). Igualmente, los autores recibieron un invaluable apoyo de parte de investigadores nacionales, cuyos nombres son relacionados en los respectivos capítulos de la parte II de este libro. Finalmente, agradecemos a Juanita Durán por la edición del texto final, y extendemos nuestra gratitud a todas aquellas personas, nombradas y no nombradas, que contribuyeron en la investigación y en el libro.

Esperamos que este libro, al igual que sus predecesores, contribuya a mejorar el conocimiento y comprensión de los factores que influyen en la defensa penal efectiva. Nuestro objetivo es que sea una fuente de inspiración para lograr programas constructivos y eficaces que contengan las políticas y las acciones necesarias para instaurar los estándares y lineamientos regionales requeridos dentro de la Organización de Estados Americanos, el sistema interamericano de derechos humanos y los sistemas nacionales, a través de los mecanismos diseñados para lograr que toda persona que lo necesite tenga una defensa penal efectiva. La investigación y el libro se presentarán durante el primer trimestre de 2015. Confiamos en que esta obra les proporcione información y análisis valiosos. Los millones de personas que son arrestadas, detenidas o procesadas cada año en América Latina tienen derecho a ser tratadas de manera justa y equitativa. Este derecho debe ser una realidad.

Enero de 2015

Alberto Binder

Ed Cape

Zaza Namoradze

CONTENIDO

Prefacio y agradecimientos.....	V
Contenido.....	IX
Biografías	XXVII
PARTE I. DEFENSA PENAL EFECTIVA EN AMÉRICA LATINA	1
Capítulo 1. Defensa penal efectiva y garantías judiciales	3
1. Introducción	3
2. Defensa penal efectiva y garantías judiciales.....	6
3. El proyecto de investigación y su metodología	10
3.1. Los objetivos y fines del proyecto.....	11
3.2. El contenido y alcance del proyecto	12
3.3. La metodología del proyecto.....	13
4. Los derechos involucrados en un juicio justo en un contexto internacional	15
4.1. El contexto global.....	15
4.2. El sistema latinoamericano de derechos humanos	19
4.3. El enfoque europeo.....	22
4.3.1. Introducción.....	22

4.3.2. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos	23
4.3.3. La Unión Europea y los derechos procesales.....	27
4.3.4. Derechos procesales en Europa: un ejemplo	30
5. Conclusiones	32
6. Bibliografía.....	34
Capítulo 2. Estándares latinoamericanos sobre defensa penal efectiva	35
1. Introducción	35
2. El contexto de una justicia penal en proceso de cambio	39
2.1. La Corte Interamericana. Preocupaciones de época.....	41
2.2 Los modelos de organización inquisitoriales. El problema de la burocratización de los problemas	43
2.3. El ejercicio de la abogacía: formalismo en contra del ejercicio de los derechos.....	44
2.4. Condiciones carcelarias y defensa.....	46
2.5. Debido proceso, juicio imparcial o juicio justo	47
2.6. Algunas aclaraciones sobre los sistemas penales (infracciones penales, imputación de hecho y formal, aprehensión, arresto, detención)	51
3. Estándares internacionales	54
3.1. Derecho a contar con información.....	58
3.1.1. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y causas del arresto o detención y los derechos que emanan de esa situación	60
3.1.2. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas de la imputación (formulación de cargos o acusación	64
3.1.3. Derecho a obtener información sobre los derechos relativos a su defensa que le están garantizados.....	66
3.1.4. Derecho a obtener acceso a la evidencia material del caso y a la carpeta de la investigación (legajo, expediente, archivo, sumario, archivo, etc.).....	67
3.2. Derecho a defenderse y a contar con asistencia legal.....	69

3.2.1. Derecho de la persona imputada a defenderse y representarse personalmente	69
3.2.2. Derecho a contar con asistencia y representación legal (técnica) de su confianza y libre elección	71
3.2.3. Derecho a contar con asistencia legal durante el interrogatorio	72
3.2.4. Derecho a conferenciar en privado con el abogado defensor.....	73
3.2.5. Derecho a elegir y contar gratuitamente con los servicios de un abogado, para las personas que no puedan pagarlos.....	74
3.2.6. Derecho a que los abogados se rijan conforme estándares profesionales mínimos, deban orientarse exclusivamente por el interés de su defendido y sean independientes	75
3.3. Derechos o garantías judiciales genéricas, relativas al juicio imparcial (fair trial)	77
3.3.1. Derecho a ser presumido inocente	77
3.3.2. Derecho a guardar silencio o a no declarar contra uno mismo.....	78
3.3.3. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente	80
3.3.4. Derecho a estar presente en el juicio y a participar en él	85
3.3.5. Derecho a que las decisiones que lo afectan sean motivadas en fundamentos razonados	86
3.3.6. Derecho a una revisión integral de la sentencia de condena	88
3.4. Derechos o garantías vinculadas con la efectividad de la defensa	90
3.4.1. Derecho a investigar el caso y proponer pruebas.....	90
3.4.2. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa.....	92
3.4.3. Igualdad de armas en la producción y control de la prueba y en el desarrollo de las audiencias públicas y adversariales.....	92

3.4.4. Derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas	93
4. Consideraciones finales.....	94
5. Bibliografía.....	95
Capítulo 3. Argentina.....	99
1. Introducción	99
1.1. Información política y demográfica	99
1.2. La selección de jurisdicciones.....	100
1.3. Descripción del sistema de justicia penal. Estructuras organizacionales y reformas	100
1.4. Descripción del proceso penal. Procedimientos y reformas	104
1.4.1. El inicio de la persecución penal	104
1.4.2. La imputación y la libertad	105
1.4.3. La acusación	106
1.4.4. El juicio	107
1.4.5. Las víctimas y sus derechos	108
1.4.6. El control de las garantías	108
1.5. Problemas sociales y políticos vinculados a la justicia penal.....	108
1.6. Precisiones metodológicas.....	109
2. Asistencia jurídica gratuita.....	110
2.1. Los costos de la defensa	110
2.1.1. Gasto en defensa pública por jurisdicción	110
2.1.2. Ingresos de defensores públicos comparados con otros actores	111
2.2. Organización de la defensa jurídica gratuita.....	112
2.2.1. Esquema organizacional por jurisdicción	112
2.2.2. Recursos materiales por jurisdicción.....	115
3. Los derechos y su implementación.....	117
3.1. Derecho a la información	117
3.1.1. Derecho a ser informado de las causas de arresto o detención y los derechos que emanen de esta situación.....	117
3.1.2. Derecho a ser informado sobre la imputación, formulación de cargos o acusación	118

3.1.3. Derecho a ser informado sobre las posibilidades defensivas del imputado	120
3.1.4. Derecho a tener acceso a los elementos de prueba en contra	121
3.2. El derecho a defenderse activamente	122
3.2.1. Derecho a defenderse a sí mismo personalmente.....	122
3.2.2. Derecho a elegir y a contar con un defensor de confianza y calidad técnica	123
3.2.3. Derecho a ser interrogado en presencia del defensor.....	126
3.2.4. Derecho a comunicarse en privado con el defensor	127
3.2.5. Derecho a contar con un defensor provisto por el Estado cuando el imputado no pueda pagar uno....	128
3.2.6. Derecho a que el defensor preserve los intereses de su defendido sin adhesión a otros criterios o directivas superiores	129
3.3. Derechos procesales	131
3.3.1. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso.....	131
3.3.2. Derecho a participar directamente y en presencia durante el juicio	136
3.3.3. Derecho a ser presumido inocente y tratado como tal	137
3.3.4. Derecho a guardar silencio durante todo el proceso.....	139
3.3.5. Derecho a decisiones fundadas.....	140
3.3.6. Derecho a una revisión integral del fallo de condena.....	142
3.3.7. Derecho a la defensa efectiva durante la ejecución de la pena	144
3.4. Garantías de eficacia de la defensa.....	145
3.4.1. Derecho a investigar el caso y proponer pruebas.....	145
3.4.2. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa.....	147
3.4.3. Igualdad de armas en la producción y el control de la prueba en todas las instancias	149
3.4.4. Derecho a contar con un intérprete de confianza y a la traducción de documentos y pruebas	152
4. La cultura profesional de defensores particulares y públicos	153
4.1. Reglas y percepción sobre el rol de los abogados defensores y sus deberes hacia el cliente.....	153

4.1.1. El rol de los abogados en las leyes colegiales	153
4.1.2. Normas éticas y sanciones disciplinarias	154
4.2. Los colegios de abogados y su rol.....	156
4.3. Responsabilidad de los colegios profesionales en la asistencia jurídica gratuita.....	157
4.4. Mecanismos de control de calidad del servicio jurídico	158
4.5. La independencia profesional de los abogados defensores.....	158
5. Derechos de los pueblos originarios	159
5.1. Reconocimiento normativo de los pueblos originarios	159
5.2. Instituciones específicas para la defensa de miembros de pueblos originarios.....	160
5.3. Abogados especializados en la defensa de miembros de pueblos originarios.....	161
5.4. Audiencias en lenguas ancestrales.....	162
5.5. Reconocimiento de penas impuestas por tribunales indígenas.....	162
6. El compromiso político para la defensa penal efectiva.....	163
6.1. La cuestión penal en el discurso público	163
6.2. Los procesos de reforma. Situación actual	164
6.3. Otras penalidades: los códigos de faltas.....	166
7. Conclusiones	168
Recomendaciones	172
8. Bibliografía	174
Capítulo 4. Brasil	181
1. Introducción	181
1.1. Contexto político, social y cultural de la formación del sistema de justicia brasileño.....	181
1.2. Síntesis de la estructura y el procedimiento de la justicia penal brasileña.....	183
1.3. Justificación de la delimitación geográfica y metodología de la investigación.....	187
2. Asistencia judicial	191
3. Los derechos legales y su implementación.....	196
3.1. Derecho a la información	196
3.2. Derecho a la defensa y a la autodefensa.....	200

3.3. Derechos procesales	205
3.3.1. Derecho a estar en libertad durante el proceso y aspectos de la prisión durante el proceso	209
3.3.2. Derecho a estar presente en el juicio.....	213
3.3.3. Derecho a la presunción de inocencia	214
3.3.4. Derecho a guardar silencio.....	214
3.3.5. Derecho a decisiones fundamentadas	215
3.3.6. Derecho a la defensa durante la ejecución de la pena.....	215
3.4. Derechos relacionados con la defensa efectiva	216
3.4.1. Derecho a investigar el caso	216
3.4.2. Derecho a contar con tiempo e instalaciones adecuadas para preparar la defensa	218
3.4.3. Derecho a la igualdad de armas en la declaración de los testigos.....	218
3.3.4. Derecho a tener traducción e intérprete cuando las personas no hablan la lengua nacional	219
4. Cultura profesional de los abogados defensores y los defensores públicos	220
4.1. Las asociaciones profesionales de abogados	220
4.2. El papel del abogado en el procedimiento penal y su deber con los clientes	220
4.3. Mecanismos de garantía e independencia profesional individual de los abogados de la defensa.....	222
5. Derechos de las poblaciones nativas	222
6. Compromiso político con la eficacia de la defensa	224
7. Conclusiones	227
Recomendaciones	231
8. Bibliografía.....	233
Capítulo 5. Colombia.....	235
1. Introducción	235
1.1 Información sociodemográfica básica.....	236
1.2 Índices de criminalidad y situación carcelaria.....	237
1.3 Caracterización del sistema penal.....	238
1.4 El proceso penal en el marco del sistema acusatorio (SA)	239

2.	Asistencia legal	242
2.1	Estructura y organización de la defensoría pública	242
2.2	El servicio de defensa pública.....	243
2.2.1.	Los defensores públicos.....	244
2.2.2.	Los usuarios.....	247
2.2.3.	Provisión del servicio de defensa pública	249
3.	Derechos legales y su implementación	252
3.1.	Derecho a la información	252
3.2.	Derecho a la propia defensa	255
3.3.	Derechos procesales	260
3.3.1.	Derecho a mantener la libertad durante el juicio y cuestiones relativas a la prisión preventiva	260
3.3.2.	Derecho a estar presente en el juicio.....	262
3.3.3.	Derecho a la presunción de inocencia	263
3.3.4.	Derecho a guardar silencio	264
3.3.5.	Derecho a que las decisiones sean motivadas.....	266
3.3.6.	Derecho a apelar y otros derechos procesales posteriores a la sentencia	267
3.4.	Derechos relativos a la defensa efectiva.....	268
3.4.1.	Principio de igualdad de armas y derechos de la defensa para la investigación	268
3.4.2.	Derecho a contar con tiempo y facilidades adecuadas para preparar la defensa	273
3.4.3.	Derecho a la igualdad de armas en el interrogatorio a testigos	273
3.4.4.	Derecho a contar gratuitamente con intérpretes en las audiencias y a obtener traducciones d e los expedientes	274
4.	La cultura profesional de los abogados defensores	274
5.	Compromiso político con la defensa penal efectiva	276
6.	Conclusiones	278
	Recomendaciones	281
7.	Bibliografía.....	284

Capítulo 6. Guatemala	289
1. Introducción	289
1.1. Información política y demográfica.....	289
1.2. Descripción general del sistema de justicia penal.....	290
1.3. Estructura general del sistema de justicia penal y descripción del proceso penal.....	291
1.4. El fenómeno de la criminalidad y respuesta del Estado	295
2. Asistencia legal	296
3. Derechos asociados al derecho de defensa penal y su implementación en la práctica	302
3.1. Derecho a contar con información	302
3.2. Derecho a la propia defensa penal y a la representación legal.....	304
3.3. Derechos procesales	306
3.3.1. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso mientras el juicio se encuentra pendiente.....	306
3.3.2. Derecho del acusado a ser juzgado en su presencia	308
3.3.3. Derecho a ser presumido inocente	309
3.3.4. Derecho a guardar silencio y/o a no declarar contra sí mismo	311
3.3.5. Derecho a que las decisiones que lo afectan sean motivadas en fundamentos razonados	312
3.3.6. Derecho de apelación.....	314
3.3.7. Derecho a asistencia legal durante la etapa de ejecución penal.....	315
3.4. Derechos relativos a la efectiva defensa penal	316
3.4.1. Derecho a investigar el caso y proponer pruebas.....	316
3.4.2. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa.....	318
3.4.3. Derecho a la igualdad de armas en la producción y el control de las pruebas y en el desarrollo de las audiencias públicas y adversariales	321
3.4.4. Derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas	322
3.5. Derecho de defensa durante la ejecución de la pena	323
3.6. Derecho de defensa relativo a los pueblos indígenas.....	326

4.	La cultura profesional de las abogadas y los abogados defensores	328
5.	Compromisos políticos para una efectiva defensa penal	331
6.	Conclusiones	333
7.	Recomendaciones	336
8.	Referencias bibliográficas	337
Capítulo 7. México		339
1.	Introducción	339
1.1.	Información demográfica y política básica	339
1.2.	Descripción general del sistema de justicia penal.....	340
1.3.	El proceso penal y sus etapas.....	342
1.3.1.	Distrito Federal (sistema tradicional)	342
1.3.2.	Baja California (sistema acusatorio)	343
1.4.	Índices de criminalidad y población penitenciaria.....	345
2.	Sistema de defensa penal.....	347
3.	Derechos de la persona imputada y su instrumentación	350
3.1.	Derecho a contar con información.....	351
3.1.1.	Derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas del arresto o detención y los derechos que emanen de esa situación.....	351
3.1.2.	Derecho del fiscal o Ministerio Público a acceder a la investigación	354
3.1.3.	Derecho a ser informado sobre la naturaleza y causas de la imputación o acusación	355
3.2.	Derecho a defenderse y a contar con asistencia legal.....	356
3.2.1.	Derecho a contar con asistencia legal durante los interrogatorios	356
3.2.2.	Derecho a hablar en privado con el abogado defensor.....	356
3.2.3.	Derecho a una defensa técnica	358
3.2.4.	Derecho a una defensa adecuada en la fase de ejecución penal.....	360
3.3.	Derechos y garantías vinculadas con la efectividad de la defensa	361
3.3.1.	Derecho a ofrecer pruebas y testigos.....	361

3.3.2. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa.....	363
3.3.3. Igualdad de armas en la producción y control de la prueba y en el desarrollo de las audiencias públicas y adversariales.....	364
3.3.4. Derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas	365
3.4. Derechos o garantías judiciales genéricas, relativas al juicio justo.....	367
3.4.1. Derecho a la presunción de inocencia	367
3.4.2. Derecho a declarar o a guardar silencio	370
3.4.3. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente.....	372
3.4.4. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable	374
3.4.5. Derecho a ser juzgado en audiencia pública por un juez independiente e imparcial	375
3.4.6. Derecho a que las decisiones que lo afectan sean motivadas en fundamentos razonados	377
3.4.7. Derecho a una revisión integral de la sentencia de condena	378
4. Cultura de profesionalización de abogados litigantes.....	379
5. Políticas públicas para una defensa penal efectiva.....	382
6. Conclusiones	383
Recomendaciones	386
7. Bibliografía.....	388
Capítulo 8. Perú.....	393
1. Información sociodemográfica básica.....	393
1.1.Información demográfica y política básica	393
1.2. Descripción general del sistema de justicia penal.....	394
1.3. Estructura del nuevo modelo procesal penal	395
1.4 Los niveles de delincuencia y la población carcelaria	397
1.4.1. Niveles de delitos e inseguridad ciudadana.....	397
1.4.2. Población carcelaria	398
2. La asistencia jurídica.....	398

2.1. Organización y gestión del sistema de asistencia jurídica.....	399
2.2. El gasto en asistencia jurídica penal.....	400
2.3. Métodos de la entrega de asistencia jurídica penal.....	402
2.4. Elegibilidad de asistencia jurídica penal y procedimientos del nombramiento	405
2.4.1. El mecanismo para la asignación del defensor público según quien lo solicita	406
2.5. Remuneración de asistencia jurídica penal	406
3. Derechos reconocidos legalmente y su aplicación.....	410
3.1. El derecho a la información	410
3.1.1. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas de la detención	410
3.1.2. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas de la acusación.....	411
3.1.3. Derecho a obtener acceso a información relevante del caso durante la fase policial, fiscal y judicial.....	413
3.2. El derecho a la defensa.....	415
3.2.1. Derecho de la persona imputada a defenderse y representarse personalmente.....	415
3.2.2. Derecho a contar con asistencia y representación legal (técnica) de su confianza y libre elección	416
3.2.3. Contar gratuitamente con los servicios de un abogado para las personas que no pueden pagarlos	417
3.2.4. Derecho a conferenciar en privado con el defensor.....	419
3.2.5. Derecho a contar con asistencia legal durante el interrogatorio	420
3.3. Los derechos procesales.....	421
3.3.1. El derecho a mantener la libertad durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente	421
3.3.2. Derecho del acusado a ser juzgado en su presencia	423
3.3.3. Derecho a la presunción de inocencia	425
3.3.4. Derecho a guardar silencio	426
3.3.5. Derecho a las decisiones motivadas	427
3.3.6. Derecho de apelación de las sentencias.....	429
3.4. Derechos relacionados con una defensa eficaz	430
3.4.1. El derecho a investigar el caso	430

3.4.2. Derecho a contar con tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa	431
3.4.3. Derecho a la igualdad de armas en la evaluación de testigos	432
3.4.4. Derecho a contar con servicios de interpretación y traducción de documentos sin costo.....	432
4. La cultura profesional de los defensores	434
5. Derechos con respecto a los pueblos indígenas	439
6. El compromiso político con la defensa penal efectiva.....	440
7. Conclusiones	442
Recomendaciones	445
8. Bibliografía.....	446
Capítulo 9. Logros y debilidades en el cumplimiento de los estándares internacionales	451
1. Introducción	451
2. El contexto específico de cada uno de los países. El grado de avance de la reforma de la justicia penal	452
3. Límites de la investigación	456
4. Ejes temáticos.....	457
4.1. Derecho a contar con información.....	457
4.1.1. A ser informado sobre la naturaleza y causas del arresto o detención y los derechos que emanen de esa situación	460
4.1.2. A ser informado sobre la naturaleza y causas de la imputación (formulación de cargos) o acusación	462
4.1.3. A obtener información sobre los derechos relativos a su defensa que le están garantizados.....	463
4.1.4. Derecho a obtener acceso a la evidencia material del caso y a la carpeta de la investigación (legajo, expediente, archivo, sumario, archivo, etc.).....	464
4.2. Derecho a la defensa y a contar con un defensor	465
4.2.1. Derecho de la persona imputada a defenderse y representarse personalmente.....	465

4.2.2. Derecho a contar con asistencia y representación legal (técnica) de su confianza y libre elección	467
4.2.3. Derecho a contar con asistencia legal durante el interrogatorio	468
4.2.4. A conferenciar en privado con el abogado defensor	469
4.2.5. A elegir y contar gratuitamente con los servicios de un abogado para las personas que no pueden pagarlos.....	471
4.2.6. A que los abogados se rijan conforme estándares profesionales mínimos, deban orientarse exclusivamente por el interés de su defendido y sean independientes	472
4.3. Derechos o garantías judiciales genéricas, relativas al juicio imparcial.....	474
4.3.1. Derecho a ser presumido inocente	474
4.3.2. Derecho a guardar silencio o a no declarar contra uno mismo.....	475
4.3.3. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente	476
4.3.4. Derecho a estar presente en el juicio y a participar en él	478
4.3.5. Derecho a que las decisiones que lo afectan sean motivadas en fundamentos razonados	479
4.3.6. Derecho a una revisión integral de la sentencia de condena	481
4.4. Derechos vinculados a la defensa penal efectiva.....	481
4.4.1. Derecho a investigar el caso y a proponer pruebas.....	481
4.4.2. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa.....	483
4.4.3. Igualdad de armas en la producción y el control de la prueba y en el desarrollo de las audiencias públicas y adversariales.....	483
4.4.4. Derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas	485
5. Problemas especiales	486
5.1. Defensa durante la ejecución de la pena.....	486

5.2. Situación de los pueblos originarios	487
6. Conclusiones	489
Capítulo 10. La mejoría del acceso a la defensa penal efectiva.....	491
1. Introducción	491
2. Temas comunes	494
2.1. Elusión de derechos procesales	494
2.2. Uso abusivo de la detención preventiva.....	498
2.3. Tiempo, medios e información inadecuados para considerar la evidencia y preparar la defensa	500
2.4. La falta de acceso a representación y asesoría jurídica competente e independiente	502
2.5. Calidad y cultura de los profesionales	504
3. Conclusiones y recomendaciones de cada uno de los países.....	507
3.1. Argentina.....	507
3.1.1. Cuestiones importantes.....	507
3.1.2. Recomendaciones	511
3.2. Brasil	512
3.2.1 Cuestiones importantes	512
3.2.2. Recomendaciones	517
3.3. Colombia	518
3.3.1. Cuestiones importantes.....	518
3.3.2. Recomendaciones	521
3.4. Guatemala	525
3.4.1. Cuestiones importantes.....	525
3.4.2. Recomendaciones	527
3.5. México	528
3.5.1. Cuestiones importantes.....	528
3.5.2. Recomendaciones	531
3.6. Perú.....	532
3.6.1. Cuestiones importantes.....	532
3.6.2. Recomendaciones	535
4. Bibliografía.....	536

ANEXOS.....	539
-------------	-----

Anexo I. Desarrollo particularizado de los estándares internacionales sobre defensa penal efectiva 541

1. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas del arresto o detención y los derechos que emanan de esa situación. CADH, art. 7, 4. 542
2. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y causas de la imputación (formulación de cargos) o acusación. CADH, art. 8, 2, B..... 542
3. Derecho a obtener información sobre los derechos relativos a su defensa que le están garantizados. CADH, art. 8, 2, C..... 543
4. Derecho a obtener acceso a la evidencia material del caso y a la carpeta de la investigación (legajo, expediente, archivo, sumario, archivo, etc.). CADH, art. 8, 2, F; CADH, art. 7, 4. 543
5. Derecho de la persona imputada a defenderse y representarse personalmente. CADH, art. 8, 2, D..... 543
6. Derecho a contar con asistencia y representación legal (técnica) de su confianza y libre elección. CADH, art. 8.2.D..... 544
7. Derecho a contar con asistencia legal durante el interrogatorio. CADH, art. 8. 2. D..... 544
8. Derecho a conferenciar en privado con el abogado defensor. CADH, art. 8, 2, D..... 544
9. Derecho a que los abogados se rijan conforme estándares profesionales mínimos, deban orientarse exclusivamente por el interés de su defendido y a que sean independientes. CADH, art. 8, 2, D..... 545
10. Derecho a elegir y contar gratuitamente con los servicios de un abogado, para las personas que no pueden pagarlos. CADH, art. 8, 2, E. 545
11. Derecho a ser presumido inocente. CADH, art. 8, 2, primer párrafo..... 545
12. Derecho a guardar silencio o a no declarar contra uno mismo. CADH, art. 8, 2, G; CADH, art.8, 3..... 546

13. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente. CADH, arts. 7, 2, 3 y 5.....	546
14. Derecho a estar presente en el juicio y participar en él. CADH, art. 8, 2, D.....	546
15. Derecho a que las decisiones que lo afectan sean motivadas en fundamentos razonados. CADH, art. 8, 1.....	546
16. Derecho a una revisión integral de la sentencia de condena. CADH, art. 8, 2, H.....	547
17. Derecho a investigar el caso y proponer pruebas. CADH, art. 2, F	547
18. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa. CADH, art. 2, C.....	547
19. Derecho a la igualdad de armas en la producción y control de la prueba y en el desarrollo de las audiencias públicas y adversariales. CADH, art. 2, primer párrafo.	548
20. Derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas. CADH, art. 2, A	548
Anexo II. Directiva 2012/13/EU (Anexo 1)	549
Parlamento y el Consejo de la Unión Europea de Mayo 22 de 2012, sobre el derecho a la información en los procedimientos penales.....	549
Modelo indicativo de la declaración de derechos.....	549
A. Asistencia de un abogado/derecho a asistencia jurídica.....	549
B. Información sobre la acusación	550
C. Interpretación y traducción.....	550
D. Derecho a permanecer en silencio	550
E. Acceso a los documentos.....	550
F. Informar a otra persona sobre su detención/ informar a su consulado o embajada	550
G. Atención médica urgente	551
H. Período de privación de libertad.....	551

Anexo III. Formato para la revisión documental	553
1. Estadísticas generales y otra información	554
2. Derecho a la información sobre la acusación.....	556
3. El derecho a la defensa.....	558
4. Facilitar una defensa efectiva.....	562
5. El derecho a los servicios de interpretación y traducción	566
6. Garantías adicional para grupos vulnerables.....	567
7. Garantías para los juicios en ausencia.....	568
Anexo IV. Formato de la reseña crítica	569
Finalidad de la reseña crítica	569
Guía de estilo	570
1. Introducción	570
2. El delito y su contexto social y político	570
3. La estructura y los procesos del sistema de justicia penal	571
4. Profesionales e instituciones de la justicia penal	572
5. La organización de la asistencia jurídica	572
6. Derechos y libertades.....	573
7. Conclusiones preliminares	573
8. Bibliografía selecta.....	573
Anexo V. Estructura del informe de país	575
1. Introducción (1.800)	575
2. Justicia gratuita (900)	575
3. Derechos legales y su implementación (9.300).....	576
3.1. El derecho a la información	576
3.2. El derecho a defenderse uno mismo	576
3.3. Derechos procesales	577
3.4. Derechos relativos a la defensa efectiva.....	578
4. La cultura profesional de los abogados defensores/ defensores públicos (1.800)	578
5. Compromiso político con una defensa penal efectiva (600)	579
6. Conclusiones (900)	579
7. Bibliografía.....	579

BIOGRAFÍAS

Alberto M. Binder

Profesor de Derecho Procesal Penal en el Departamento de Posgrado de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad del Comahue, Argentina. Vicepresidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (INECIP). Asesor técnico de los procesos de reforma judicial en Argentina, Chile, Bolivia, Paraguay, Ecuador, Venezuela, Honduras, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, entre otros. Codirector de la revista *Sistemas Judiciales* del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

Ed Cape

Profesor de Derecho Penal y Práctica en la Universidad de West of England, Bristol, Reino Unido. Experto en derecho procesal penal, en especial en las etapas previas al juicio. Realizó (junto con otros) varios proyectos de investigación en la Unión Europea y en otros países, incluidos los proyectos de Defensa Penal Efectiva en Europa (2010), Defensa Penal Efectiva en Europa del Este (2012) y Adentro de la Custodia Policial: una información empírica de los derechos de los sospechosos en cuatro jurisdicciones. Ed también es autor de: *Mejorar la justicia previa al juicio: los roles de abogados y asistentes legales* (OSJI 2012) y *Acceso a la asistencia jurídica en el proceso penal: un manual para responsables de política pública y litigantes* (UNODC/PNUD 2014).

Zaza Namoradze

Director de la Oficina de Budapest del Open Society Justice Initiative. Está a cargo de actividades relacionadas con la asistencia jurídica y los derechos de las personas que

necesitan defensa efectiva, y el fortalecimiento del empoderamiento legal en Europa, Oriente Medio, Sudeste de Asia y América Latina. Experto en defensa penal y asistencia legal. Ha estado involucrado en procesos de reforma a la asistencia legal en diversos países de distintas regiones, así como en el desarrollo de los estándares de los derechos de defensa en las Naciones Unidas y en la Unión Europea. Es coautor de diversas publicaciones, entre ellas: *Defensa penal efectiva en Europa* (2010) y *Defensa penal efectiva en Europa del Este* (2012). Namoradze fue abogado y director adjunto del Instituto Constitucional y de Política Legal en Budapest donde dirigió proyectos de reforma constitucional y judicial. Se graduó en la Facultad de Derecho Internacional de la Universidad de Tbilisi State, estudió Constitucionalismo Comparado en la Central European University de Budapest y obtuvo un LLM en la Universidad de Chicago.

Lucas Gilardone

Abogado (UNC, 2002), LLM in Human Rights (CEU-Budapest, 2008), OSJI Fellow (2007-2009). Hace parte de INECIP Córdoba desde 2002, donde ha trabajado en áreas de seguridad democrática, extensionismo, clínica jurídica de interés público y recientemente reforma de justicia. Desde 2004 litiga en casos civiles y ambientales.

Sebastián Narvaja

Abogado y doctorando de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Junta Directiva de INECIP. Investigador de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba (2006-2011) y del INECIP.

Alfredo Pérez Galimberti

Abogado (1977 UNLP). Especialista en Derecho Penal (1997 UNP). Defensor General Alterno de la Provincia del Chubut. Miembro de la Junta Directiva de INECIP. Profesor de Derecho Procesal Penal y Litigación Adversarial (Universidad Nacional de la Patagonia).

Francisco Gabriel Marull

(La Pampa). Abogado y magíster en Ciencias Penales. Vicedecano de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Profesor de Derecho Procesal Penal y Adaptación Profesional de Procedimientos Penales en la misma institución. Docente capacitador de INECIP.

Isadora Fingermann

Graduada en Derecho en la Universidad de São Paulo en 2004. Realizó una especialización en Derecho Penal Económico en la Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas en 2007, institución donde también cursó su especialización en Políticas Públicas en el Sistema Judicial durante el año 2013. Ejerció como abogada criminalista de 2005 a 2012. Actualmente es coordinadora general del Instituto de Defensa del Derecho de Defensa.

Maíra Zapater

Graduada en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo en 2001 y en Ciencias Sociales en la Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias Humanas de la Universidad de São Paulo. Especializada en Derecho Penal y Procesal Penal en la Escuela Superior del Ministerio Público de São Paulo en 2006. Actualmente, cursa su doctorado en Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, cuya conclusión está prevista para 2015. Profesora universitaria e investigadora en el área de Derecho.

Rafael Custódio

Graduado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo en 2006. Especialista en Derecho Penal Económico y Europeo del Instituto Penal Económico y Europeo de la Universidad de Coímbra en colaboración con el Instituto Brasileño de Ciencias Criminales. Trabajó como abogado criminalista hasta 2012, cuando asumió la función de coordinador del Programa de Justicia de Conectas Derechos Humanos, cargo que ejerce hasta la actualidad. Miembro del Consejo de la Comunidad de la Comarca de São Paulo.

Ludmila Vasconcelos Leite Groch

Graduada en Derecho en la Universidad Presbiteriana Mackenzie en 1999. Concluyó una maestría en Derecho Penal en la Universidad de São Paulo – USP en 2004. Profesora de Derecho Penal de 2004 a 2008 en las facultades Cruzeiro do Sul y Salesiana y Universidad de Londrina, donde fue profesora invitada para el curso de posgrado en Derecho de Estado. Actualmente es socia de la firma especializada en Derecho Criminal Alonso e Leite Groch Advogados y directora del Instituto de Defensa del Derecho de Defensa (IDDD).

Vivian Calderoni

Graduada en Derecho en la Universidad de São Paulo (USP) y magíster en Derecho Penal y Criminología de la misma universidad. Asumió en 2011 el cargo de abogada del Programa de Justicia de Conectas Derechos Humanos, que ejerce hasta la actualidad. Es autora del libro *Luz e Sombra no Sistema Prisional: percepções de juízes sobre agentes penitenciários*. También es profesora de Criminología en cursos preparatorios para concursos jurídicos.

Carolina Bernal

Abogada de la Universidad Eafit y especialista en Economía de la Pontificia Universidad Javeriana. Trabajó durante cinco años en política criminal como investigadora del área de sistema judicial del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA). Actualmente se desempeña como asesora de la Subdirección de Políticas Públicas de la Fiscalía General de la Nación, donde coordina la realización de experimentos económicos para la evaluación de alternativas a las políticas de investigación criminal.

Miguel La Rota Uprimny

Abogado y economista de la Universidad de los Andes, Colombia, y magíster en Políticas Públicas y Administración Pública de la Universidad de Columbia (EE.UU.). Fue investigador principal del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA). Autor y coautor de varias publicaciones relacionadas con el sistema de justicia, entre ellas: “Ante la justicia: necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia” y “Esfuerzos irracionales: investigación penal del homicidio y otros delitos complejos”.

Juan Pablo Muñoz Elías

Estudió las carreras de Enseñanza Media en Ciencias Sociales, Historia y Derecho en la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ha realizado investigaciones sobre historia del derecho y justicia penal juvenil. Actualmente coordina el Área de Estudios sobre el Poder del Centro de Políticas Públicas para el Socialismo (CEPPAS-Guatemala) y es investigador del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.

Luis Rodolfo Ramírez García

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC). Suficiencia Investigadora en Sociología y Ciencia Política otorgada por la Universidad Pontificia de Salamanca, España; posgraduado en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, España; especialista en Derecho Indígena de la USAC y la Universidad Autónoma de México. Consultor de organizaciones internacionales para procesos de reforma de la justicia penal en Centroamérica y el Caribe. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la USAC. Autor de investigaciones en reforma judicial. Coautor del *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*.

Mario Ernesto Archila Ortiz

Licenciado en Ciencias Jurídicas. Abogado y notario de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Posgraduado en Derechos Humanos y Ciencias Penales. Ha realizado y revisado investigaciones sociales vinculadas con el funcionamiento del sistema de justicia penal, seguridad ciudadana y justicia transicional. Actualmente dirige el Departamento de Investigaciones del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.

Mario Ávalos Quispal

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC). Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, España, y en Democracia y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca, España. Ha realizado y revisado investigaciones sociales sobre criminalidad y justicia penal juvenil, derechos de los pueblos indígenas y pluralismo jurídico. Actualmente dirige el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG).

Ana Aguilar García

Abogada de la Escuela Libre de Derecho. Magíster en Derechos Humanos (LLM) de la Universidad de Europa Central y especialista en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos Humanos de la Universidad de Pisa. Directora de Proyectos del IJPP. Certificada como capacitadora para la reforma procesal penal por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Fue consultora externa de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos

Humanos en temas de indicadores del juicio justo. Coautora del libro *Servicios previos al juicio. Manual de implementación* y autora del fascículo *Presunción de inocencia*, publicado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Gregorio González Nava

Abogado con Mención Honorífica de la Universidad de Colima y maestro en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Se desempeñó como investigador del Instituto de Justicia Procesal Penal. Actualmente labora en el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI). El *Informe sobre la justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal en México* (2013) es su libro más reciente, en coautoría.

Miguel Sarre Iguíniz

Abogado de la Escuela Libre de Derecho y maestro en Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame en Estados Unidos. Profesor de tiempo completo del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Especialista en debido proceso de la ejecución penal.

Liliana Bances Farro

Abogada, magíster en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cursó el Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal (CEJA, Chile, 2011). Es coordinadora del Área de Estudios e Investigaciones del Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (CERJUSC). Desarrolló diversas investigaciones sobre reforma procesal penal y la seguridad ciudadana. Entre sus publicaciones destacan *Estudio de línea de base para la implementación de una oficina de servicios previos al juicio en el distrito judicial de Huaura, Perú* (CERJUSC 2013), *Estudio para el fortalecimiento de la transparencia, la rendición de cuentas y el monitoreo social del gasto público en la seguridad ciudadana* (CERJUSC 2014), entre otros.

Nataly Ponce Chauca

Abogada, magíster en Estudios Latinoamericanos. Es directora ejecutiva del Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (CERJUSC). Tiene amplia experiencia como asesora técnica e investigadora en los ámbitos de la justicia penal,

los derechos humanos y la seguridad ciudadana en países de América Latina. Entre sus últimas publicaciones destacan *La persecución de delitos complejos: capacidades penales de los sistemas penales en América Latina* (coordinadora regional, CEJA 2010), *La delincuencia organizada en un mundo globalizado: análisis de los fines, patrones y procesos comunes de las redes criminales en el Perú, y evaluación de las respuestas del Estado* (UNODC 2014), *Diseño de indicadores para medir los resultados y el desempeño de las instituciones del sistema de justicia con la aplicación del Código Procesal Penal* (CERJUSC 2014), entre otros.

Marion Isobel

Abogada y magíster de la Universidad de Queensland (Australia), con especial énfasis en Derecho Penal e Internacional. Oficial jurídica en materia de reforma a la justicia penal del Open Society Justice Initiative. Su trabajo se ha focalizado en asistencia legal, justicia previa al juicio y derechos de defensa penal efectiva. Trabajó en las Cámaras Extraordinarias de los Tribunales de Camboya en la oficina encargada de investigar los crímenes ocurridos durante el régimen del Khmer Rouge. Fue profesora de Derecho Internacional Público en la University of the South Pacific en Vanuatu y trabajó en Thomson Reuters en Australia.

PARTE I

DEFENSA PENAL EFECTIVA EN AMÉRICA LATINA

Alberto Binder
Ed Cape
Zaza Namoradze

CAPÍTULO 1. DEFENSA PENAL EFECTIVA Y GARANTÍAS JUDICIALES¹

1. Introducción

En las últimas dos décadas, la mayoría de los países latinoamericanos han experimentado cambios sustantivos en sus sistemas de justicia penal, y en muchos sigue en curso el proceso de reforma. La mayoría han adoptado nuevos códigos de procedimiento penal y se ha señalado que, en conjunto, suponen las reformas más importantes del procedimiento penal latinoamericano en casi dos siglos.² Si bien los detalles de las reformas son distintos en cada país, debido a la variedad de presiones e influencias, en general constituyen un cambio del enfoque inquisitorial por el acusatorio con respecto al proceso penal. Están caracterizadas por la introducción de juicios orales celebrados en público, la inclusión o el fortalecimiento de la función de la fiscalía en las etapas previas al juicio, las mejoras en los derechos procesales de los sospechosos y los acusados de un delito, y otras innovaciones pensadas para que el proceso penal sea más eficiente y las víctimas de los delitos tengan una mayor participación. Es evidente que esta descripción simplifica un complejo proceso de discusión y oposición a esas reformas que ha tomado varias décadas y que se ha desarrollado de forma diversa y con diferente intensidad en los distintos países. No obstante, los cambios son profundos

¹ Este capítulo fue escrito originalmente en inglés con excepción del apartado 4.2, que fue redactado en español. Para la edición en español, de acuerdo con los autores, se decidió que el concepto ‘right to a fair trial’ se traduciría como ‘derecho a las garantías judiciales’, y ‘fair trial rights’, como ‘derechos involucrados en un juicio justo’.

² Langer 2007, p. 618.

y afectan, o tienen el potencial de hacerlo, a todos aquellos involucrados en los procedimientos penales, como jueces, fiscales, agentes de policía, sospechosos de haber cometido un delito y víctimas de los delitos, entre otros.

Se suele reconocer con frecuencia que hay una distancia sustantiva entre las normas –disposiciones constitucionales, legislación, reglamentos y procedimientos formales– y la forma en que el procedimiento penal es implementado y experimentado en la práctica por parte de los involucrados. Eso es especialmente cierto durante períodos de cambio significativo en los que se producen modificaciones no solo en el derecho, sino en los procedimientos tradicionales o consuetudinarios, las actitudes y las culturas profesionales, desafiándolos. Por consiguiente, no se puede asumir que los cambios normativos se plasmarán en cambios en la práctica, o que las intenciones que motivan las reformas normativas y procesales se harán realidad cuando ellas estén mediadas por la gama de instituciones e individuos que intervienen en el sistema de justicia penal. Las instituciones de justicia penal desarrollan e incorporan sus propios imperativos y culturas, que no necesariamente están alineados con la voluntad legislativa; y sus procedimientos, objetivos y culturas a menudo están en conflicto –o entran en tensión– con los de otras instituciones. Además, las personas que trabajan en esas instituciones están sometidas a una variedad de presiones e influencias que hacen que sus actitudes y prácticas laborales frecuentemente no se correspondan con los objetivos de las organizaciones para las que trabajan.

Este estudio se ubica en este contexto de cambio y complejidad con el propósito de examinar una característica fundamental de los sistemas de justicia penal de varios países latinoamericanos: el acceso a una defensa penal efectiva por parte de los sospechosos o los acusados de haber cometido un delito. El derecho a las garantías judiciales es reconocido internacionalmente como un derecho fundamental y el acceso a una defensa penal efectiva es un requisito para hacerlo efectivo. Nuestro marco normativo proviene de instrumentos internacionales de derecho universal y regional y, en particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y la interpretación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase capítulo 2). Además les prestamos atención particular a los derechos involucrados en un juicio justo garantizado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (también conocido como Convención Europea de Derechos Humanos, CEDH), y la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Los derechos involucrados en un juicio justo contenidos en el CEDH reflejan la expresión general de los derechos involucrados en un juicio justo contenidos en el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)³ y en la CADH.⁴ En concreto, tanto la CADH como el CEDH contienen normas parecidas sobre presunción de inocencia, garantías en el arresto y la detención, comparecencia sin dilaciones ante un juez y derecho a una audiencia en un tiempo razonable, libertad mientras se espera el juicio, y derecho a la asistencia jurídica.

En el contexto latinoamericano hay dos razones principales para usar el CEDH, además de la CADH, como ayuda en el análisis. En primer lugar, el derecho de los particulares a presentar demandas ante el TEDH para que este determine si sus derechos han sido violados a la luz del CEDH significa que hoy se tiene abundante jurisprudencia sobre los derechos involucrados en un juicio justo, en general, y los derechos procesales de las personas sospechosas y acusadas, en particular. Representa el acervo más completo de jurisprudencia internacional sobre derechos procesales. Además, este acervo jurisprudencial ha proporcionado las bases para un programa legislativo de la Unión Europea (UE) sobre derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas de haber cometido un delito –conocido como “la hoja de ruta” europea de los derechos procesales–, que todos los Estados miembros de la UE tienen la obligación presente o futura de implementar (véase *infra* sección 4.3).⁵ En segundo lugar, el proyecto de investigación que sustenta este libro fue inspirado y configurado a partir de dos proyectos que estudian los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas en Europa, y usan los estándares contenidos en el CEDH (y, en cierta medida, la legislación aprobada en desarrollo de la hoja de ruta de la UE) como fundamento del análisis.⁶ En conjunto, estos dos estudios examinan el acceso a una defensa penal efectiva en 14 países europeos, todos signatarios del CEDH. De estos, algunos pertenecen a la tradición procesal inquisitorial y otros a la adversarial, y la mitad de ellos, otra vez parte del bloque soviético, han llevado a cabo reformas fundamentales de sus sistemas de justicia penal desde principios de los años noventa. Si bien algunas de esas reformas han diferido de las emprendidas en América Latina, en particular al haber reducido en lugar de reforzado el papel y la influencia de la fiscalía, muchas de ellas recuerdan a las reformas adoptadas en América Latina, como por ejemplo la introducción de ciertos

³ PIDCP, art. 14, párr. 3(d).

⁴ CADH, art. 8(2).

⁵ Sujeto a ciertos acuerdos de reconocimiento de exclusiones negociados por Dinamarca, Inglaterra y Gales, e Irlanda.

⁶ Los estudios se publicaron como Cape et ál. 2010, y Cape y Namoradze 2012.

elementos del sistema adversarial y el fortalecimiento, al menos en el texto de la leyes, de los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas.

2. Defensa penal efectiva y garantías judiciales

La finalidad de nuestro estudio es examinar y evaluar, tomando como referencia los estándares latinoamericanos y globales, el acceso a una defensa penal efectiva en seis países de la región: Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, México y Perú. La atención central de nuestro estudio, al igual que ocurre con los dos proyectos completados en Europa, son las personas sospechosas o acusadas y la manera en que experimentan el proceso de justicia penal. A grandes rasgos, se ocupa de analizar las garantías judiciales en la práctica, pero al concentrarse en el estudio de las personas sospechosas o acusadas de un delito, reconoce que el derecho a las garantías judiciales y la contribución que supone el acceso a una defensa penal efectiva para garantizarlo, no están limitadas a los resultados justos, sino que incluyen también un proceso justo.

Hay varias razones para adoptar este enfoque. En las distintas jurisdicciones del estudio, decenas de miles de personas son arrestadas o detenidas por la policía todos los años. Si bien en la mayoría de casos se trata de ciudadanos de esos países, algunos de ellos son extranjeros, y otros pertenecen a minorías étnicas o a comunidades indígenas en ciertos países. Es probable que una gran mayoría sean pobres, o relativamente pobres, y que no puedan permitirse pagar asistencia jurídica, aun cuando, en cualquier etapa específica del proceso, tengan derecho a ella y esté disponible. Muchos pueden no haber sido arrestados o detenidos antes y, por consiguiente, tienen poco o ningún conocimiento o experiencia acerca del proceso. Otros pueden pertenecer a grupos sociodemográficos que corren especial riesgo de ser arrestados o detenidos y, en consecuencia, pueden ser altamente vulnerables. Algunos permanecen detenidos por largos períodos de tiempo antes de ser llevados ante un tribunal y, por varias razones –inocencia, falta de pruebas, intervención diversificada de la justicia penal–, tal vez nunca lleguen a comparecer ante aquel. En ciertos países del estudio, la supervisión judicial o la vigilancia independiente del arresto, la detención o la investigación del delito, es mínima o inexistente. Lo que ocurre durante esa fase probablemente afectará el trato a la persona en caso de que llegue a comparecer ante los tribunales y también determinará el resultado de los procedimientos. Para algunas personas, el arresto y la detención serán las únicas experiencias que tengan con el proceso penal.

Otra razón para adoptar un enfoque centrado en las personas sospechosas y detenidas es que las garantías judiciales y procesales incorporadas en la CADH y otros

instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos son derechos de esas personas o garantías que se les conceden: “*Toda persona* tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable [...]”⁷ y “*Toda persona* inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (cursiva añadida).⁸ Podría parecer algo obvio, pero no puede darse por sentado que las leyes nacionales pensadas para hacer realidad los derechos procesales de las personas acusadas o sospechosas estén redactadas en esos términos, ni que se las desarrolle de forma tal que las personas afectadas las experimenten como derechos. Además, las personas sospechosas o acusadas de delitos no son un grupo electoral que tenga “voz” o influencia. En la mayoría de los países, las instituciones y los profesionales que tienen el deber de proporcionar o facilitar esos derechos están por lo general más organizados, son más poderosos y tienen más influencia que los “beneficiarios” de esos derechos. Por consiguiente, lo que predomina son los intereses y las preocupaciones de esas instituciones y esos profesionales, y suele dársele poca importancia a la forma en que esos derechos son experimentados por parte de sus titulares. En aquellos países donde se han desarrollado mecanismos de asistencia jurídica, las preocupaciones de las instituciones y del personal que presta la asistencia jurídica predominan con frecuencia sobre las de los “consumidores” de los servicios jurídicos.

Desde la perspectiva de las personas acusadas y sospechosas, las garantías judiciales pueden tener poco valor si se restringen al juicio en el sentido estricto de procedimientos judiciales en los que se determina la culpa o la inocencia. El juicio es un proceso que comienza, como muy tarde, cuando una persona es arrestada o detenida por las autoridades policiales y continúa hasta su absolución o condena, y, luego, hasta la apelación. Como se mencionó, una persona sospechosa o acusada podría experimentar todo ese proceso, o solo alguna o varias etapas preliminares. En cierto grado, así lo reconoce la CADH cuando proporciona garantías como el derecho a la libertad (provisional), conforme al artículo 7, o las garantías procesales específicas que constituyen elementos esenciales del derecho a las garantías judiciales, según lo dispuesto en el artículo 8. Esos derechos son esenciales desde la perspectiva del sospechoso o el acusado. En un caso concreto podría darse un resultado justo, pero, aun así, el acusado podría sentirse, con derecho, agraviado, si no se le ha tratado de forma justa durante la serie de eventos que llevaron a ese resultado. Es muy probable que una apelación exitosa contra una condena, tras meses e incluso años de prisión preventiva, u obte-

⁷ CADH, art. 8(1).

⁸ CADH, art. 8(2).

nida utilizando como prueba una confesión bajo tortura, o sin el derecho de acceso a un abogado, dejé al acusado insatisfecho y escéptico frente al sistema de justicia penal.

La cuestión de la confianza en las instituciones y en el personal del sistema de justicia penal, y las percepciones de legitimidad que se tienen sobre estos, no solo son relevantes a la hora de responder si se cumplen las normas internacionales en los sistemas nacionales de justicia penal. Las investigaciones internacionales sobre la justicia procesal han demostrado que la percepción de legitimidad de las instituciones estatales, y en especial de la policía, es el principal factor para estimular a las personas a cumplir con las leyes y a cooperar en las investigaciones y los juicios.⁹ Las percepciones de legitimidad se fundamentan en que la gente confíe en la policía y en otras organizaciones de la justicia penal, lo que a su vez depende de si las personas creen o no que serán tratadas con justicia y respeto. Por lo tanto, un análisis que se centre en la experiencia de las personas acusadas y sospechosas es relevante no solo para los directamente involucrados y para el cumplimiento de las normas internacionales, sino también para la eficiencia y efectividad de los sistemas de justicia penal en general.

Sin embargo, este estudio no se limita a concentrarse en los derechos involucrados en un juicio justo, sino que presta atención a la defensa penal efectiva como condición previa para el goce de dichas garantías. Respecto del procedimiento y del resultado, contar con garantías judiciales sin acceso a una defensa penal efectiva requeriría que los agentes policiales y los fiscales fueran completamente neutrales y equilibrados, y que las autoridades judiciales fueran proactivas y no dieran nada por sentado. La experiencia y la evidencia investigativa nos dice que eso no es posible, pero incluso si existiera un sistema como ese, sería paternalista y poco democrático. En consecuencia, las garantías judiciales requieren que las personas sospechosas y acusadas tengan acceso a una defensa penal efectiva. Esta involucra una serie de derechos procesales interconectados. El más obvio es el derecho a la asistencia jurídica, que es reconocido por todas las convenciones e instrumentos internacionales relativos a los procesos penales. Para ser efectivo, el derecho a la asistencia jurídica requiere abogados comprometidos profesionalmente y con la formación y experiencia apropiadas, que estén disponibles cuando se les solicite (a menudo con poca antelación). Por consiguiente, tienen que existir los mecanismos para garantizar que las personas acusadas o sospechosas conozcan el derecho a la asistencia jurídica y cómo acceder a él, y que la asistencia jurídica esté disponible cuando se necesite, incluso para aquellos que no puedan pagar por ella. Pero el derecho a la asistencia jurídica no es una condición suficiente para garantizar

⁹ Véase, por ejemplo, Tyler 2006, Myhill y Quinton 2011, y Jackson et ál. 2012.

el acceso a una defensa efectiva. Por muy buena que sea la asistencia jurídica, no se asegurarán las garantías judiciales si no están presentes otros elementos de una defensa *efectiva*. La defensa penal efectiva requiere que una persona sospechosa o acusada sea capaz de participar en los procesos que le conciernan, entienda lo que se le dice y que otros la entiendan, reciba información relativa al supuesto delito o la supuesta acusación, sea informada sobre las razones de las decisiones que se toman, tenga acceso a la carpeta del caso o a las pruebas, disponga de tiempo y recursos que le permitan responder a las acusaciones y prepararse para el juicio, sea capaz de presentar información y pruebas a su favor, sea tratada de tal forma que no se le ponga en situación de desventaja y pueda apelar las decisiones relevantes que se tomen en contra de sus intereses.

Desde esta perspectiva, es evidente que aunque las leyes apropiadas son necesarias, no son suficientes para garantizar el acceso a una defensa penal efectiva. La brecha entre el derecho escrito y la forma como se experimenta, no es tan grande en ninguna parte, como en el ámbito del derecho penal. Por consiguiente, es necesario aproximarse a la evaluación del acceso a la defensa penal efectiva en una jurisdicción específica desde tres niveles:

- i. La determinación de si existe o no una estructura constitucional y legislativa apropiada en materia de derechos de defensa penal.
- ii. La confirmación de que existen normas jurídicas, instituciones y procedimientos que permiten que esos derechos sean reconocidos y aplicados de forma efectiva.
- iii. La comprobación de la presencia de una cultura profesional apropiada entre los responsables de facilitar y proporcionar los derechos a una defensa penal y, en concreto, si los miembros de la profesión legal son lo suficientemente competentes y están dispuestos a proporcionar a los sospechosos y acusados asistencia jurídica con estándares apropiados.

Sobre estos tres niveles se fundamenta este trabajo, así como la recolección y el análisis de información referente a los seis países del estudio, que se presenta en los capítulos 3 a 8. Los estándares internacionales y regionales relativos a los derechos involucrados en un juicio justo observados en nuestra investigación y, en particular, los enfoques que al respecto se tienen en América Latina y Europa se examinan en la sección 4 de este capítulo, mientras los estándares latinoamericanos se tratan en detalle en el capítulo 2. Los estándares latinoamericanos y europeos se usan en los capítulos 9 y 10 para analizar los datos sobre los seis países, y proporcionan un fundamento para las recomendaciones sobre cómo mejorar el acceso a una defensa penal efectiva en

América Latina. A partir de este análisis, en el anexo 1 establecemos un conjunto de estándares detallados, diseñados para garantizar el acceso a una defensa penal efectiva en la región.

3. El proyecto de investigación y su metodología

Uno de los objetivos del estudio original sobre el acceso a una defensa penal efectiva en Europa¹⁰ fue desarrollar una metodología que pudiera usarse para que las organizaciones no gubernamentales (ONG) y otras organizaciones no académicas que trabajan en diferentes jurisdicciones obtuvieran datos fiables y completos. La metodología fue adaptada con éxito para permitir que un grupo de ONG desarrollara un proyecto parecido en varias jurisdicciones de Europa del Este.¹¹ Posteriormente, y después de las primeras discusiones, representantes de ONG pertenecientes a seis países latinoamericanos –Argentina,¹² Brasil,¹³ Colombia,¹⁴ Guatemala,¹⁵ México¹⁶ y Perú¹⁷– se reunieron en Lima (Perú), en julio de 2012, para discutir la pertinencia de llevar a cabo un proyecto de investigación parecido. Esos países comparten entre sí, y con la mayoría de los países objeto de la investigación en Europa, una tradición común con respecto al proceso penal. Sin embargo, hay diferencias significativas entre América Latina y Europa. El *Code d'instruction criminelle*, aprobado por Napoleón a principios del siglo XIX y que se difundió por gran parte de Europa, no fue adoptado en América Latina. En aquellos países que habían sido parte del bloque soviético, el poder y la influencia de la fiscalía (un organismo introducido en el sistema inquisitorial de Europa) fueron reforzados, mientras que en muchas de las jurisdicciones latinoamericanas ese organismo solo se introdujo más o menos en las dos últimas décadas. Otra diferencia significativa hace referencia a la jurisdicción más que al procedimiento. Todos los países estudiados en Europa son Estados unitarios centralizados, y si bien Colombia, Guatemala y Perú comparten esa característica, Argentina, Brasil y México son federales.

¹⁰ Véase Cape et ál. 2010.

¹¹ Véase Cape y Namoradze 2012.

¹² Asociación por los Derechos Civiles (ADC) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

¹³ Conectas Direitas Humanos (CONECTAS) e Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD).

¹⁴ Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA).

¹⁵ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG).

¹⁶ Instituto de Justicia Procesal Penal (IJPP).

¹⁷ Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (CERJUSC).

Los participantes en la reunión entendieron que eso plantearía algunos retos metodológicos, pero estuvieron de acuerdo en que en el contexto de las reformas sustanciales en desarrollo en los sistemas latinoamericanos de justicia penal, era importante realizar investigaciones pensadas para mejorar el conocimiento y la comprensión del acceso a una defensa penal efectiva, y proporcionar una base que luego permitiera introducir reformas concebidas para mejorar dicho acceso.

Las ocho ONG representadas en la reunión de Lima estuvieron de acuerdo en oficializar e implementar el proyecto de investigación, y nombraron un equipo de gestión conformado por un representante de cada una de esas organizaciones. También formaron parte del equipo de gestión del proyecto Zaza Namoradze (director de la oficina en Budapest de la Open Society Justice Initiative), el profesor Ed Cape (un jurista académico británico), pues ambos estuvieron involucrados en el diseño y la ejecución de los estudios europeos, y el profesor Alberto Binder, un respetado jurista argentino con amplia experiencia. Se acordó que DEJUSTICIA (Colombia) actuaría como secretario y coordinador del proyecto.

3.1. Los objetivos y fines del proyecto

El principal objetivo del proyecto es contribuir a la implementación efectiva del derecho a la defensa penal efectiva que tienen todas las personas sospechosas y acusadas de haber cometido un delito en América Latina, en especial de las personas que están en situación de indigencia. El acceso a una defensa penal efectiva es un requisito de las garantías judiciales y, en última instancia, del Estado de derecho. Por lo tanto, la investigación que se llevó a cabo, descrita en este libro, se concibió como una forma de producir información creíble y fiable sobre el acceso a una justicia penal efectiva en los seis países del estudio, que pudiera constituir una base para determinar las acciones necesarias para mejorar la situación e identificar las mejores prácticas existentes. Por consiguiente, los fines del proyecto podrían especificarse de la siguiente forma:

- a) Definir el contenido y el alcance del derecho a una defensa penal efectiva y las obligaciones estatales existentes para garantizar la implementación “práctica y efectiva” de este derecho de las personas sospechosas y acusadas, y en particular de aquellas en situación de indigencia.
- b) Estudiar el acceso a una defensa penal efectiva, tanto en la etapa previa al juicio como durante todo el proceso penal, en varias jurisdicciones latinoamericanas.
- c) Ofrecer información empírica sobre el grado en el que se prestan en la

práctica los principales derechos procesales requeridos en una defensa penal efectiva.

- d) Documentar, promover y compartir las mejores prácticas identificadas en el estudio.
- e) Desarrollar recomendaciones para cada uno de los países objeto de estudio con el fin de mejorar su estándar de defensa penal, y usar la investigación para promover nacionalmente reformas a las leyes, las políticas y las prácticas.
- f) Usar la investigación para apoyar el activismo, el litigio estratégico y otras acciones para hacer cumplir y ampliar el alcance de los derechos tanto en el nivel nacional como regional.
- g) Evaluar el estado de la defensa penal efectiva de forma comparada entre los países del estudio y desarrollar recomendaciones para la región latinoamericana.
- h) Establecer relaciones con el sistema interamericano de derechos humanos para promover y elaborar estándares regionales que le sirvan a una defensa penal efectiva en América Latina.

3.2. El contenido y alcance del proyecto

Si bien nos interesan los marcos normativos que regulan los derechos procesales de las personas acusadas y sospechosas de haber cometido un delito, también pretendemos comprender el funcionamiento práctico de los procedimientos y las normas jurídicas, los marcos institucionales, las culturas y prácticas laborales de los profesionales involucrados en la facilitación y la prestación de los derechos procesales.

Los derechos y las garantías que identificamos como esenciales para una defensa penal efectiva son los que siguen.

Los derechos procesales relacionados con las garantías judiciales de manera general

Los derechos a la presunción de inocencia, a no autoincriminarse y a guardar silencio, a la igualdad de armas, a una audiencia contradictoria, a estar en libertad a la espera del juicio, a decisiones motivadas y a apelar.

El derecho a la información

Los derechos a estar informado sobre los derechos procesales; a obtener la información pertinente sobre el arresto, la detención, la naturaleza del proceso, los cargos, y la acusación; y a acceder a la evidencia y la carpeta del caso.

El derecho a la defensa

Los derechos a tener asistencia jurídica y representación legal antes del juicio y durante todo el proceso penal, a representarse a uno mismo, a elegir y contar con asistencia jurídica cuando no se puede pagar un abogado, a tener consultas privadas con el abogado, y a contar con estándares de independencia y profesionalismo de los abogados.

El derecho a la justicia gratuita

Los derechos a la prestación gratuita de asistencia jurídica para las personas sospechosas y acusadas de haber cometido un delito que no pueden pagar un abogado, y a la calidad de la prestación de asistencia jurídica.

Los derechos procesales relativos a una defensa efectiva

Los derechos a obtener pruebas y a entrevistar a los posibles testigos; a citar a declarar e interrogar a los testigos; a gozar del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa; a ser juzgado en presencia y a participar en los procedimientos judiciales; las garantías relativas a la duración de los procedimientos; el derecho a tener un servicio de interpretación y traducción; y las garantías para las personas acusadas y sospechosas en situación vulnerable, indígenas y miembros de grupos étnicos minoritarios.

3.3. La metodología del proyecto

El proyecto inició con una reunión en Lima en julio de 2012 y tuvo tres etapas principales, completadas en octubre de 2014.

Etapa 1: julio a noviembre de 2012

Los investigadores en cada uno de los países llevaron a cabo una revisión documental, y examinaron las fuentes existentes de información. El propósito de esa revisión era obtener información sobre el sistema de justicia penal, en general, y sobre los elementos constitutivos de una defensa penal efectiva, en particular (véase anexo 3). Además, los investigadores de cada país presentaron una reseña crítica del sistema de justicia penal, pensada para proporcionar una explicación completa y dinámica del sistema y sus procesos (véase anexo 4). Las revisiones documentales y las reseñas críticas fueron examinadas por miembros del equipo de gestión del proyecto y también por

revisores nacionales (escogidos para cada país en razón de su conocimiento experto y su reputación en el país objeto de estudio). La finalidad de esa revisión fue identificar: a) si la información de la revisión documental y la descripción crítica cubrían de forma adecuada las cuestiones y los temas planteados en los instrumentos de investigación; b) si había información que requiriera aclaraciones adicionales; y c) cuál sería la investigación empírica útil. Tras el proceso de revisión, los investigadores de cada país repasaron sus revisiones documentales y sus reseñas críticas.

Etapa 2: diciembre de 2012 a agosto de 2013

Los investigadores de cada país llevaron a cabo entrevistas con personas clave del sistema de justicia penal, con el fin de recoger las opiniones de abogados, policías, fiscales y otros sujetos, y también las opiniones que se tienen sobre ellos. Además, comenzaron a elaborar los informes de país (véase anexo 5). Se celebró una reunión del equipo de gestión del proyecto y de los investigadores en Bogotá (Colombia), en abril de 2013, cuyo propósito fue compartir las experiencias sobre el desarrollo de la investigación, identificar las principales áreas de preocupación y las mejores prácticas, y considerar qué actividades eran necesarias para completar los informes de país y situar su trabajo en el contexto de los estándares interamericanos de derechos humanos. Tras esa reunión, los investigadores continuaron celebrando entrevistas y escribiendo sus informes de país.

Etapa 3: agosto de 2013 a octubre de 2014

Se celebró una reunión del equipo de gestión del proyecto y de los investigadores en México en agosto de 2013. Una de las principales finalidades de esa reunión era que los equipos de cada país presentaran sus informes, en los que identificaran los principales resultados, señalaran las recomendaciones que estaban ponderando e indicaran qué información adicional era necesaria. En consecuencia, las versiones preliminares de los informes de país se sujetaron a una revisión de pares por expertos de toda la región y Europa; ese mecanismo fue importante para el control de la calidad, pero también para identificar las cuestiones comunes (y aquellas específicas de cada país) y las mejores prácticas. Además se discutieron planes para el activismo nacional, regional e internacional, basados en las conclusiones de la investigación. Tras la reunión, los investigadores continuaron trabajando en los informes de país y desarrollaron las conclusiones y las recomendaciones. Los informes fueron enviados a continuación a los revisores nacionales, tras lo cual se completaron (y constituyen los capítulos de la parte II de este libro). La información contenida en los informes de país fue analizada

después, tomando como referencia los estándares interamericanos presentados en el capítulo 2, con el fin de identificar temas comunes (véanse capítulos 9 y 10). Por último, se celebró una reunión en Nueva York en octubre de 2014, en la que todos los capítulos fueron sometidos a revisión por los miembros de los equipos de país y el equipo de gestión del proyecto.

4. Los derechos involucrados en un juicio justo en un contexto internacional

En esta sección se estudian los estándares internacionales y regionales relativos a los derechos relevantes para el acceso a una defensa penal efectiva. Comenzamos estudiando brevemente los instrumentos internacionales referentes a los derechos involucrados en un juicio justo y las formas en que están interrelacionados. A continuación, describimos los principales elementos del sistema interamericano de derechos humanos, cuyo estudio se realiza con mayor detalle en lo relativo a los derechos involucrados en un juicio justo en el capítulo 2. Por último, estudiamos el enfoque europeo sobre los derechos involucrados en un juicio justo.

4.1. El contexto global

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), artículo 11, dispone que toda persona acusada de un delito tiene derecho a un “juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. Esa norma es desarrollada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de la siguiente forma:

3. 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 pagarla.¹⁸

Hay normas parecidas en el CEDH (art. 6, párr. 3 (c)); la Carta Árabe de Derechos Humanos (ArCHR, por su sigla en inglés, art. 16); la Carta Africana de Derechos

¹⁸ PIDCP, art. 14, párr. 3(d).

Humanos y de los Pueblos (ACHPR, por su sigla en inglés, art. 7, párr. (c)) y, además, en los Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África, elaborados por la Comisión Africana para los Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHPR, *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa* of the African Commission on Human and Peoples' Rights), en el marco de la ACHPR.¹⁹

Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados²⁰ disponen que “[t]oda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal” (principio 1) y que “[t]odas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les preste asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios” (principio 6).²¹

Por consiguiente, el derecho de una persona a defenderse por sí misma, el derecho a la asistencia jurídica y el derecho a la asistencia gratuita (es decir, a la asistencia jurídica sin que la persona beneficiaria tenga que pagar por ella) son estándares internacionales sobre los que hay acuerdo y que se consideran esenciales para garantizar procesos penales justos. Aunque el derecho a la representación legal durante el juicio es, en principio, respetado internacionalmente, más discutido es el momento en el que surge el derecho a un abogado. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU) ha declarado reiteradamente que no proporcionar un abogado durante el periodo inicial de detención y durante cualquier interrogatorio equivale a una violación del PIDCP, artículos 14(3)(b) y (d).²² Así se recoge en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 55), en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (art. 18(3)) y también en la jurisprudencia del TEDH (véase sección 4.3).

¹⁹ ACHPR, *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, 2001, párr. H.

²⁰ *Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, La Habana, 27 de agosto-7 de septiembre de 1990. Informe preparado por la Secretaría (publicación de las Naciones Unidas, Sales n.º E.91.IV.2), cap. 1, sect. B.3, anex.

²¹ Para otros instrumentos que contienen normas sobre asistencia jurídica, véase *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, UN Human Rights Council, A/HRC/23/43, 15 March 2013, section III.

²² Véase, por ejemplo, *Gridin v. Russian Federation*, 20 de julio de 2000, UNHRC, 770/1997; *Carranza Alegre vs. Perú*, 28 de octubre de 2005, UNHRC, 1126/2002, y *Toshev v. Tajikistan*, 30 de marzo de 2011, UNHRC, 1499/2006.

infra). Los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal (Principios y Directrices de las Naciones Unidas) disponen que las personas “detenidas, arrestadas o presas, sospechosas o acusadas o inculpadas de un delito penal” deberían tener derecho a asistencia jurídica gratuita²³ y que, en ausencia de circunstancias ineludibles, una persona no debería ser interrogada por la policía sin la presencia de un abogado, a menos que renuncie a ese derecho.²⁴ El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de Jueces, Fiscales y Abogados ha declarado que la presencia de un abogado durante los interrogatorios policiales es una garantía fundamental contra el maltrato,²⁵ y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura ha recomendado que “Ninguna confesión de un particular, salvo efectuada en presencia de un juez o un abogado, ten[-drá] valor probatorio ante un tribunal”.²⁶ Los estándares del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o los Tratos Inhumanos y Degradantes (CPT; Estándares CPT) reconocen el derecho de acceso a un abogado para las personas en custodia judicial como una “garantía fundamental contra el maltrato”.²⁷

Con respecto a la asistencia jurídica, la fórmula normalmente adoptada por el derecho internacional es que si una persona no puede pagar su asistencia jurídica, debería prestársele gratis, si los intereses de la justicia así lo exigen. Eso concede a los Estados un amplio grado de discrecionalidad para determinar las circunstancias en que los intereses de la justicia requieren que se proporcione asistencia jurídica y el nivel de ingresos a partir del cual una persona es elegible para recibirla. Sin embargo, los Principios y Directrices de las Naciones Unidas disponen que los Estados tendrán que garantizar que todo sospechoso o acusado de un delito castigable con pena de prisión o con pena de muerte tiene derecho a asistencia jurídica gratuita, sin tener en cuenta sus circunstancias financieras, desde el momento en que la persona, de haber cometido el delito, comienza a ser investigada (con independencia de si ha sido arrestada o dete-

²³ Que es definido para incluir la asesoría y asistencia jurídica. Véase Principios y Directrices de las Naciones Unidas, A/RES/67/187, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2012, párr. 8.

²⁴ Ibíd., principio 3 y directriz 3(b).

²⁵ Informe sobre la misión al Reino Unido, E/CN.4/1998/39/Add.4, párr. 47, 5 de marzo de 1998.

²⁶ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la Tortura, informe a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/2003/68, 17 de diciembre de 2002, párr. 26(e). Véase también la recomendación del Relator Especial a la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/56/156, 3 de julio de 2001, párr. 39(d).

²⁷ Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, *Estándares CPT* (CPT 2006, p. 8).

nida) y durante todas las etapas del proceso penal. Además, los Estados garantizarán que una persona arrestada o detenida por un delito no castigable con pena de prisión tenga un derecho parecido cuando así lo justifique la urgencia de las circunstancias, como en caso de ser arrestada y detenida, y hasta el momento en que sea llevada ante un juez para que este tome una decisión sobre su detención previa al juicio.²⁸

Aparte de los derechos a la asistencia jurídica y a la justicia gratuita, hay otros derechos procesales reconocidos por el derecho internacional, de los cuales son de especial relevancia para una defensa penal efectiva los siguientes:

- Toda persona tiene el derecho a la libertad y la seguridad personales. Nadie será sometido a arresto o detención arbitraria. Nadie será privado de su libertad excepto por las razones establecidas en la ley y conforme al procedimiento dispuesto en ella.²⁹
- En el momento de su arresto, cualquier persona deberá ser informada de las razones del mismo y, a la mayor brevedad posible, de las acusaciones en su contra.³⁰
- Toda persona arrestada o detenida por una acusación penal deberá ser llevada a la menor brevedad ante un juez u otro funcionario judicial y tendrá derecho a un juicio en un tiempo razonable o a ser puesto en libertad. La regla general no podrá ser que las personas en espera de juicio queden detenidas, pero su liberación puede condicionarse a que preste garantías de que comparecerá al juicio.³¹

²⁸ Principios y Directrices de las Naciones Unidas, principio 3, y UNODC 2014.

²⁹ PIDCP, art. 9. CADH, art. 7, es casi idéntico, como lo es el ACHPR, art. 6, y el ArCHR, art. 14(1). El CEDH, art. 5, no contiene una prohibición expresa sobre la arbitrariedad, aunque esto es considerado fundamental por el TEDH, pero establece una lista exhaustiva de excepciones. El artículo 5(1)(c) permite la privación de libertad mediante un arresto o detención legal con el fin de llevar a la persona ante la autoridad legal competente cuando haya la sospecha razonable de que ha cometido un delito, o cuando existe la necesidad razonable de impedir que cometa un delito o huya después de haberlo hecho.

³⁰ PIDCP, art. 9(2), y ArCHR, art. 14(3). El CEDH, art. 5(2), es parecido, pero además requiere que la información se proporcione en un idioma que la persona comprenda. La CADH, art. 7(4), requiere que esa información se le proporcione a cualquiera “que esté detenido”. No hay norma equivalente en el ACHPR.

³¹ PIDCP, art. 9(3). Normas parecidas pueden encontrarse en el CEDH, art. 5(3), ArCHR, art. 14(5), y CADH, art. 7(5). El ACHPR, art. 7(1)(d), reconoce el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable ante un tribunal imparcial, pero no hay ninguna norma que hable de ser llevado ante un juez en el menor tiempo posible, ni de ser liberado en espera de juicio, aunque así se con-

- Toda persona a la que se le formulen cargos tendrá el derecho a la presunción de inocencia, mientras no sea declarada culpable conforme a la ley.³²
- En la presentación de una acusación penal contra una persona, esta tendrá el derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas.³³
- En la formulación de una acusación penal contra una persona, esta tendrá derecho a gozar del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.³⁴

Además, el PIDESC establece que en la presentación de una acusación penal, nadie puede “ser obligado a testificar contra sí mismo o a confesar su culpa”.³⁵ Una fórmula parecida puede encontrarse en la CADH y en la ACHPR.³⁶ Si bien el CEDH no incluye una garantía paralela, el TEDH ha declarado reiteradamente que el derecho a no declarar contra uno mismo y el derecho a mantener silencio son características fundamentales de las garantías judiciales, ya que han sido “reconocidas en general como estándares internacionales que están en el núcleo del concepto de un juicio justo”.³⁷

4.2. El sistema latinoamericano de derechos humanos

Al igual que el sistema europeo de derechos humanos, el sistema interamericano es el resultado de la preocupación mundial existente después de la situación de desolación

templa en los ACHPR, *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, 2001, párrs. M5 y N3, respectivamente.

³² PIDCP, art. 14(2). Véase también CEDH, art. 6(2); CADH, art. 8(2); ACHPR, art. 7(1)(b) y ArCHR, art. 16.

³³ PIDCP, art. 14(3). Véase también CEDH, art. 6(1), que se refiere al derecho a una audiencia en un tiempo razonable, como lo hace CADH, art. 8(1); ArCHR, art. 14(5); y ACHPR, art. 7(1)(d).

³⁴ PIDCP, art. 14(3)(b); CEDH, art. 6(3)(a); CADH, art. (2)(b); y ArCHR, art. 16(2). El ACHPR no contiene una norma equivalente, aunque el art. 7(1)(c) proporciona el derecho a la defensa y, por su parte, los ACHPR, *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, 2001, párr. N3, contemplan el derecho al tiempo y los medios adecuados para la defensa.

³⁵ PIDCP, art. 14(3)(g).

³⁶ CADH, art. 8(2)(g) y (3), y ArCHR, art. 16(6).

³⁷ Véase TEDH, 25 de febrero de 1993, *Funke v. France*, n.º 10828/84, párrs. 41-44; TEDH, 17 de diciembre de 1996, *Saunders v. UK*, Reports 1996-VI, párr. 68; TEDH, 8 de febrero de 1996, *John Murray v. UK*, n.º 18731/91, párr. 45; TEDH, 21 de diciembre de 2000, *Heaney and McGuinness v. Ireland*, n.º 34720/97, párr. 40; y TEDH, 22 de julio de 2008, *Getiren v. Turkey*, n.º 10301/03, párr. 123. Obsérvese que el TEDH ha declarado que el derecho a guardar silencio puede restringirse siempre y cuando las autoridades demuestren que hay una buena razón: *John Murray v. UK*, párr. 47, y *Heaney and McGuinness v. Ireland*, párr. 47.

y ruina que se manifestó luego de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), así como la toma de conciencia de las enormes y masivas violaciones de los derechos humanos fundamentales que se desarrollaron en la guerra.

La constitución de la Organización de los Estados Americanos fue el primer paso y si bien su Carta Constitutiva (1948) no organizaba aún un sistema especial de protección de los derechos humanos, establecía ya los objetivos de protección de la persona como una de las finalidades fundamentales de la nueva organización. Inmediatamente se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en sintonía con la Declaración Universal. No obstante, fue hasta 1959, con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuando el sistema de protección comenzó a gestarse como un mecanismo concreto de aplicación de los derechos contenidos en la Declaración Americana.

Fue en 1969 cuando se dio el paso decisivo, ya que en ese año se firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no solo precisa los derechos y obligaciones de los Estados firmantes sino que crea todo un sistema de supervisión y control, formado por dos organismos. Por un lado, se consolida en su base jurídica la Comisión Interamericana y, por otro, se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención –precedida por casi 20 años de trabajo progresivo en la protección de los derechos humanos– se preocupa por desarrollar un catálogo completo de derechos y libertades, precisa las obligaciones de los Estados, y circunscribe las limitaciones admisibles y los criterios de interpretación. Pero la gran novedad es la creación de un sistema de control y un tribunal con competencia para interpretar la Convención en los casos que se le sometan. A los países signatarios de la Convención se los invitaba a aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte. La Comisión, sin embargo, tiene funciones que provienen tanto de la Carta originaria de la OEA como de la Convención.³⁸

³⁸ Es importante reiterar que la Comisión Interamericana no es solo un órgano de la Convención, sino que también lo es de la OEA (Carta de la OEA, art. 112), ya que la entrada en vigencia de la Convención no puso fin a las actividades que la Comisión había estado desarrollando desde 1960. Se recuerda una vez más que se aplica (i) para proteger los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuando la presunta violación se atribuye a un Estado miembro de la OEA que no sea parte de la Convención, (ii) para proteger los derechos humanos del catálogo contenido en la Convención Americana, cuando la presunta violación se atribuye a un Estado parte de la Convención, y (iii) para proteger derechos específicos contenidos en otros instrumentos interamericanos, cuando la violación se atribuye a un Estado parte de uno de ellos, en cuyo caso el procedimiento es el de la Convención Americana (Medina 2010, p. 29).

El sistema interamericano tiene un procedimiento similar al antiguo sistema europeo de protección de los derechos humanos y al del Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Medina 2010, p. 29). En la primera etapa, la denuncia³⁹ se presenta ante la Comisión, la cual analiza los requisitos de admisibilidad (en especial, la competencia y agotamiento de los recursos internos, salvo excepciones) y luego notifica al Estado para que en un plazo de dos meses (con alguna posibilidad de prórroga, pero no muy amplia), o menor en casos de urgencia, responda sobre la admisibilidad. Recibida la respuesta, declara la admisibilidad o inadmisibilidad de la denuncia (lo que implica también un análisis sobre sus fundamentos o verosimilitud) y comienza el trámite del caso, sobre el fondo del asunto. A partir de este momento comienza, por una parte, una etapa de investigación en la que las partes pueden presentar informes y pruebas y, por la otra, una dimensión de solución amistosa, en la cual la Comisión se pone a disposición de las partes para acercar posiciones y procurar una solución no litigiosa del caso. Finalizada esta etapa, la Comisión elabora un informe sobre el fondo del asunto, determinando si existieron violaciones de los derechos fundamentales y formulando recomendaciones. El Estado denunciado tiene un tiempo para cumplir con esas recomendaciones o para continuar con la solución amistosa.

Vencida esta etapa, tanto el Estado como la Comisión tienen un plazo de tres meses para enviar el caso a la Corte Interamericana. Hay que destacar que para que la Corte intervenga, se deben haber agotado los procedimientos que fueron establecidos en los artículos 48 a 50 de la CADH. Cuando el caso es presentado por la Comisión, esta debe enviar el informe final de su intervención. En las últimas reformas reglamentarias se promueve cada vez más una intervención de las víctimas junto con la presentación de la Comisión. De allí en más, los procedimientos continúan bajo las reglas comunes de los juicios. La decisión de la Corte es obligatoria para los Estados, pero todavía existen dificultades para lograr un cumplimiento pleno.

Si bien el sistema tuvo un comienzo lento y hasta si se quiere moroso, en los últimos años, en particular desde las reformas de los reglamentos realizadas en los

³⁹ El artículo 44 de la Convención permite que cualquier grupo de personas formule denuncias o quejas por violación de los derechos consagrados por la Convención. Esta amplia facultad de denuncia es un rasgo característico del sistema de protección internacional de los derechos humanos. Como ha manifestado la Corte, las formalidades características de ciertas ramas del derecho interno no rigen en el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo principal y determinante cuidado es la debida y completa protección de esos derechos, sin sujetarlos a formalidades o requisitos que puedan introducir obstáculos.

años 2003 y 2009 (para garantizar el cumplimiento del debido proceso dentro del mismo sistema y permitir una más amplia participación de los afectados) se ha notado un incremento llamativo de la actividad de la Corte. De todos modos, ella está pensando aún como una Corte de “pocos casos” y tamizada en todo momento por la actividad de la Comisión. No obstante, como se ve en el anexo 1 relativo al “Desarrollo particularizado de los estándares internacionales sobre defensa penal efectiva”, esa circunstancia no ha impedido que la Corte Interamericana, así como la actividad complementaria de la Comisión, pueda desarrollar una amplia y variada jurisprudencia en nuestro tema.

4.3. El enfoque europeo

4.3.1. Introducción

Los derechos involucrados en un juicio justo en Europa están regulados en dos marcos normativos regionales: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) y la legislación de la Unión Europea (UE) sobre derechos procesales en procedimientos penales. Hay una interrelación compleja entre ambos. Si bien todos los Estados miembros de la UE son signatarios del CEDH, el número de países que lo han firmado (47) es bastante mayor que el de miembros de la UE (28 países).

La mayoría de estos países tienen una tradición procesal inquisitorial y, aunque comparten características comunes, también tienen diferencias significativas. Por ejemplo, si bien en la mayoría de ellos la policía es la responsable de la investigación de los delitos, el grado de supervisión de las investigaciones por los fiscales y jueces varía. Algunos países han conservado el cargo de juez de instrucción para las investigaciones de los delitos más graves, mientras que en otros, esa función ha sido suprimida, aunque los fiscales intervienen durante la investigación del delito. Los Estados que fueron parte del bloque soviético han aprobado en su mayoría nuevos códigos penales y de procedimiento penal desde principios de los años noventa, pero unos han sido más exitosos que otros a la hora de reformar las culturas y las prácticas laborales profesionales. En concreto, en algunas jurisdicciones, el fiscal sigue teniendo una posición poderosa, mientras que en otras, sus facultades se han reducido en favor de los jueces.⁴⁰ Si bien en la tradición inquisitorial siempre son los tribunales los encargados de valorar la prueba, en varios países europeos están aprobándose procedimientos parecidos a los de

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Cape y Namoradze 2012, y Schumann et ál. 2012.

los procesos de declaración de culpabilidad (habitual en las jurisdicciones de *common law*) y procedimientos orales abreviados.

Una minoría de países europeos tiene una tradición procesal adversarial, conforme a la cual la policía es responsable de la investigación penal, en gran medida sin control o supervisión de fiscales o jueces. Si bien en la etapa del juicio hay un elemento claramente adversarial en esas jurisdicciones, en muchas de ellas los sospechosos tenían, hasta no hace mucho, pocos derechos procesales, aparte del de guardar silencio. La mayoría de los casos que llegan a los tribunales terminan en la práctica con una declaración de culpabilidad (que permite negociar la pena), con lo cual el tribunal no tiene que oír o valorar las pruebas.

Uno de los retos que tiene el TEDH para interpretar el CEDH, y la UE para desarrollar e implementar un marco procedural de derechos humanos, ha sido el de establecer e interpretar normas de derechos procesales en el contexto de tradiciones procedimentales y marcos jurídicos diversos.

4.3.2. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos

El CEDH, como todos los instrumentos regionales de derechos humanos, regula una variedad de derechos que van mucho más allá de las garantías judiciales y los derechos procesales penales. Los dos artículos del CEDH que se ocupan explícitamente del proceso penal son el artículo 5 (el derecho a la libertad) y el artículo 6 (garantías judiciales).⁴¹ El artículo 5 establece que el arresto y la detención deben ser legítimos y conforme a un procedimiento prescrito por la ley, y que cuando el arresto tenga como propósito llevar a una persona ante la autoridad legal competente, exige una sospecha razonable de que la persona ha cometido el delito (o se justifica por la necesidad de impedir que la persona cometa un delito o huya después de haberlo cometido) (art. 5(1) (c)). Una persona que sea arrestada debe ser informada a la mayor brevedad, en un idioma que comprenda, de las razones de su arresto y de cualquier acusación contra ella (art. 5(2)). Una persona arrestada o detenida de conformidad con el artículo 5(1)(c) debe ser llevada en el menor tiempo posible ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley a ejercer competencias judiciales y tiene derecho a un juicio en un tiempo razonable o a ser puesta en libertad en espera de juicio (sujeto en ocasiones a garantías de que comparecerá en juicio, art. 5.3). Una persona privada de su libertad

⁴¹ El artículo 7 (no hay pena sin ley) trata principalmente del derecho penal sustantivo y aquí no se estudia con mayor detalle.

mediante un arresto o una detención tiene derecho a disponer de procedimientos que permitan determinar la legalidad de su detención, que debe ser decidida “rápidamente” por un tribunal, y debe ordenarse su liberación, si la detención no fue legítima (art. 5(4)).

El artículo 6(1) establece el derecho a una audiencia pública y justa, en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley. Las sentencias deben pronunciarse en público, aunque es posible excluir a la prensa y al público de todo o parte de un juicio en circunstancias limitadas y prescritas. La presunción de inocencia es garantizada por el artículo 6(2). Se reconocen derechos procesales mínimos a las personas a las que se les formulan cargos constitutivos de delito: el derecho a ser informadas a la mayor brevedad, en un idioma que comprendan y en detalle, de la naturaleza y causa de los cargos contra ellas (art. 6(3)(a)); el derecho a tener el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa (art. 6(3)(b)); el derecho a defenderse por sí mismas o mediante asistencia jurídica de su propia elección o, de no tener medios suficientes para pagarla, a que sea gratuita cuando los intereses de la justicia así lo demanden (art. 6(3)(c)); el derecho a interrogar o a que se interroguen a los testigos contra ellas, y a conseguir la citación y el interrogatorio de testigos a su favor en las mismas condiciones que reciben los testigos en su contra (artículo 6(3)(d)), y el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete, si no puede comprender o hablar la lengua usada en el tribunal (art. 6(3)(e)). Las garantías del artículo 6 (3) son aspectos específicos del derecho a un juicio justo reconocido por el artículo 6(1). La derogación de los derechos garantizados por los artículos 5 y 6 es permitida según el artículo 15 del CEDH, pero solo “[e]n caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”.

Los derechos incluidos en el artículo 6 han sido expandidos conforme a los principios desarrollados por la jurisprudencia del TEDH, como los relativos a la igualdad de armas entre la fiscalía y la defensa,⁴² el derecho a no declarar contra uno mismo y a guardar silencio,⁴³ el derecho a un juicio adversarial y el principio de inmediación (que significa que todas las pruebas normalmente deben presentarse y producirse en el juicio en el contexto de un debate adversarial).⁴⁴ Es un principio bien establecido que

⁴² TEDH, 15 de mayo de 2005, *Öcalan v. Turkey*, n.º 46221/99, párr. 140.

⁴³ TEDH, 25 de febrero de 1993, *Funke v. France*, A 256-A, y TEDH, 19 de marzo de 2009, *Bykov v. Russia*, n.º 4378/02.

⁴⁴ TEDH, 28 de agosto de 1991, *Brandstetter v. Austria*, A 21, párr. 67, y TEDH, 6 de diciembre de 1988, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, A 146, párr. 78.

el Convenio está pensado para garantizar derechos que sean “prácticos y efectivos”, no solo “teóricos e ilusorios”,⁴⁵ y el acusado debe ejercer una “participación efectiva” en el proceso penal.⁴⁶ Los derechos contenidos en el artículo 6, y en especial los establecidos en el numeral 6(3), son también aplicables a los procedimientos previos al juicio⁴⁷ y, en particular, los procedimientos llevados a cabo conforme al artículo 5(4) (prisión preventiva a la espera del juicio) deberían cumplir, en la mayor medida posible y según las circunstancias de la investigación en curso, los requisitos básicos de las garantías judiciales, como el derecho a un procedimiento adversarial.⁴⁸

Otros artículos son relevantes en materia de defensa penal efectiva. El artículo 3 dispone que nadie será sometido a tortura o tratos o castigos inhumanos o degradantes y que esto, como es obvio, se aplica a los procedimientos penales, incluidas las condiciones de la detención y de los interrogatorios. No está permitida ninguna derogación del artículo 3 (art. 15 (2)). El artículo 8 (1) garantiza el derecho de toda a persona a que se respete su vida privada y familiar, su hogar y su correspondencia. En el contexto de una defensa penal efectiva, el artículo 8 es de especial relevancia para las comunicaciones entre el abogado y su cliente, el acceso a la asistencia jurídica, y respecto de los actos de investigación de la policía como vigilancia u operaciones policiales encubiertas. La interferencia con el ejercicio de este derecho está permitida siempre que sea conforme a la ley y sea necesaria en una sociedad democrática, entre otras circunstancias, por interés de seguridad nacional, salud pública o prevención del desorden o el delito (art. 8(2)). El derecho a una apelación en los procesos penales está establecido en el Séptimo Protocolo del CEDH, artículo 2, que dispone que una persona condenada por un delito ante un juez tiene el derecho a que su sentencia o condena sea revisada por un tribunal superior.⁴⁹ Este derecho puede tener excepciones en casos de delitos menores o cuando la persona fue juzgada en primera instancia por

⁴⁵ *Artico v. Italy* (1981) 3 EHRR 1, *Airey v. Ireland* 9 (1979) 2 EHRR 305; TEDH, 9 de octubre de 2008, *Moiseyev v. Russia*, nº. 62936/00, párr. 209; TEDH, 24 de septiembre de 2009, *Pishchalnikov v. Russia*, n.º 7025/04, párr. 66.

⁴⁶ *Ekbetani v. Sweden* (1991) 13 EHRR 504, y *Stanford v. UKA*/282 (1994).

⁴⁷ TEDH, 24 de noviembre de 1993, *Imbrioscia v. Switzerland*, n.º 13972/88, párr. 38; TEDH, 27 de noviembre de 2008, *Salduz v. Turkey*, n.º 36391/02, párr. 50, y TEDH, 11 de diciembre de 2008, *Panovits v. Cyprus*, n.º 4268/04, párr. 64.

⁴⁸ TEDH, 13 de febrero de 2001, *Garcia Alva v. Germany*, *Lietzow v. Germany* and *Schöps v. Germany*, n.º 23541/94, 24479/94 y 25116/94, y TEDH, 9 de julio de 2009, *Mooren v. Germany*, n.º 11364/03, paras. 124-125.

⁴⁹ No todos los signatarios del CEDH han firmado y ratificado el protocolo.

el tribunal de última instancia, o fue condenada después de una apelación contra su absolución.

Algunos países signatarios del CEDH han incorporado el Convenio a su derecho nacional, de forma que sea de aplicación directa, mientras que otros no lo han hecho. En general, una persona que alega que han sido violados sus derechos reconocidos en el CEDH puede presentar una demanda para que su reclamación sea resuelta por el TEDH, pero una vez que haya agotado los recursos internos. Con respecto a los derechos involucrados en un juicio justo, aunque el TEDH no considera derechos procesales específicos, observa que su función principal es evaluar si los procedimientos fueron en su conjunto justos, a la luz de los hechos específicos de un caso concreto.⁵⁰ Por consiguiente, si la violación de un derecho procedural es capaz de rectificarse o compensarse con otros procedimientos o procesos judiciales, eso puede hacer que, en su conjunto, el juicio no sea considerado injusto. Además, el Tribunal trata en general la admisibilidad de las pruebas como un asunto de regulación del derecho nacional y de los tribunales nacionales, por lo que su única preocupación es examinar si los procedimientos se desarrollaron de forma justa.⁵¹ Hay también algunos elementos de una defensa penal efectiva, como la calidad de la asistencia jurídica, que el Tribunal considera en gran medida más allá de su alcance apropiado, constitucional.⁵² Las sentencias del TEDH no son directamente ejecutables, sino que, según su artículo 46 (1), todos los Estados miembros deben cumplir con la sentencia definitiva en todos los casos en que sean parte de un proceso. La ejecución de la sentencia es supervisada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, cuya función es garantizar que el Estado correspondiente implemente los remedios apropiados. Si el Comité de Ministros concluye que un Estado parte está negándose a cumplir con lo dispuesto en una sentencia definitiva, puede referir el asunto a la Gran Sala del TEDH, y si el tribunal confirma la violación, el asunto se devuelve al comité para que este considere la acción apropiada. En caso de una violación grave, el comité puede emprender acciones para suspender al Estado y solicitar que se le retire del Consejo de Europa.⁵³

⁵⁰ TEDH, 20 de noviembre de 1989, *Kostovski v. Netherlands*, n.º 11454/85, párr. 39, y TEDH, 6 de diciembre de 1988, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, 11 EHRR 360.

⁵¹ TEDH, Gran Sala, 1 de junio de 2010, *Gäfgen v. Germany*, n.º 22978/05, párr. 163; véanse las sentencias señaladas allí.

⁵² TEDH, 24 de noviembre de 1993, *Imbriosca v. Switzerland*, n.º 13972/88.

⁵³ Estatuto del Consejo de Europa, art. 8.

4.3.3. La Unión Europea y los derechos procesales

La Unión Europea adoptó una “hoja de ruta” de los derechos procesales en procesos penales en el año 2009, con el propósito de aprobar en los próximos años legislación sobre una variedad de derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas.⁵⁴ Durante varios años, la UE había aprobado numerosas normas jurídicas sobre policía, y cooperación y reconocimiento mutuo entre la fiscalía y los jueces, y se observó que esas normas debían ir acompañadas de medidas que protegieran los derechos de los individuos en los procesos penales. El mecanismo legislativo adoptado fue la directiva de la UE, cuyo efecto es que sus Estados miembros deben aprobar legislación, normas reglamentarias y otras medidas que garanticen el cumplimiento nacional de las normas contenidas en las directivas.

La primera medida adoptada en octubre de 2010 fue la directiva de la UE sobre el derecho a la interpretación y la traducción, que tenía que ser incorporada en el derecho nacional de los Estados miembros antes de octubre de 2013.⁵⁵ En resumen, la directiva exige que los Estados miembros garanticen que las personas acusadas y sospechosas que no hablan o comprenden el lenguaje de los procedimientos penales correspondientes reciban, de forma gratuita, servicios de interpretación y traducción de los documentos esenciales (arts. 2 y 3) durante esos procedimientos. Los Estados miembros tienen también que tomar medidas concretas para garantizar que la interpretación y la traducción sean de suficiente calidad como para garantizar la justicia de los procedimientos (art. 5) y para solicitar a los responsables de formar a los jueces, fiscales y el personal judicial que “presten una atención particular a las particularidades de la comunicación con la ayuda de un intérprete, de manera que se garantice una comunicación efectiva y eficaz” (art. 6).

A esta directiva le siguió, en mayo de 2012, otra sobre el derecho a la información, que debía ser cumplida por los Estados miembros antes de junio de 2014.⁵⁶ Esta directiva contempla tres derechos separados, pero conexos. El primero se refiere a que desde el momento en que las autoridades competentes le comuniquen a una persona que es sospechosa o está acusada de haber cometido un delito (art. 1), esta debe tener

⁵⁴ *Roadmap with a view to fostering protection of suspected and accused persons in criminal proceedings*, 1 de julio de 2009, 11457/09 DROIPEN 53 COPEN 120.

⁵⁵ Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

⁵⁶ Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

a su disposición la información, oral o escrita, con respecto a: el derecho de acceso a un abogado, el derecho a justicia gratuita, el derecho a ser informada de la acusación, el derecho a un intérprete y a traducción, y el derecho a guardar silencio. La información debe ser proporcionada en un lenguaje simple y accesible, teniendo en cuenta las necesidades especiales de las personas vulnerables (art. 3). Cuando una persona sea arrestada o detenida, debe proporcionársele una carta de sus derechos por escrito, que debe poder conservar durante su detención, en la que se le informe de los derechos mencionados y también de ciertos otros, como el derecho a que las autoridades consulares sean informadas (en el caso de que el acusado o sospechoso sea un extranjero), el derecho de acceso a asistencia médica urgente e información sobre el periodo máximo durante el cual puede estar detenido (art. 4). El segundo derecho consiste en que a la persona sospechosa o acusada se le debe proporcionar la información sobre la acción criminal de la que es sospechosa o está acusada, y las razones para el arresto o la detención (art. 6). El tercer derecho es que la persona en esa situación debe tener acceso a los documentos relacionados con el caso en su contra con suficiente antelación como para permitirle rebatir la legitimidad de su arresto o detención, y preparar su defensa (art. 7).

En octubre de 2013, la UE aprobó una directiva sobre el acceso a un abogado y a que un tercero fuera informado sobre la privación de libertad de una persona, directiva que debe ser implementada por los Estados miembros a más tardar en noviembre de 2016.⁵⁷ Este derecho está sujeto a una excepción en los delitos menores cuando la sanción puede ser impuesta por una autoridad distinta a un juez penal (art. 2 (4)). Por lo general, las personas sospechosas o acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a un abogado desde el momento en que conozcan de las autoridades competentes que son sospechosas o están acusadas, con independencia de que estén o no privadas de su libertad (arts. 2(1) y 3(1)). En concreto, tienen derecho a contactar con un abogado antes y durante cualquier interrogatorio de la policía, sin retrazos indebidos después de haber sido privados de la libertad, cuando se lleven a cabo ciertos actos de la investigación, y en el momento oportuno antes de comparecer ante el juez (art. 3). Una persona sospechosa o acusada, privada de su libertad, tendrá el derecho de infor-

⁵⁷ Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

mar al menos a una persona sobre su detención (art. 5) y a comunicarse con esa persona (art. 6). Hay una norma para la derogación transitoria del derecho de acceso a un abogado, pero solo si existe una necesidad urgente de evitar graves consecuencias para la vida, la libertad o la integridad física de otra persona, o si es necesaria una acción inmediata para prevenir un riesgo sustantivo de entorpecimiento de los procedimientos penales (art. 3(6)). Toda derogación debe estar estrictamente limitada en tiempo, no debe basarse de forma exclusiva en el tipo o la gravedad del presunto delito, y debe estar autorizada judicialmente o tener revisión judicial (art. 8).

En noviembre de 2013, la Comisión Europea publicó propuestas sobre una serie de medidas para completar la hoja de ruta procesal.⁵⁸ Ellas incluyen propuestas de directivas sobre el fortalecimiento de ciertos aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente durante el juicio penal, las garantías especiales en el procedimiento penal para las personas menores de edad sospechosas o acusadas de haber cometido un delito, y la prestación de asistencia jurídica gratuita para las personas sospechosas o acusadas que estén privadas de la libertad. Además, la Comisión propuso dos conjuntos de recomendaciones no vinculantes con respecto a las garantías procesales de personas vulnerables sospechosas o acusadas de haber cometido un delito, y el derecho a asistencia jurídica gratuita.

Si bien una directiva de la UE no tiene efectos directos en el derecho nacional de los Estados miembros, como ya se señaló, estos deben aprobar legislación nacional y tomar las medidas necesarias para hacerlas efectivas. Cada una de las directivas incluye normas que requieren a los Estados miembros proporcionarle a la Comisión Europea el texto de las medidas adoptadas y que la Comisión las evalúe e informe al Parlamento y el Consejo europeos si son o no suficientes. La Comisión puede presentar también un caso ante el Tribunal Europeo de Justicia (TEJ), si considera que un Estado miembro no ha cumplido con una directiva, y el TEJ tiene la facultad de imponer multas al Estado correspondiente. Además, un tribunal nacional le puede solicitar al TEJ que tome una decisión con respecto al cumplimiento de una directiva y hay una norma que contempla audiencias expeditas en caso de urgencia, como cuando una persona

⁵⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Making progress on the European Union Agenda on Procedural Safeguards for Suspects and Accused Persons – Strengthening the Foundation of the European Area of Criminal Justice*, Bruselas, 27 de noviembre de 2013, COM(2013) 820/2.

está bajo custodia. Por lo tanto, los mecanismos para el cumplimiento de los derechos procesales conforme al derecho de la UE son más firmes y rápidos que los del CEDH.

4.3.4. Derechos procesales en Europa: un ejemplo

Con el fin de ayudar a comprender el enfoque europeo sobre derechos procesales, se proporciona aquí un ejemplo de un caso relativo al derecho de acceso a un abogado durante la etapa de investigación del proceso penal.

En mayo de 2001, Yusuf Salduz, que tenía menos de 18 años, fue arrestado por la policía antiterrorista en Turquía y detenido por ser sospechoso de haber participado en una manifestación ilegal en apoyo a una organización ilegal, el PKK (Partido de los Trabajadores de Kurdistán). Si bien el derecho turco contempla que un sospechoso tiene derecho de acceso a un abogado desde el momento en que queda bajo custodia policial, ese derecho no es de aplicación cuando los sospechosos de haber cometido un delito están sujetos a la jurisdicción de los tribunales de seguridad del Estado. En consecuencia, Salduz fue interrogado sin haber tenido acceso a un abogado, y admitió haber participado en la manifestación ilegal y haber desplegado una pancarta en apoyo al líder del PKK. Al día siguiente fue conducido ante el fiscal y posteriormente ante el juez instructor, ante el cual se retractó de su declaración a la policía, alegando que había sido golpeado e insultado mientras estaba en custodia policial y que la confesión se había obtenido mediante coerción. El juez ordenó que Salduz continuara detenido y solo entonces se le permitió acceso a un abogado. Seis meses después, un tribunal de seguridad del Estado le condenó, basándose principalmente, aunque no solo, en su declaración a la policía, y fue sentenciado a cuatro años y seis meses de prisión.⁵⁹ Su apelación al Tribunal de Casación, con fundamento en la violación de los artículos 5 y 6 del TEDH, fue rechazada.

Salduz presentó una demanda ante el TEDH, y una sala dictó sentencia en abril de 2007, en la que reconocía una violación del artículo 6(1) del CEDH por no haberse puesto a su disposición la opinión escrita del fiscal durante la apelación, pero declaró que la negación del acceso a un abogado no equivalía a una violación del artículo 6(3) (c). A continuación, Salduz solicitó que el caso se remitiese a la Gran Sala del TEDH, que en noviembre de 2008, más de siete años después de su arresto inicial, dictó una decisión a su favor:

⁵⁹ Reducida a dos años y seis meses de prisión porque era una persona menor de edad en el momento del delito.

El Tribunal encuentra que con el fin de que el derecho a un juicio justo siga siendo lo suficientemente “práctico y efectivo”, el artículo 6(1) requiere, como regla, que se proporcione acceso a un abogado desde el primer interrogatorio de un sospechoso por la policía, a menos que quede demostrado que en las circunstancias específicas del caso hay razones convincentes para restringir este derecho (párr. 55).⁶⁰

La justificación de la decisión se concentró en la importancia del acceso a un abogado para salvaguardar el privilegio de no declarar contra uno mismo y para prevenir el maltrato:

El acceso temprano a un abogado es parte de las garantías procesales que el Tribunal tiene especialmente en cuenta cuando estudia si un procedimiento ha suprimido la esencia misma del privilegio a no declarar contra uno mismo [...]. A este respecto, el Tribunal también señala las recomendaciones del CPT (párrafos 39-40 *supra*), en las que el Comité declaró reiteradamente el derecho de un detenido a tener acceso a la asistencia jurídica. Toda excepción al goce de este derecho debería estar circunscrita con claridad y su plazo de aplicación estar limitado de forma estricta. Estos principios son de especial relevancia en el caso de acusaciones graves, porque es cuando se enfrentan las penas más duras que el respeto al derecho a un juicio justo debe garantizarse en el más alto grado por las sociedades democráticas (párr. 54).

La decisión Salduz fue confirmada en muchas decisiones posteriores del TEDH.⁶¹ Sin embargo, si bien la decisión dejó claro que el derecho de acceso a un abogado se aplica “desde el primer interrogatorio”, no establece de forma explícita que el sospechoso tenga derecho a que un abogado esté presente durante los interrogatorios policiales. Algunos gobiernos europeos son de la opinión de que en ausencia de lenguaje expreso a esos efectos, la decisión no exige introducir ese derecho. Sin embargo, decisiones posteriores del TEDH aclararon ese punto más allá de toda duda, al declarar que el derecho de acceso a un abogado incluye el derecho a que un abogado esté presente durante los interrogatorios policiales.⁶²

Las consecuencias que tuvo para Salduz su demanda exitosa ante el TEDH fueron relativamente modestas. El enfoque general de la Gran Sala con respecto a las

⁶⁰ TEDH, Gran Sala, 27 de noviembre de 2008, *Salduz v. Turkey*, n.º 36391/02.

⁶¹ Véase, por ejemplo, TEDH, 10 de marzo de 2009, *Böke and Kandemir v. Turkey*, n.ºs 71912/01, 26968/02 y 36397/03; TEDH, 3 de marzo de 2009, *Aba v. Turkey*, n.ºs 7638/02 y 24146/04; TEDH, 17 de febrero de 2009, *Aslan and Demir v. Turkey*, n.ºs 38940/02 y 5197/03; TEDH, 17 de febrero de 2009, *Oztürk v. Turkey*, n.º 16500/04; y TEDH, 24 de diciembre de 2009, *Pishchalinikov v. Russia*, n.º 7025/04.

⁶² TEDH, 21 de junio de 2011, *Mader v. Croatia*, n.º 56185/07; TEDH, 28 de junio de 2011, *Sebalj v. Croatia*, n.º 4429/09.

violaciones del artículo 6(1) consideró que la medida judicial más apropiada para la víctima sería un nuevo juicio, celebrado de conformidad con el artículo 6,⁶³ si el demandante así lo deseaba. Además otorgó una suma nominal para las costas y los gastos. Sin embargo, las consecuencias más amplias de la decisión fueron considerables. El derecho turco fue modificado bastante antes de las decisiones del TEDH, y extendió el derecho a recibir asistencia jurídica durante la detención a todos los sospechosos, e hizo que el nombramiento de un abogado fuera obligatorio en el caso de que el sospechoso fuera una persona menor de edad o alguien acusado de un delito castigado con una pena de prisión de cinco años o más. Otras jurisdicciones europeas, en las que la ley no proporcionaba el derecho de acceso a un abogado a los sospechosos detenidos en custodia de la policía, aprobaron leyes de esa clase, aunque en algunos casos solo después de que los tribunales nacionales declararan el derecho existente, incompatible con la decisión Salduz.⁶⁴ Además, la Unión Europea, al adoptar la directiva del derecho de acceso a un abogado, tomó en cuenta explícitamente la decisión Salduz y otras decisiones del TEDH, y estableció normas mínimas relativas al derecho de acceso a un abogado en procedimientos penales.⁶⁵ El resultado fue, como se señaló en la sección 4.3.3 *supra*, que todos los Estados miembros de la UE tendrán que ajustar sus leyes y normas administrativas para garantizar el cumplimiento con la directiva y el no hacerlo puede ocasionar sanciones.

5. Conclusiones

En la actualidad, la mayoría de los países de América Latina están realizando reformas a gran escala de sus sistemas de justicia penal. Muchos han experimentado agitación social y política en las décadas pasadas y enfrentan problemas significativos derivados de la sobrecarga y falta de recursos de sus sistemas de justicia penal. En este contexto, el reto es desarrollar instituciones de justicia penal que sean responsables democráticamente ante la sociedad, y procesos efectivos, justos y equitativos, y que cumplan estándares aceptables. Aunque cada país tiene una combinación única de historia política, instituciones, tradiciones procesales y culturas, sus sistemas de justi-

⁶³ Lo que significaría que el tribunal no debería basarse en la prueba de la confesión del demandante efectuada a la policía.

⁶⁴ Por ejemplo, Francia y Escocia. Véase Blackstock et ál. 2014, cap. 3.

⁶⁵ Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales, párr. 12 de los considerandos.

cia penal comparten muchas características y pueden beneficiarse del aprendizaje de las experiencias de los otros. Si bien algunas de las características de los sistemas de justicia penal son específicas de América Latina, los países de la región no son únicos en cuanto a los retos que enfrentan. En especial, muchos de los países de Europa del Este han sufrido cambios políticos, económicos e institucionales sustanciales desde finales de los años ochenta y también comparten con América Latina la experiencia de transformar su enfoque con respecto a la justicia penal en general y al procedimiento penal en particular.

En un periodo de cambio y transformación, la evidencia sobre cómo funcionan las cosas en la práctica es muy importante. A menudo, cuando no generalmente, hay una diferencia significativa entre cómo se pretende que operen las leyes y los procesos y cómo lo hacen en la práctica. Si se quiere que las reformas sean efectivas y cumplan con las normas y los estándares regionales e internacionales, es importante comprender cómo funcionan en la práctica las leyes, las instituciones y los procesos, en especial desde la perspectiva de los más afectados por ellos. La investigación recopilada en este libro fue diseñada para contribuir a una mejor comprensión del funcionamiento de los sistemas de justicia penal en los países estudiados, en particular en lo referente al acceso a una defensa penal efectiva. El estudio usó y adaptó una metodología probada y comprobada, utilizada en dos trabajos previos en Europa, que produjo pruebas y dio lugar a recomendaciones consideradas como objetivas, creíbles y acreditadas.⁶⁶

El sistema de justicia penal y el proceso penal son complejos, reflejan diversos intereses y valores, y a menudo tienen un carácter político, además de estar politizados. En consecuencia, nuestros resultados y recomendaciones pueden ser debatidos y rebatidos. Consideramos esto como una característica positiva. Esperamos que este estudio dé lugar a discusiones y debate. Es un proceso necesario para conseguir una mejor comprensión del fenómeno que mostramos y analizamos. Sobre todo, espera-

⁶⁶ Por ejemplo, el estudio recogido en Cape et ál. (2010) fue usado como fuente de información para las tres evaluaciones de impacto encargadas por la Comisión Europea cuando estaba desarrollando los proyectos de directivas de la UE sobre el derecho a interpretación y a traducción, el derecho a la información y el derecho de acceso a un abogado. Véase *Proposal for a Council Framework Decision on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings: Impact Assessment*, Brussels, 8/7/2009 SEC (2009) 915; *Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Right to Information in Criminal Proceedings*, 20/7/2010 SEC (2010) 907; e *Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Right of Access to a Lawyer and of Notification of Custody to a Third Person in Criminal Proceedings*, Bruselas, 8/6/2011 SEC (2011) 686.

mos que este trabajo contribuya a mejorar y obtener el cumplimiento de los estándares internacionales relativos a la justicia, a las garantías judiciales y al acceso a una defensa penal efectiva.

6. Bibliografía

- Blackstock, Jodie y otros. *Inside Police Custody: An Empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions*. Antwerp: Intersentia, 2014.
- Cape, Ed y otros. *Effective Criminal Defence in Europe*. Antwerp: Intersentia, 2010.
- Cape, Ed y Namoradze, Zaza. *Effective Criminal Defence in Eastern Europe*. Soros Foundation – Moldova, 2012.
- Jackson, Jonathan y otros. "Why do people comply with the law? Legitimacy and the Influence of Legal Institutions". *British Journal of Criminology*, Vol. 52, No. 6 (2012): 1051-1071.
- Langer, Maximo. "Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery". *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55 No. 4 (2007): 617-676.
- Myhill, Andy y Quinton, Paul. *It's a fair cop? Police legitimacy, public co-operation, and crime reduction: An interpretative evidence commentary*. National Policing Improvement Agency, 2011.
- Schumann, Stefan y otros. *Pre-trial Emergency Defence*. Vienna: Intersentia, 2012.
- Tyler, Tom. *Why People Obey the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- UNODC, *Early access to legal aid in criminal justice processes: A handbook for policy-makers and practitioners*. New York: UNODC, 2014.

Alberto Binder
Ed Cape
Zaza Namoradze

CAPÍTULO 2. ESTÁNDARES LATINOAMERICANOS SOBRE DEFENSA PENAL EFECTIVA

1. Introducción

La investigación de base tanto de los informes nacionales como del estudio de los estándares internacionales en la región latinoamericana forma parte y se encuentra integrada a la ya realizada en Europa, en particular en Europa del Este.¹ Esto implica, como ya se ha señalado en el capítulo correspondiente, que existe una unidad metodológica entre estos tres estudios, cuyos cometidos son facilitar la comparación entre las situaciones y la transferencia de experiencias positivas, con miras a provocar una unificación de la base de los estándares de defensa penal, así como la concreción de dichos estándares en una práctica efectiva.

El enfoque principal que se mantiene en estas investigaciones se caracteriza por poner a la persona del imputado o acusado, en tanto sujeto de un haz de derechos de defensa, en el centro de la investigación.² Esto implica no solo preocuparse por las estructuras normativas o por el resultado del juicio, sino por el modo en que el imputado concreto transita por todas las disyuntivas de la vida de un caso que lo debe tener como protagonista privilegiado. Por otra parte, no se puede limitar el enfoque con la idea tradicional de “defensa en juicio”, ya que, para cientos de miles de personas, la experiencia real de su paso por la justicia penal poco tiene que ver con el momento del juicio en sí mismo, sino más bien con las detenciones policiales y las etapas prepara-

¹ Cape et ál. 2010; Cape y Namoradze 2012.

² Cape et ál. 2012, p. 9.

torias del proceso.³ En el caso de la región latinoamericana, el fenómeno de la prisión preventiva prolongada, como alternativa concreta al verdadero juicio oral y público, es todavía una realidad central y masiva que distorsiona la mayoría de las instituciones del proceso penal.⁴

Debe quedar claro, pues, que el enfoque consiste en considerar que solo el acceso a una defensa efectiva es la condición para la vigencia de las garantías que conforman un juicio imparcial. Es claro que ese conjunto de garantías es mayor, pero todas ellas se debilitan sino pivotan sobre la defensa efectiva. La idea de *sistema de garantías*, ya usual en nuestra región, nos muestra, por una parte, la *interdependencia dinámica de todas las garantías que protegen al imputado* y, por otra, el carácter central de los derechos de defensa del imputado o acusado, para que se *concrete ese sistema*, en una *situación real de protección*.

Como veremos, si bien el conjunto de derechos puede ser incluido en una fórmula general (debido proceso, juicio justo o juicio imparcial, con las disquisiciones que haremos en adelante), que se encuentra anclada en los artículos 7 y 8 de la CADH, lo importante es hallar, dentro de ese concepto general, aquellos derechos específicos y concretos que fundan una defensa penal efectiva. Siguiendo con los postulados metodológicos de la investigación general, hemos agrupado esos derechos “concretos” en cuatro categorías:

1. Derechos vinculados a la información que se le debe proveer al imputado. Es decir, (i) todo lo concerniente a la información sobre el arresto o la detención y los derechos que surgen a partir de esa situación; (ii) la información sobre la imputación, la formulación de cargos o la acusación, según las etapas procesales; (iii) la información sobre todas las posibilidades de defensa que tiene la persona en esos casos, y (iv) el derecho a tener acceso a los elementos de prueba que se van acumulando en su contra.
2. El segundo agrupamiento consiste en aquellos derechos vinculados a ser verdadero sujeto del proceso, es decir, a desarrollar un papel activo en defensa de su propio interés. Este agrupamiento implica: (i) el derecho de la persona imputada a defenderse y representarse personalmente, como manifestación más básica del reconocimiento de su papel como sujeto activo; (ii) el derecho a elegir y contar con un defensor de su confianza, con capacidad técnica; (iii) el derecho a que su interrogatorio, ya sea en la fase inicial o a

³ *Ibid.*

⁴ AAVV CEJA 2011.

lo largo del caso, siempre cuente con el suficiente asesoramiento; (iv) por lo tanto, el derecho a una protección especial de su comunicación privada con el defensor; (v) a contar con un defensor provisto por el Estado, cuando no pueda contratarlo con su propio peculio y (vi) el derecho a que ese defensor deba preservar, antes que nada, los derechos de su defendido, sin adhesión a otros criterios o directivas superiores.

3. El tercer agrupamiento consiste en los derechos vinculados a una participación real y efectiva dentro del proceso y al mantenimiento dentro de él de una condición especial de protección. Ello implica, en primer lugar, (i) el derecho a ser presumido inocente y a ser tratado como tal; (ii) el derecho a guardar silencio durante todo el desarrollo del proceso, en particular el juicio, y a que no se imponga ninguna obligación o práctica que implique la obligación de declarar contra uno mismo; (iii) el derecho a permanecer en libertad durante el proceso y el juicio, y a que cualquier restricción anticipada de su libertad esté sometida a exigencias de legalidad, razonabilidad y temporalidad y, en todo caso, que no constituya una imposibilidad para el ejercicio de la defensa; (iv) el derecho a participar directamente y en presencia durante el juicio; (v) el derecho a que las decisiones que los afecten no sean arbitrarias y tengan fundamentos razonados, y (vi) el derecho a una revisión integral del fallo de condena.
4. El cuarto agrupamiento gira alrededor del derecho a que todos los demás derechos sean *efectivos*, es decir, la afirmación de que no alcanza con su reconocimiento formal sino que existen otros derechos que obligan a generar condiciones prácticas para el ejercicio de los anteriores. Esto significa: (i) el derecho a investigar el caso con medios propios y proponer pruebas; (ii) el derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa; (iii) la igualdad de armas en la producción y el control de la prueba en todas las instancias procesales y audiencias; (iv) el derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas.

Por otra parte, además de mantener el agrupamiento realizado en la investigación general, que facilitará la tarea comparativa, hemos destacado la característica de ser estos los *20 derechos fundamentales que conforman una defensa penal efectiva*, por razones mnemotécnicas y para facilitar su uso, como herramientas de promoción de esos derechos en los contextos regionales o como patrón de crítica de las legislaciones locales. La clasificación es un mecanismo conceptual que facilita el desarrollo y la com-

prensión de esos derechos, su numeración como lista básica busca ser una *herramienta de comunicación al servicio del uso práctico en la concreción de esos derechos*.

Buscaremos, en primer lugar, la *referencia normativa más directa para cada uno de esos derechos*. Ello implica explorar *su base normativa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, no solo porque ella es el principal instrumento de protección por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) –de la cual es su último intérprete– sino porque existe una práctica creciente –que por otra parte debe ser alentada– de aplicación de esa Convención directamente por los tribunales nacionales, ya sea los de superior jerarquía o directamente los jueces vinculados al juzgamiento. En consecuencia, nos interesa, en primer lugar, la interpretación que haya hecho la Corte Interamericana de esos instrumentos. Como ya explicaremos, no existe todavía un desarrollo amplio de esa interpretación, por lo que deberemos recurrir a otras fuentes jurisprudenciales nacionales de alto nivel para completar el cuadro interpretativo. Ello es relevante, dado el estadio inicial de desarrollo de los derechos del imputado por parte de la Corte IDH. Explicar ese estado de desarrollo inicial está vinculado a algunas características regionales, que marcan problemas y tareas propias de esta época; no obstante, tienen tal grado de relevancia que deben ser analizadas, aunque sea someramente, para una mejor comprensión de la situación del derecho de defensa.

Estas aclaraciones, en cierto modo reiterativas, sirven para entender algunas realidades del contexto latinoamericano que deben ser tomadas en cuenta a la hora de cualquier trabajo comparativo. Ellas tienen que ver con (i) proceso de reforma de la justicia penal de América Latina, (ii) la etapa en la que se encuentra el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), (iii) la persistencia de modelos de organización judicial que matizan de un modo determinante las prácticas judiciales y (iv) un modelo de ejercicio de la abogacía –y de preparación para ella– que moldea las prácticas profesionales de los defensores. Estas situaciones deben ser destacadas, aunque sea someramente, para comprender la situación de los distintos estándares internacionales en la región. Algunas reflexiones sobre estos puntos serán necesarias para cubrir los tres niveles de realidad a los que pretende llegar la investigación.⁵

Por otra parte, deberemos hacer una breve referencia a los conceptos de ‘juicio imparcial’, ‘juicio justo’, ‘defensa en juicio’ y ‘debido proceso’, ya que su uso ambiguo y poco preciso ha contribuido en no poca medida a que la jurisprudencia se debilite a la hora de clarificar los contenidos concretos de cada uno de los derechos. Además,

⁵ Cape et al. 2012, p. 12.

tampoco es pasiva la traducción de *fair trial* como ‘juicio imparcial’ o ‘juicio justo’, y las connotaciones de ‘justicia’ en el sentido del ‘valor justicia’ y, aún más, de un contenido preciso y objetivo de ese valor pueden generar confusiones entre el sentido del cumplimiento de las garantías y la ‘justicia’ del caso, en tanto satisfacción de ese valor. Asimismo, un uso indiscriminado de la expresión ‘devido proceso’ ha generado también muchas confusiones, que han terminado debilitando el contenido preciso y concreto de los derechos del imputado.

2. El contexto de una justicia penal en proceso de cambio

A mediados de la década de los años ochenta, como producto de diversos factores, entre los cuales uno no menor fue el proceso de recuperación o normalización democrática y la crítica a los sistemas judiciales, en particular, debido al compromiso de la justicia penal con graves violaciones de los derechos humanos o con la impunidad de los autores del terrorismo de Estado de las décadas pasadas, comienza un proceso largo, complejo y profundo de revisión de los anteriores sistemas de justicia penal. Más o menos cercanos a los modelos inquisitoriales puros, en los hechos se trataba de una justicia fundamentalmente escrita, con muy poca o nula publicidad, con poca o nula división de funciones entre los actores, con un bajo nivel de control de garantías y que básicamente reconocía muy pocos derechos al imputado, incluso en el simple plano del reconocimiento formal.

Ese proceso de cambio, aún no concluido en toda la región, produjo la renovación de la legislación procesal penal, de muchas de las leyes orgánicas, y también significó una renovación de la doctrina y de la jurisprudencia. El proceso de reforma no alcanzó a las reformas policiales; el traslado de la nueva concepción del proceso a las prácticas concretas es algo lento, que muestra algunos frutos, pero también una permanente distorsión que es conocida como *reconfiguración inquisitorial del sistema acusatorio*. Del conjunto de países que conforman esta investigación, los informes nacionales dan cuenta del estado de la discusión y el avance en cada uno de ellos (en los países federales, tales como México, Argentina y Brasil, el avance es más lento y complejo, dadas las características, también más complejas de distribución de tareas judiciales entre los estados federados y la Federación). No obstante, la reforma de la justicia penal debe ser destacada como *proceso regional*, ya que ha significado, y significa, una etapa nueva de intercambio de ideas, de instalación de nuevos paradigmas, de nuevas expectativas y redes de intercambio entre las entidades públicas y privadas del sector.

En términos generales, la reforma del proceso ha significado:

- a) La adopción definitiva del enjuiciamiento oral, público y contradictorio como única forma válida de lograr una condena. De hecho, esto significó en algunos países la realización por primera vez en su historia de juicios de esta naturaleza. Paulatinamente, se fue ampliando el programa de oralización hacia todas las etapas del proceso (audiencias sobre las etapas previas), generando un cambio mucho más profundo en la dinámica del sistema.
- b) La división de funciones entre el juez, el acusador y la defensa. La figura del juez de instrucción o de un fiscal, moldeado al estilo de un juez de instrucción, se abandona por una tripartición clara de las tareas de juzgar y controlar a los acusadores (jueces), preparar el caso, orientar la investigación y acusar (fiscales y acusadores particulares), y las tareas de crítica y defensa (el imputado y su defensor). Esta división de funciones, si bien parece algo obvio, ha sido uno de los puntos más difíciles de encaminar, dadas las tendencias a volver a darle a uno de los intervenientes un rol hegemónico dentro del proceso o la renuncia de los jueces a abandonar su anterior posición de acusadores y juzgadores al mismo tiempo.
- c) La ampliación del sistema de garantías del imputado. En primer lugar, en el reconocimiento formal en la propia legislación procesal penal, que en este campo era especialmente escueta a la hora de enumerar derechos de defensa del imputado, incluso de textos constitucionales más modernos que habían avanzado en el reconocimiento de esos derechos. En segundo lugar, se produce el nacimiento y desarrollo de nuevos sistemas de defensa pública, que provocan un salto cualitativo en la posibilidad real de contar con un abogado defensor, en particular para los sectores más pobres y vulnerables de la sociedad.
- d) La ampliación de los modos de terminación del proceso, incorporando salidas conciliatorias que impliquen la reparación de los daños, la suspensión del proceso a prueba del cumplimiento de medidas de diverso tipo, la reparación del daño como causa de extinción del caso, la posibilidad de pactar penas menores y otras salidas que han generado tanto ventajas como nuevos desafíos para el ejercicio del derecho de la defensa ante los peligros de manipulación del proceso, con el fenómeno llamado de “punición indirecta”.
- e) Una incorporación mucho más fuerte de los derechos de las víctimas y de su participación como acusadoras dentro del proceso. Más allá de la discusión sobre la conveniencia político-crimeinal de esta medida en el

contexto latinoamericano, lo cierto es que ello ha generado nuevas exigencias y desafíos para el ejercicio del derecho de la defensa, que se manifiesta de un modo desigual según los tipos de casos y la intensidad de la participación de las víctimas según la clase de delitos.

La intensidad del cambio; el hecho de que las reformas no han quedado simplemente en los papeles sino que se han ejecutado aunque imperfectamente, generando problemas importantes en su implementación o demorando su desarrollo territorial; el impacto que han tenido en la doctrina, en la jurisprudencia y en la enseñanza, aunque todavía no han logrado modificar los patrones de capacitación y entrenamiento de los abogados; el hecho de que ellas todavía se encuentran condicionadas por sistemas policiales difíciles de controlar y con graves problemas de eficiencia o respeto a las garantías, en fin, todo este conjunto de variables deben ser destacadas tanto para señalar el particular momento en el que se desarrolla esta investigación como para advertir sobre el carácter constructivo en el que se encuentran todavía los estándares internacionales en esta materia.

2.1. La Corte Interamericana. Preocupaciones de época

Un conjunto de variables que deben ser destacadas provienen del particular desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) y, en particular, de la índole de los casos presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a la Corte (Corte IDH). Se debe destacar que una de las tareas principales que se impusieron tanto la Comisión como la Corte, en una primera etapa de funcionamiento, fue la de poner límites o reparar, en la medida de lo posible, el enorme nivel de impunidad existente en la región frente a gravísimas violaciones de derechos humanos fundamentales, en particular la vida, provenientes de las acciones del terrorismo de Estado desarrolladas al calor de la doctrina de la seguridad nacional, que dio sustento a muchas de las dictaduras latinoamericanas, tiñó a gobiernos débilmente democráticos o fundó doctrinas militares de intervención en alzamientos o guerras civiles. Los ataques brutales a la población y el encubrimiento sistemático de los gravísimos delitos cometidos (genocidios, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, etc.) obligó al sistema interamericano *a prestarle especial atención a la situación de las víctimas, a desarrollar una doctrina interamericana sobre la tutela judicial de los derechos de ellas o a denunciar el uso fraudulento de garantías que fueron puestas al servicio de la impunidad más escandalosa.*

Esta aclaración es importante porque ha marcado toda una etapa de la interpretación que la CIDH ha realizado sobre las garantías judiciales. Ella se ha caracterizado, en primer lugar, por un énfasis permanente en la obligación de los Estados de garantizar una mínima eficacia en la protección de los derechos de tutela de las víctimas, incluso a través del proceso penal, dado que los casos bajo su consideración en general involucraban casos penales de gran magnitud. En segundo lugar, si bien no se puede afirmar que la CIDH haya buscado debilitar el estatus de protección del imputado en el proceso penal, tampoco ha dudado, dentro de un marco preciso, excepcional y especialmente fundado, en levantar garantías (cosa juzgada, retroactividad, etc.) del imputado, cuando era *manifesto, en el contexto de los graves casos juzgados, pertenecientes a una época de características particulares, que el mantenimiento a ultranza de esas garantías llevaba a una situación intolerable en términos de desprotección de las víctimas de esas graves violaciones*. Esta tendencia de la jurisprudencia internacional ha sido criticada e, incluso, calificada como “neopunitivismo”.⁶ En tercer lugar, esta preocupación “de época” por esa dimensión de los derechos ha impedido, en gran medida—dado el carácter selectivo de los casos que la CIDH decide llevar a juicio—, que se consolide una jurisprudencia internacional específicamente dedicada a los derechos del imputado o a las condiciones de su eficacia.

Tal como veremos en el capítulo siguiente, ello no significa que la Corte IDH haya abandonado totalmente el tema de los derechos vinculados a la defensa del imputado; al contrario, veremos que la Corte ha ratificado las bases de esos derechos, aunque no haya avanzado suficientemente en los detalles o en las precisiones necesarias. Todo hace suponer, sin embargo, que poco a poco van arribando a la Corte, por decisión de la Comisión y por presión de los afectados, nuevos casos vinculados a la situación de los acusados o de los condenados (en particular por las graves condiciones carcelarias que también distorsiona todo el sistema penal). Las condiciones están dadas para que lentamente se vaya consolidando un mayor equilibrio en los casos, y hasta es esperable que se vaya formando una nueva época de preocupaciones sobre los derechos de los imputados, ya sea directamente o a través de la ya notoria preocupación de la Comisión y la Corte por las efectivas condiciones de vida de los encarcelados.

Si bien estas circunstancias generan una mayor dificultad a la hora de reconstruir los estándares internacionales de defensa penal efectiva, y nos obligan a integrar la investigación con la jurisprudencia de otros tribunales, le otorga a esta investigación

⁶ Como referencia de estas críticas y el debate que se ha desarrollado alrededor de ellas, véase Malario (2010) y Pastor (2011).

un estímulo adicional: ella no solo debe buscar como interlocutores a los actores locales, sean tribunales o defensores, sino que también debe dirigirse a los actores del SIDH para ayudar a construir una más amplia y precisa jurisprudencia internacional sobre esta materia. Insertarse en estas transiciones, propias de la región latinoamericana, es una característica de esta investigación que debe ser expresada con claridad para facilitar el trabajo comparativo y enriquecerlo.

2.2. Los modelos de organización inquisitoriales.

El problema de la burocratización de los problemas

Otro conjunto de variables que hay que considerar tienen que ver con la toma de conciencia progresiva –al calor del propio proceso de reforma de la justicia penal– de la influencia determinante de los modelos de organización heredados en la configuración concreta de los problemas y el ejercicio de los derechos, también de los del imputado. En efecto, el modelo de justicia penal que se pretende abandonar (inquisitorial) no se caracteriza únicamente por reglas procesales específicas (secreto, juez investigador, escriturismo, falta de defensa) sino por modelos de organizaciones verticales, rígidas, compartimentadas, con una fuerte impronta cultural de formalismo y burocratización. Estos modelos de organización no han sido puestos en cuestión tan fuertemente como las reglas procesales, o cuando lo fueron no lograron apoyo o fuerza suficiente para consolidarse en cambios concretos.

Es cierto y evidente que todas las organizaciones sufren procesos de burocratización y ello no es privativo de la región; también es cierto que esa burocratización produce los fenómenos de autonomía e incapacidad adiestrada, pero no hacemos referencia aquí a los *niveles ordinarios de burocratización* sino a la *persistencia de un modelo de organización que contiene en sí mismo la mayor reserva de prácticas y cultura inquisitorial y que produce distorsiones muy grandes en la interpretación de las normas mismas*. Esto se puede apreciar en dos planos: (i) el primero, más claro, nos dice que el rechazo al avance de los derechos de los imputados o a la consolidación de estándares más precisos choca, antes que nada, *con el impacto organizacional de esos derechos o estándares*; (ii) en un segundo plano, la interpretación de esos derechos o estándares se realiza *desde el ámbito organizacional; desde el particular ambiente de esas organizaciones se resignifican o se le dotan de sentido a derechos elementales*. Este doble proceso de distorsión organizacional es importante para no creer que la brecha entre lo estipulado en las normas y lo que efectivamente sucede es siempre un problema de pocos recursos, poca contracción al trabajo o indolencia moral: existe una disputa sobre el sentido de

los derechos, que se produce en el interior de organizaciones con una visión profundamente distorsionada por la tradición inquisitorial.

Esta situación sigue siendo determinante, pese a que ya se la ha identificado y existen procesos de cambio que apuntan a revertir tanto el modelo de organización como su cultura organizacional. Por ejemplo, existen algunos nuevos modelos de defensa pública que modifican la forma tradicional, o nuevas estructuras judiciales o de los fiscales que también lo hacen. Sin embargo, todavía existen muchas organizaciones que no han comenzado el proceso de cambio o que ni siquiera tienen conciencia de la importancia de encararlo. Así, por ejemplo, en el caso específico de las organizaciones de defensa pública, muchas de ellas mantienen formas de trabajo tradicionales vinculadas a la actividad del “juzgado” o “tribunal”, se circunscriben a “acompañar” el trámite del proceso, según el ritmo que esos tribunales o juzgados le impongan. O se trata de organizaciones que giran alrededor del trámite del expediente y solo a través de él se relacionan, como es bastante usual que ocurra entre fiscales y defensores; o se trata de organizaciones que carecen y rechazan todo medio de control y supervisión del trabajo y terminan distorsionando o desviando las prioridades, en desmedro de los casos más sencillos en términos burocráticos. En fin, esta *mediación organizacional no es solo un problema de prácticas sino de determinación del sentido de las normas y, por lo tanto, también debe ser tomado en cuenta a la hora de definir con mayor precisión los estándares internacionales*.

2.3. El ejercicio de la abogacía: formalismo en contra del ejercicio de los derechos

Otro conjunto de variables que hay que tener en cuenta giran alrededor del modo *en que se vive y ejerce la abogacía en nuestra región*. Ya sea como un producto emergente del propio funcionamiento de la administración de justicia o como el resultado de un modo de enseñanza de tipo escolástico, poco orientado a la práctica y al servicio legal, lo cierto es que el *patrón básico de la práctica profesional* genera también condicionamientos a la hora de entender y practicar los derechos del imputado. Esta situación se ve reforzada por otras dimensiones: por ejemplo, la enseñanza en la escuela de leyes no ha sabido acompañar hasta ahora el proceso de reforma de la justicia penal y se ha preocupado muy poco por enseñar las habilidades necesarias para litigar en los nuevos sistemas; por otra parte, los colegios o asociaciones profesionales tampoco ejercen un verdadero control, sea fijando estándares para la actuación profesional o reaccionando ante las fallas éticas o de mala praxis.

Este conjunto de factores hace que el abogado común –y para muchos sectores de la sociedad es muy difícil acceder a uno especializado– y aun el abogado especializado en materias criminales, que forma parte de la defensa pública, *naturalice formas de actuación* que son perjudiciales para el ejercicio de los derechos de los imputados. Por ejemplo, todavía cuesta que muchos defensores le presten suficiente atención al *interés concreto* del imputado, ya sea porque no lo consultan o porque hacen primar criterios organizacionales generales o evitan confrontar con sus compañeros de las otras organizaciones judiciales; o, en tanto los abogados tienden a prestar atención solo a los asuntos de trámite, no explotan otras alternativas del proceso que pueden ser mucho más favorables para sus defendidos (y la nueva legislación procesal es muy rica en salidas alternativas a la prisión); o suelen prestarle poca importancia a mantenerlo informado sobre las alternativas del caso y, en muchas ocasiones, son reacios a visitarlo en su lugar de encierro. Es bastante usual el abandono del caso en instancias importantes (como el juicio), aprovechando cierto permisivismo de los jueces en este tema, y otras tantas prácticas que se consideran como *ejercicio normal y ordinario de la abogacía*. No sería un punto a destacar si esto solo fuera la actuación de algún abogado negligente o mal preparado; al contrario, suelen ser prácticas arraigadas que no acostumbran ser identificadas y criticadas por los propios pares.

Utilizaremos como referencia los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. No solo porque constituyen la fijación de estándares universales sino porque, aun cuando no constituyen una fuente normativa directa, al igual que las “Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos”, han sido citados por la propia CIDH⁷ como un texto de referencia. Tal como se señala en su preámbulo:

Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados que figuran a continuación, formulados para ayudar a los Estados miembros en su tarea de promover y garantizar la función adecuada de los abogados, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de su legislación y práctica nacionales, y deben señalarse a la atención de los juristas así como de otras personas como los jueces, fiscales, miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general. Estos principios se aplicarán también, cuando proceda, a las personas que ejerzan las funciones de la abogacía sin tener la categoría oficial de abogados.

⁷

Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C, No. 119.

2.4. Condiciones carcelarias y defensa

También constituye un conjunto de variables significativas el particular estado generalizado de las condiciones carcelarias. El estado de hacinamiento en condiciones inhumanas, sumado al abuso del instrumento del encarcelamiento preventivo y su mantenimiento por tiempos prolongados, provoca una *fuerte distorsión del ejercicio de la defensa. El eje deja de estar en la disputa entre culpabilidad e inocencia para correrse al de libertad o detención, dejando en un segundo plano las cuestiones sustantivas.* Esto se manifiesta en la importancia central que los defensores le dan a la excarcelación, en el modo como aceptan condenas sin juicio, a través de procedimientos abreviados, aun cuando puedan realizar una defensa eficaz o tengan alguna posibilidad real de discutir la cantidad o calidad de la prueba.

Este punto ha sido de especial preocupación por parte tanto de la CIDH como de la Corte misma.⁸ En efecto, en el *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*,⁹ la Corte

⁸ En diversos fallos, la Corte IDH ha sentado las bases de legalidad de las detenciones y encarcelamientos. Por ejemplo, *Villagrán Morales y otros contra Guatemala*, sentencia del 11 de septiembre de 1997, serie C, No. 32, § 131; *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C; *Caso Gangaram Panday contra Surinam*, sentencia del 21 de enero de 1994, serie C, No. 16, § 47; *Caso Yvon Neptune contra Haití*, sentencia del 6 de mayo de 2008, serie C, No. 180, entre otros.

⁹ Sentencia del 27 de abril del 2012, serie C, No. 241. En ese caso, además, la Corte repasa los estándares internacionales que ella misma ha aceptado, a saber: a) el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios; b) la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre menores de edad y adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición; c) todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia; d) la alimentación que se brinde en los centros penitenciarios debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente; e) la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario; f) la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos; g) las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal; h) todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene; i) los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad; j) los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser

ha ratificado su doctrina de que cuando una persona se encuentra presa “se establece una relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad” (# 64). Pese a este llamado, todavía el sistema penitenciario en la región se resiste a cumplir con esos estándares. En particular, es notorio el hecho de que la persona privada de libertad es sometida a un tipo de interacción violenta, que excede en mucho al simple hecho de la mayor o menor brutalidad de los encargados del encierro, ya que tiene que ver con el accionar consentido de mafias internas, vinculadas a sectores de los propios guardianes, que, en el contexto agregado de condiciones de vida degradadas, hacen que el problema de ser adecuadamente defendido en el caso, pasa a un plano secundario frente a la necesidad de salir de allí a cualquier costa. Se convierte en un caso de defensa de la vida, en un plano elemental.

2.5. Debido proceso, juicio imparcial o juicio justo

En el ámbito de la doctrina y jurisprudencia latinoamericana es frecuente un uso no discriminado entre el concepto de ‘debido proceso’ y juicio justo o imparcial; al mismo tiempo, estas dos expresiones, que constituirían la traducción de *fair trial*, pueden

humano, y k) las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas. Estos estándares, según la CIDH misma, surgen de los siguientes instrumentos: ONU, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977;ONU, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988;ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Ver también ONU, *Observación General No. 21 del Comité de Derechos Humanos*,10 de abril de 1992, A/47/40/(SUPP), sustituye la *Observación General No. 9, Trato humano de las personas privadas de libertad* (art. 10), 44º período de sesiones 1992, y CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, adoptados durante el 131º período de ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

arrastrar ambigüedades producto de diversas tradiciones, entre las cuales la más débil es la que proviene de su uso en el mundo del derecho de cuño anglosajón. Estas mismas indeterminaciones existen en la jurisprudencia de la Corte IDH y luego tienen un gran impacto en la práctica, ya que se engloban todas las garantías en el concepto de debido proceso o se debilita la idea de juicio (*trial*) producto de la falta de una construcción histórica de larga data sobre el juicio oral, público y contradictorio.

Podríamos obviar este tema y considerar que podemos usar esas fórmulas como sinónimos. Sin embargo, no es un camino recomendable, no por algún tipo de purismo en la traducción, sino porque, en la práctica, la identificación del concepto *fair trial* con el de *devido proceso* –de indudables alcances más amplios– *le ha dado fundamento a una jurisprudencia y a una doctrina que ha debilitado la idea de juicio mismo, como momento central y de mayor calidad de todo el proceso penal*. Lo mismo ha sucedido con la traducción de *hearing*, que al ser trasladada simplemente como ‘ser oído’, ha implicado una ratificación del modelo de audiencia de la tradición inquisitorial (comparar ante una autoridad superior para explicar en presencia sus quejas-informe *in voce*), sin distinguir la diferencia en el modelo de audiencia o pleito público ante el juez que reconoce la tradición anglosajona.¹⁰ Esta dimensión debe ser destacada para darle rigor, claridad y a la vez historicidad al trabajo comparativo.

¹⁰ Como explica Sebastián Narvaja (2012):DUCE y RIEGO (2007,pp.380-381) enfatizan la idea que estas traducciones o formas de redacción no deben atribuirse a problemas lingüísticos o de falta de adecuación de las traducciones, sino a una falta de conocimiento profundo, en la cultura jurídica latinoamericana, del concepto y alcances de la garantía de *juicio justo* (*fair trial*), en que los valores de publicidad, oralidad y contradicción no han sido percibidos como importantes en los procedimientos a través de los cuales se resuelve sobre la responsabilidad penal de las personas. La doctrina procesal tradicional, basada en un análisis secuencial y escolástico de los modelos procesales inquisitoriales o mixtos, ha permitido un análisis en tal sentido, que no tendría cabida dentro de las culturas jurídicas anglosajonas. Sobre el modo en que se han construido y utilizado estas categorías conceptuales del derecho procesal penal tradicional, véase BINDER (2000, pp. 25 y ss.; s.a.: 1-7). Los instrumentos internacionales utilizan, en su versión en español, las siguientes fórmulas: “[...] a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial”(DUDH, art. 10); “[Proceso Regular] [...] derecho a ser oída en forma imparcial y pública[...]"(DADH, art. xxvi); “[...] derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial [...]”(PIDCP, art. 14, §1); “[Garantías Judiciales] [...] derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial [...]”(CADH, art. 8, §2); “[Derecho a un proceso equitativo] [...]Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial”(CEDH, art. 6, §1).

En sus versiones en idioma inglés, las fórmulas utilizadas son las siguientes: “[...]Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal

De hecho, en el propio SIDH se usa el término ‘debido proceso’ con una amplitud enorme. En un estudio amplio y riguroso sobre su utilización dentro del SIDH, Sergio García Ramírez nos dice: “El debido proceso adjetivo, generalmente caracterizado por invocación de los elementos que lo integran y cuyos méritos derivan de la conformidad entre el enjuiciamiento y la ley, pero también entre ambos y la justicia. Esto conduce a establecer un tipo de proceso que tribute a la justicia, es decir, un ‘juicio justo’. Bajo el concepto de debido proceso se reúnen y consolidan, pues, diversos derechos del justiciable”.¹¹ En forma reiterada–nos dice este autor–, la Corte IDH ha conceptualizado al debido proceso como un límite a la actividad estatal, que se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos, lo que surge claramente de algunos casos.¹²

Por otra parte, cuando se trata de casos penales, el concepto de debido proceso incluye todas las garantías mínimas previstas en el art. 8 de la Convención Americana

[...]"(DUDH, art. 10); “[Right to due process of law] [...] Every person accused of an offense has the right to be given an impartial and public hearing, and to be tried by courts previously established [...]”(DADH, art. xxvi); “[...] everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal [...]”(PIDCP, art. 14, §1); “[Right to a fair trial] [...] Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal [...]”(CADH, art. 8, §2); “[Right to a fair trial] [...] everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal [...]”(CEDH, art. 6, §1). Se puede notar fácilmente la diferencia entre ‘ser oído’ y la traducción corriente de *hearing*, según el Oxford Dictionary: “Law an act of listening to evidence in a court of law or before an official, especially a trial before a judge without a jury: the court may stay execution pending a hearing”. Finalmente, ‘De alguna manera, el ‘debido procedimiento legal’ (*due process of law*), citado antes en el derecho de los EE.UU., o la garantía de un juicio imparcial y leal (*fair trial*), del derecho inglés, o su traducción al derecho europeo continental previendo ‘oportunidades iguales’ para el imputado en juicio (*Waffengleichheit*), derechos consagrados por el artículo 6, párr. 1º, 1ª. oración, *Convención europea sobre derechos humanos*, equivalen a nuestro ‘derecho de defensa’” (Maier 1996, pp. 540-541).

¹¹ García Ramírez et ál. 2012, p. 13. Este texto es de especial utilidad, no solo por el carácter de su autor (expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) sino porque realiza un análisis minucioso de la casi totalidad de los fallos de la Corte IDH. Lo hemos utilizado sin duda como referencia de la selección de fallos.

¹² Cfr. *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C, No. 72, párr. 92; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia de 20 de junio de 2005, serie C, No. 126, párr. 78; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, serie C, No. 71, párr. 68, y *Caso Ibsen Cárdenes e Ibsen Peña*, sentencia de 1 de septiembre de 2010, serie C, No. 217, párr. 178.

sobre Derechos Humanos (CADH), como otras adicionales que pudieran ser necesarias para la integración de este concepto, no solo en el plano formal sino también con la exigencia de que esos derechos e intereses puedan ser defendidos de una forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Esto surge de los casos *Lori Berenson Mejía vs. Perú*¹³ e *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*.¹⁴

Vemos, pues, que la Corte IDH ha hecho un uso profuso del concepto de debido proceso, pero también ha utilizado la expresión ‘juicio justo’. Por ejemplo, “todo juez tiene la obligación de asegurar que los procesos se lleven a cabo con el debido respeto de (las) garantías judiciales que sean necesarias para asegurar un juicio justo”.¹⁵ De este modo, no podemos encontrar en el propio lenguaje de la Corte IDH criterios claros para hacer una diferenciación. Sin embargo, nos parece que ella es necesaria para evitar confusiones. En ese sentido, proponemos que se utilice el concepto ‘devido proceso’ como el más amplio, que comprende todas las garantías y requisitos procesales que permiten a cualquier justiciable defender sus derechos e intereses en un proceso, de cualquier tipo o clase. Este concepto de ‘devido proceso’ puede ser asimilado al de ‘juicio justo’, si es que se intenta incluir los elementos valorativos propios de alguna idea de justicia o los elementos de ‘razonabilidad’ de la decisión, que suelen comprenderse bajo el concepto de ‘devido proceso sustantivo’.

En todo caso, debido proceso y juicio justo quedan como conceptos amplios, que exceden el marco del proceso penal. Para referirse a las estrictas garantías propias del proceso penal –en particular su opción preferente por los derechos del imputado que se materializan en el “principio de inocencia”, de tal manera que no se puede hablar de él en sentido estricto de igualdad de partes–y para destacar el papel central del derecho de defensa dentro de un juicio (y no cualquier tipo de juicio) oral, público y contradictorio, utilizaremos la idea de *juicio imparcial*, como una traducción más

¹³ Sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C, No. 119, párr. 176, y *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, serie A, No. 11, párr. 24; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, serie A, No. 18, párr. 121; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, serie A, No. 16, párr. 117.

¹⁴ Sentencia de 21 de junio de 2002, serie C, No. 94, párr. 146.

¹⁵ *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, sentencia de 24 de septiembre de 2009, serie C, No. 204, párr. 85.

útil para el proceso penal de *fair trial*¹⁶ y como un concepto más preciso y circunscripto que el de debido proceso o juicio justo.

2.6. *Algunas aclaraciones sobre los sistemas penales (infracciones penales, imputación de hecho y formal, aprehensión, arresto, detención)*

Como resultado del proceso de reforma, que de hecho ha significado también una cierta unificación de categorías en muchos de los países de la región, hoy es posible un diálogo más claro y fructífero entre los sistemas penales (o justicia criminal, lo usamos como sinónimo), su jurisprudencia y doctrina. No obstante, quedan todavía diferencias (en particular en aquellos países como México, Argentina o Brasil, cuyos procesos de reforma son más lentos, dada la estructura federal). Los países, no obstante este proceso de normalización y unificación, conservan todavía lenguajes y características propias, vinculadas mucho más a las tradiciones y a la doctrina vernácula que a las nuevas legislaciones procesales. Cada informe nacional mostrará todavía esas particularidades. No obstante, dado que se trata de *interpelar las realidades nacionales* desde normas y estándares internacionales, es necesario destacar equivalencias y formular aclaraciones.

En primer lugar, existe el problema de la clasificación de los delitos. La clásica división francesa entre delitos, crímenes y contravenciones o faltas ha ido perdiendo terreno. No obstante, mantiene todavía alguna relevancia. En cuanto a la diferenciación entre crímenes y delitos (que la legislación penal paraguaya recientemente ha restablecido), conserva alguna importancia para la competencia de los tribunales o para la competencia del juicio por jurados, por ejemplo, pero no cumple una función más relevante en el sistema. En ese sentido, no debe quedar ninguna duda de que los estándares internacionales tienen aplicación a todo caso, se trate de un delito o un crimen sin que esa distinción tenga influencia alguna, por más que existan diversos procedimientos aplicables a algunos delitos, según la gravedad, o se siga utilizando la palabra crimen para los casos más graves.

¹⁶ En el diccionario de Tomasi sobre Derecho Procesal Penal, coincide con la traducción de *fair trial* como juicio imparcial, con el siguiente respaldo: “Según *Black’s Law Dictionary*, *fair trial* significa lo siguiente: ‘A trial by an impartial and disinterested tribunal in accordance with regular procedures; esp., a criminal trial in which the defendant’s constitutional and legal rights are respected. — Also termed *fair and impartial trial*’. Como vemos con este último término, ‘*fair and impartial*’ el doblete no le agrega sentido alguno, sino que es una redundancia (tendencia del inglés jurídico)” (véase <http://www.bilinguallawdictionary.com/>).

En cuanto a las *contravenciones o faltas* se deben hacer algunas diferenciaciones. En algunos países todavía se denomina “contravención o falta” a infracciones menores, pero que pueden dar lugar a sanciones privativas de libertad de treinta o hasta sesenta días. En esos casos, se debe entender que, *más allá de la denominación, los estándares internacionales son también aplicables*. Si bien se trata de continuos en los que es difícil poner un límite, es posible afirmar que cuando las contravenciones o las faltas no tienen prevista una sanción privativa de libertad, o ella es inferior al límite normalmente establecido en las constituciones para el simple “arresto administrativo” (alrededor de 48 horas como máximo), no se puede sostener la aplicación de los estándares con el mismo nivel de intensidad, *aun cuando sí se debe sostener que el concepto amplio de debido proceso propio del SIDH obliga a que existan niveles de defensa efectiva*. En tanto formen parte del sistema penal, ellas se encuentran en el mismo nivel que los delitos.¹⁷ Excede el cometido de esta investigación determinar cuál es ese nivel de intensidad o cuáles derechos concretos deben alcanzar también al sistema contravencional o de faltas. Este principio debe ser sostenido también para todo procedimiento administrativo a resultas del cual se imponga una sanción restrictiva de derechos básicos o una privación de libertad inferior al máximo de arresto administrativo permitido.

Distinto es el caso de los diversos procedimientos establecidos para imponer medidas restrictivas de libertad a los menores de edad. En este caso, la Convención de los Derechos del Niño *obliga a una protección mayor, por el hecho de la vulnerabilidad del menor de edad*. En este caso, toda restricción de libertad (tenga o no el nombre de “pena” o incluso de “sanción”) implica el respeto a un *nivel de garantías superior y, por lo tanto, todos los derechos concretos y los estándares internacionales son aplicables, sin importar el nombre que el procedimiento para niños, adolescentes o jóvenes menores de edad tenga en la legislación de cada uno de los Estados*. Aun cuando se sostenga que el objeto de la medida restrictiva no es “castigarlo” sino “protegerlo o tutelarlo” frente a los riesgos de la vida o al modo como se encuentra conduciendo su vida, en esos casos también se aplican los estándares internacionales sobre derecho de defensa.¹⁸

¹⁷ Caso Baena Ricardo y otros, cit., párr. 106, y Caso Vélez Loor, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, No. 218, párr. 132.

¹⁸ Corte IDH, OC-17/2002 sobre *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. “Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías” (Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 209). Además, “En todas las etapas del proceso se respetarán garantías

En la tradición legislativa, jurisprudencial o doctrinaria anterior al proceso de reforma, era usual que no se reconocieran derechos al imputado hasta que no se produjera un acto formal, que, normalmente, dadas las distorsiones propias del proceso latinoamericano anterior, consistía en la detención formal (prisión preventiva) o en la convocatoria formal al interrogatorio (convocatoria a indagatoria); previo a ello, quien estaba siendo investigado como sospechoso no tenía capacidad formal para designar un defensor o las facultades de este se encontraban limitadas, por el secreto o por las peticiones que podía realizar. A partir de las nuevas legislaciones procesales que se adoptan en la segunda mitad de los años ochenta del siglo pasado y por influencia, en gran medida, del Código Modelo para Iberoamérica, comienza a abandonarse esa tradición. Las nuevas legislaciones establecen que la condición de imputado es una *condición de hecho, que surge de la denuncia o de una investigación dirigida a una persona en particular*. No obstante, no está claro aún si de esa situación fáctica es de la que nacen el conjunto de derechos del imputado o solo algunos. Tampoco se ha clarificado aún si esa *mera sospecha es la que debe ser informada o se refiere tal obligación a la imputación formal*. La nueva legislación procesal ha reconocido las normas de la CADH y establece un *momento de imputación formal*, ya sea mediante una comunicación directa de una decisión también formal de los fiscales, o mediante la formulación de cargos ante un juez en una audiencia específica. No existen dudas sobre la obligación de comunicar fehacientemente al imputado esta decisión; comunicación que debe contener información suficiente sobre sus causas y naturaleza. La idea “genérica” de imputación juega, no obstante, una función importante para determinar situaciones fácticas donde se ha *evadido* la imputación formal o donde se manipula el proceso para generar algún tipo de hostigamiento informal. Es, en todo caso, una herramienta que puede usar el imputado para *comenzar a ejercer su defensa y solicitar protección judicial ante formas fraudulentas de persecución penal*.

Algo similar ocurría con el concepto de *detención o arresto*. Una visión formal consideraba que los derechos nacían a partir de una figura formal de detención (decretada por el juez o el fiscal o ratificada por ellos). Si bien esta concepción ya se ha modificado, todavía se pretende generar esta distinción mediante el uso de la palabra *aprehensión*, para referirse al hecho material de la privación inmediata de la libertad

procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a estos y el derecho de apelación ante una autoridad superior” (*Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., párr. 123).

de locomoción, y *detención*, cuando esa privación se formaliza en un acta o en una comunicación al fiscal o al juez. Esta diferenciación no es admisible, ya que claramente la CADH busca abarcar el supuesto fáctico de la privación directa e inmediata de la libertad ambulatoria (y por eso usa las palabras *arresto* o *detención*, para abarcar todos los supuestos); a partir de ello, nace una situación especial de guarda estatal y riesgo de abuso que reclama la comunicación de los derechos que permiten proteger a la persona, específicamente *a partir de esa situación fáctica*.

3. Estándares internacionales¹⁹

Las normas internacionales que prevén derechos de defensa para el imputado constituyen un cuerpo normativo extenso, claro y preciso, similar al que conforma la base de las otras convenciones de derechos humanos. Se puede decir que existe, en el plano normativo, una *base uniforme de reconocimiento de derechos, que constituye el primer escalón de los derechos de defensa del imputado*.²⁰ En ese sentido, el conjunto de 20 dere-

¹⁹ Para el desarrollo de los estándares internacionales nos hemos atenido a los usos verbales que ya se han utilizado en las investigaciones precedentes a esta (Cape et ál. 2012; Cape et ál. 2010); ello se debe a la necesidad de utilizar, finalmente, la información como un todo lo más homogéneo posible y facilitar el trabajo comparativo. No obstante, existen otras razones de importancia. En el momento de la formulación de la CADH, en su versión en español, fundamentalmente, la región latinoamericana se encontraba lejos de los modelos judiciales de tipo anglosajón. La influencia española directa o la adopción del modelo francés (directamente o a través de las versiones italianas de ese mismo modelo) era dominante. Ciertas fórmulas de la versión española de la CADH o ciertas interpretaciones de ella se daban en ese contexto. Desde mediados de los años ochenta, como ya hemos explicado, esta situación ha variado sustancialmente. Los sistemas de justicia penal de la región son ya cercanos al modelo anglosajón (sistema acusatorio o adversarial) con las variantes propias de la región, de la historia de cada país o del particular diseño que se ha hecho en cada una de las realidades. Sin embargo esas particularidades no son tan relevantes como para alterar el modelo básico. Ello hace conveniente y necesario realizar una lectura de las garantías judiciales de la CADH *desde la nueva realidad de los sistemas acusatorios de América Latina*.

²⁰ Los numerales 2 a 5 del artículo 8 de la Convención Americana establecen lo siguiente:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

chos que hemos seleccionado como parte central de una defensa penal efectiva tienen

- d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - 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;
 - f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

Por otra parte, el artículo 7 señala: *Derecho a la libertad personal*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Estos artículos tienen similitud con los establecidos en el CEDH. La propia CIDH lo ha dicho. En particular: "El artículo 8.1 de la Convención [...] Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales" (*Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, sentencia de 29 de enero de 1997). De allí que el trabajo de comparación de los estándares no solo sea pertinente sino que la propia Corte ha tomado a la

la siguiente base normativa directa, sin perjuicio del reconocimiento en declaraciones y pactos de carácter universal:²¹

1. A ser informado sobre la naturaleza y las causas del arresto o detención y los derechos que emanan de esa situación. CADH, art. 7, 4
2. A ser informado sobre la naturaleza y las causas de la imputación (formulación de cargos) o acusación. CADH, art. 8, 2, B
3. A obtener información sobre los derechos relativos a su defensa que le están garantizados. CADH, art.8, 2, C
4. Derecho a obtener acceso a la evidencia material del caso y a la carpeta de la investigación (legajo, expediente, archivo, sumario, archivo, etc.). CADH,

jurisprudencia del TEDH como una guía, dado el mayor grado de desarrollo de la jurisprudencia europea; no obstante ello, no debemos olvidar los condicionantes del contexto, que por tal razón se exponen en la introducción.

²¹ Para darle especificidad al trabajo, nos hemos preocupado por la referencia directa a la CADH. Pero los derechos de defensa también tienen su base en 1) Declaración Universal de Derechos Humanos (Declaración Universal), que la Asamblea General de la ONU adoptó en 1948; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y en vigor desde 1976; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por consenso por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984 y en vigor desde 1987; Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y en vigor desde 1990; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 y en vigor desde 1981; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1965 y en vigor desde 1969; Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (Conjunto de Principios), adoptado por consenso por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1988; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mínimas), adoptadas en 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU; Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, adoptados por consenso por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1990 y celebrados por la Asamblea General de la ONU; *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, adoptadas por consenso en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1990 y celebradas por la Asamblea General de la ONU; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1985 y en vigor desde febrero de 1987; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Pekín); Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio).

- art.8, 2, F; CADH, art.7, 4
5. Derecho de la persona imputada a defenderse y representarse personalmente. CADH, art. 8, 2, D
 6. Derecho a contar con asistencia y representación legal (técnica) de su confianza y libre elección. CADH, art. 8, 2, D
 7. Derecho a contar con asistencia legal durante el interrogatorio. CADH, art. 8, 2, D
 8. A conferenciar en privado con el abogado defensor. CADH, art. 8, 2, D
 9. A elegir y contar gratuitamente con los servicios de un abogado, para las personas que no pueden pagarlos. CADH, art. 8, 2, E
 10. A que los abogados se rijan conforme estándares profesionales mínimos, deban orientarse exclusivamente por el interés de su defendido y a que sean independientes. CADH, art. 8, 2, D
 11. Derecho a ser presumido inocente. CADH, art.8, 2, primer párrafo
 12. Derecho a guardar silencio o a no declarar contra uno mismo. CADH, art. 8, 2, G; CADH, art.8, 3
 13. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente. CADH, art. 7, 2, 3 y 5
 14. Derecho a estar presente en el juicio y participar en él. CADH, art. 8, 2, D
 15. Derecho a que las decisiones que lo afectan sean motivadas en fundamentos razonados. CADH, art. 8, 1
 16. Derecho a una revisión integral de la sentencia de condena. CADH, art. 8, 2, H
 17. Derecho a investigar el caso y proponer pruebas. CADH, art. 2, F
 18. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa. CADH, art. 2, C
 19. Igualdad de armas en la producción y control de la prueba y en el desarrollo de las audiencias públicas y adversariales. CADH, art. 2, primer párrafo
 20. Derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas. CADH, art. 2, A

3.1. Derecho a contar con información²²

El conjunto de derechos vinculados con el acceso a la información cumplen un papel crucial en la generación de un estatus de protección para toda persona sometida al proceso criminal. Del mismo modo como sucede en el caso europeo, la CADH no establece de un modo expreso el derecho a contar, cuanto antes, con toda la información acerca de las consecuencias de estar sometido a un proceso, así como la información sobre los derechos que tiene el imputado y las ayudas que puede solicitar para ejercerlos. Sin duda, de la lectura de los artículos 7 y 8 de la CADH queda claro que existe el derecho a contar con esa información, pero es necesario tener una interpretación holística de esos artículos. Así lo ha dicho la Corte IDH al señalar con bastante precisión:

[P]ara satisfacer el artículo 8.2.b convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos.

Y esta obligación convencional “rige incluso antes de que se formule una ‘acusación’ en sentido estricto, dado que para que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública”.²³

²² En sentido estricto, solo constituyen precedentes de la Corte IDH los fallos que son el resultado de la actividad contenciosa. La actividad “consultiva” no tendría el mismo valor de obligatoriedad, aunque ello es todavía un tema discutido en la doctrina. De hecho, la propia Corte IDH ha reconocido el diferente valor vinculante (Opinión Consultiva OC-1/82, sobre “*Otros tratados* objeto de la función consultiva de la Corte, del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 1: “Las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención”, párr. 51). No obstante, por ejemplo, la Corte Suprema de Costa Rica ha reconocido, al menos en un fallo, ese valor vinculante (Acción de Inconstitucionalidad No. 412-S-90, el 13 de noviembre de 1985 Sala IV, a propósito de la Opinión Consultiva OC-5/85 sobre *La colegiación obligatoria de periodistas*). A los efectos de esta investigación, utilizaremos tanto las *sentencias* como las *opiniones consultivas*, dado que para fijar el contenido y los alcances de los estándares de defensa tienen un valor semejante.

²³ *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, sentencia de 17 de noviembre de 2009, serie C, No. 206, párr. 30; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, No. 135, párr.

Por otra parte, de la misma concepción que ha mostrado la CIDH, el carácter central que le reconoce la doctrina y la propia Corte,²⁴ cabe sostener que la participación de una persona en el proceso penal (y se debe entender que esto vale en particular para el imputado) nunca puede generar una situación arbitraria, que dependa de las circunstancias y aumente la situación de vulnerabilidad. En palabras de la propia Corte, existe “el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”; esa obligación de garantía “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.²⁵

Por otra parte, la Corte ha entendido que los jueces mismos deben prestar una especial atención a los intervenientes en el proceso, ya que “el Estado, para garantizar un debido proceso, debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y evitar el esclarecimiento de los hechos”.²⁶ En ese campo, “todo juez tiene la obligación de asegurar que los procesos se lleven a cabo con el debido respeto de (las) garantías judiciales que sean necesarias para asegurar un juicio justo”.²⁷ En síntesis, la Corte IDH ha tenido una preocupación especial en *custodiar el lugar de ejercicio de derechos dentro del proceso, en particular el proceso criminal*. De allí, entonces, que *contar en todo momento con la información necesaria para el ejercicio de los derechos constituye un elemento central del debido proceso o juicio imparcial, ya que solo así una defensa es adecuada*.²⁸ Este dere-

²²⁵, y *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005, serie C, No. 129, párr. 118.

²⁴ Medina 2003.

²⁵ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, No. 4, párrs. 166-167; *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, serie C, No. 221, párr. 189.

²⁶ *Caso Myrna Mack Chang*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C, No. 101 cit., párr. 199. En igual sentido, *Caso de la Comunidad Moiwana*, sentencia de 15 de junio de 2005, serie C, No. 124, párr. 159, y *Caso Carpio Nicolle y otros*, sentencia de 22 de noviembre de 2004, serie C, No. 117, párr. 134.

²⁷ *Caso Dacosta Cadogan*, cit., párr. 84.

²⁸ *Ibid.*

cho general a estar suficientemente informado, como condición para el ejercicio del derecho de defensa, se desgrana en otros derechos mucho más concretos, que también tienen reconocimiento normativo y desarrollo jurisprudencial.

3.1.1. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y causas del arresto o detención y los derechos que emanen de esa situación

El derecho a ser informada le corresponde, según el artículo 7, inciso 4, de la CADH, a toda persona *detenida o retenida*. Ya hemos explicado las tradiciones frente a las cuales es necesario construir un estándar. La CADH es clara en el sentido de buscar *captar todas las situaciones posibles de privación de libertad, en particular por los órganos policiales, quienes son los que realizan esta privación directa e inmediata*. El uso de fórmulas tales como detención, arresto, aprehensión, captura, etc. es indiferente y no se pueden fundar diferencias sobre distinciones formales o semánticas. En primer lugar, toda persona debe ser informada de las *razones de su detención*. Esto es derivación directa del mismo artículo de la CADH, que en su inciso 3 establece que nadie puede ser sometido a una *detención arbitraria*. Si arbitrario no es solo lo que responde a un capricho de la autoridad, sino también todo acto de autoridad cuyo fundamento nos es desconocido, cabe concluir que toda detención en la que no se le han informado al detenido los motivos de ella, constituye *un caso de detención arbitraria*.

Por otra parte, dado que una de las garantías judiciales esenciales (mínimas) constituye el derecho a contar con un intérprete (CADH, art. 8, 1) y la razón de esa garantía consiste en la preocupación de que *toda comunicación al imputado sea efectiva*, cabe concluir que la comunicación sobre las razones de la detención, arresto o simple retención debe ser hecha de tal manera que la *comprensión por parte del imputado debe estar garantizada*. En particular porque se trata de una situación de vulnerabilidad provocada por la misma privación de libertad. No se satisface la comunicación con meras fórmulas genéricas, transcripciones de artículos en las actas de detención o con cualquier formalismo que no esté al servicio de una comunicación cierta, precisa y eficaz. La información mínima debe consistir en la identificación de la autoridad que dispone la detención, el motivo (comisión de un hecho en forma flagrante, sospecha de comisión de un hecho, traslado al tribunal, realización de alguna diligencia de investigación, etc.) y el lugar donde permanecerá detenido o retenido. El conjunto de estas informaciones se debe trasmisir para cumplir con el mandato de la CADH.

Por otra parte, la razón de ser de estas comunicaciones inmediatas consiste en preservar el conjunto de derechos de defensa que forman parte inescindible del con-

cepto de juicio imparcial. Por tal motivo, también se debe informar que a partir del momento de la detención, la persona tiene el derecho de comenzar a efectivizar su defensa, personalmente o por abogado que nombre o se le designe. Tampoco es del caso un cumplimiento meramente formal de esta comunicación; se trata, antes bien, de poner en un estatus de protección a quien, precisamente, por la detención, se encuentra en una situación de vulnerabilidad de las que, por la experiencia histórica, ha dado lugar a abusos y afectaciones que tocan a la vida misma. El cumplimiento de estas obligaciones es propio de la autoridad, no está sujeto al requerimiento del propio interesado. Se trata de una *garantía mínima*, es decir, un mecanismo de protección para la *efectividad de los otros derechos de defensa*. Por lo tanto, lo que debe estar “garantizado” es que, en todo caso y situación, esa información llegue a conocimiento del imputado, sin importar la naturaleza del caso o las circunstancias particulares y, menos aún, pueda quedar subordinada a un requerimiento del propio detenido, ya que entonces no cumpliría su función de garantía.

La Corte IDH ha señalado que no se puede “impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, lo que es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada”. Tal como lo hemos indicado, la Corte IDH también ha aclarado que el derecho de defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como autor o partícipe de un delito.²⁹ El momento de la detención es, sin duda, uno de aquellos donde ya se señala a una persona como autora o partícipe, es decir, la constituye como imputada. Asimismo, tal como lo veremos en el próximo acápite, la Corte IDH ha reiterado el objeto de brindar esta información, en todo caso “antes de que rinda su primera declaración ante autoridad pública”.³⁰

Por otra parte, la propia CADH establece (art. 7, 6) que “toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su liber-

²⁹ Caso Cabrera García y Montiel Flores, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, No. 220, párr. 154. Cfr. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, párr. 29; Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Fondo, serie C, No. 35, párr. 71; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, No. 186, párr. 148, y Caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, serie C, No. 187, párr. 105.

³⁰ Caso Barreto Leiva, cit., párr. 30; Caso Palamara Iribarne, cit., párr. 225, y Caso Acosta Calderón, cit., párr. 118.

tad, si el arresto o la detención fueran ilegales. La preocupación por la amplitud del hábeas corpus por parte de la Corte IDH es evidente y se compadece con la historia de nuestra región, donde el momento de la detención ha significado, en muchos casos, la desaparición de esa persona y donde ese remedio (el hábeas corpus) no cumple una función excepcional sino que se lo utiliza frecuentemente dentro de las soluciones ordinarias que tiene todo imputado para provocar un *control de legalidad (y razonabilidad) inmediato sobre su detención o cualquier otra forma de privación de libertad*. Por eso, la Corte IDH también lo ha considerado como parte de las garantías judiciales. En efecto, “representa, dentro de las *garantías judiciales indispensables*, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.³¹

Esta es la interpretación que adquiere más claridad en el caso *Tibi*,³² en el que la Corte IDH desarrolló con mayor amplitud los temas de los derechos de defensa. El 27 de septiembre de 1995, a las 16:30 horas, el señor Daniel Tibi, ciudadano francés, fue detenido en la ciudad de Quito. La detención fue efectuada por agentes de la INTERPOL, sin orden judicial y con una sola prueba que consistía en la declaración de un coacusado. El señor Tibi no estaba cometiendo ningún delito en el momento de su detención. Cuando se realizó su arresto, los policías no le comunicaron los cargos en su contra; se le informó que se trataba de un “control migratorio”. Tampoco se le permitió comunicarse con quien era su compañera ni con el Consulado de su país. El

³¹ Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005, serie C, No. 120, párr. 79; Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003, serie C, No. 99, párr. 122; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, serie C, No. 70, párr. 192; Caso Cantoral Benavides contra Perú, sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, No. 69, párr. 165, y Caso Durand y Ugarte vs. Perú, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C, No. 68, párr. 103. En igual sentido, Caso Cesti Hurtado vs. Perú, sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C, No. 56, párr. 121; Caso Castillo Petruzz y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, No. 52, párr. 187; Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 8 de marzo de 1998, serie C, No. 37, párr. 164; Caso Blake vs. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998, serie C, No. 36, párr. 102; Caso Suárez Rosero, cit., párrs. 63 y 65; Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, sentencia de 19 de enero de 1995, serie C, No. 20, párr. 82 Humanos), párr. 35, y Caso Chitay Nech y otros, sentencia de 25 de mayo de 2010, serie C, No. 212, párr. 203.

³² *Tibi contra Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C, No. 114, § 180.

señor Tibi permaneció bajo detención preventiva, en forma ininterrumpida, durante 28 meses. En lo relativo al tema de la comunicación, la Corte IDH señala que:

1. El artículo 7.4 de la Convención contempla un mecanismo para evitar conductas ilegales o arbitrarias desde el acto mismo de privación de libertad y garantiza la defensa del detenido; (párr. 109)
2. Tanto este como quienes ejercen representación o custodia legal de él tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de la detención y acerca de los derechos que tiene el detenido; (párr. 109)
3. El Principio décimo para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de las Naciones Unidas, declara que toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella; (párr. 110)
4. Por otra parte, el detenido, en el momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado. La notificación a un familiar o allegado tiene particular relevancia, a efectos de que este conozca el paradero y las circunstancias en que se encuentra el imputado y pueda proveerle la asistencia y protección debidas. En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél, lo cual es inherente a su derecho a beneficiarse de una verdadera defensa. (párr. 112)
5. En el caso de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul “podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión. (párr. 112)

Todos estos precedentes de la Corte IDH nos muestran que la detención como situación fáctica es un momento de especial tensión para la protección de los derechos fundamentales y que, por tal motivo, se ha construido un conjunto de derechos que deben ser analizados de un modo armónico, cuyo cometido principal es rodear de un conjunto de alertas y resguardos (garantías). Entre ellos, brindar la información indispensable, cierta y clara sobre todo lo que es *controlable en una detención (razón, motivos, autoridad, permanencia)* cumple una función central para que el imputado pueda, en la medida de sus limitadas posibilidades, estar alerta sobre el control de su detención y los derechos que puede comenzar a ejercer.³³

³³ Los PBFA señalan lo mismo con alguna mayor precisión. Art. 7. “Los gobiernos garantizarán además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso

3.1.2. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas de la imputación (formulación de cargos) o acusación

Tal como ya lo hemos analizado, en la actual realidad del proceso penal latinoamericano se ha ido consolidando de a poco la práctica de que debe existir un *inicio formal* del proceso, cuya función primordial consiste en *advertir con suficiente anticipación al imputado sobre la existencia de esa actividad formal del Estado, de tal modo que pueda preparar su defensa*. En palabras de la Corte IDH:

Para satisfacer el artículo 8.2.b convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos; y esta obligación convencional “rige incluso antes de que se formule una ‘acusación’ en sentido estricto(pues para) que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública”.³⁴

En sentido estricto, ello no constituye aún una *acusación*, pero de la interpretación armónica de los distintos artículos que ya hemos analizado sobre la información que se debe proveer en el momento de la detención, arresto o retención y el art.8, 2 b de la CADH surge con claridad que la comunicación detallada y previa, no solo se refiere a la acusación en sentido estricto, sino a la imputación formal, formulación de cargos o acto equivalente de inicio formal de los trabajos preparatorios de los acusadores.³⁵

a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención. Art. 8. A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación”.

³⁴ Caso Barreto Leiva, cit., párrs. 28-30; Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, serie C, No. 141, párr. 149, y Caso Palamara Iribarne, cit., párr. 225; Caso Acosta Calderón, cit., párr. 118.

³⁵ En un sentido aún más estricto, el Tribunal Constitucional del Perú ha sostenido que “‘Durante el proceso’ mencionado en el citado artículo 8º debe entenderse que se proyecta, en el caso de procesos penales, también al ámbito de su etapa prejurisdiccional, es decir, aquel cuya dirección compete al Ministerio Público (art. 159º, inciso 4), Constitución. En consecuencia, ante la formulación de una denuncia, debe mediar un tiempo razonable entre la notificación de la citación y

En el mismo *Caso Tibi*, reseñado en el punto anterior, la Corte IDH señaló, aún quizás de un modo indirecto, que se debe considerar como inicio del proceso (a los efectos de computar el plazo razonable) o el momento en que el imputado es detenido o aprehendido,³⁶ o “Cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso”.³⁷ Asimismo, la Corte IDH toma como fuente la Observación General No. 13 relativa a la “Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (art. 14)”, donde el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló que:

el derecho a ser informado “sin demora” de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente formule la acusación. En opinión del Comité, este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa.

En definitiva, el derecho consiste tanto en ser informado (comunicación previa) de la primera formulación de cargos, sea esta hecha por un acto formal de los acusadores (imputación formal) o mediante la puesta en conocimiento de esa imputación ante una autoridad judicial (audiencia de formulación de cargos); no importa que estos actos todavía sean provisorios ni que no constituyan una acusación en sentido estricto. Cuando exista esa acusación, o cuando ella sea realizada de un modo inmediato, ya sea en concurrencia con la formulación de cargos o en sustitución de ellas (procedimientos directos, juicios inmediatos, etc.), también debe ser comunicada de un modo previo, preciso, integral y con suficiente anticipación como para realizar una adecuada y eficaz defensa.

Con mucha más razón, cuando la Corte IDH le ha dado a la acusación un carácter central e intangible en la determinación de los hechos (principios de con-

la concurrencia de la persona citada, tiempo que permita preparar adecuadamente la defensa ante las imputaciones o cargos en contra, considerándose, además, el término de la distancia cuando las circunstancias así lo exijan (Sentencia 1268-2001-HC/TC).

³⁶ *Caso Suárez Rosero*, cit., párr. 70.

³⁷ *Caso Tibi*, párr. 168.

gruencia), de tal manera que ellos ya no pueden ser modificados en perjuicio del acusado durante el desarrollo del juicio. Tal es la doctrina que surge del caso Corte IDH, *Fermín Ramírez contra Guatemala* (sentencia del 20 de junio de 2005, serie C, No.126), donde señala:

el imputado tiene el derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de estos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede verse únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.

3.1.3. Derecho a obtener información sobre los derechos relativos a su defensa que le están garantizados

La información que se debe brindar sobre los motivos de la detención o arresto, así como la comunicación previa y anticipada sobre los cargos o sobre la acusación formulada, no implican solamente la comunicación de esas circunstancias sino que ellas deben estar acompañadas, en todo caso, de la información clara y precisa de los medios de defensa con que cuenta el imputado para *enfrentar esas circunstancias*. Ese conjunto de derechos que le están garantizados forman la estructura central del artículo 8, inciso 2, de la CADH, y deberán ser informados en su totalidad, con especial énfasis en aquellos que son indispensables para el ejercicio inmediato de esos derechos. Por ejemplo, en caso de la detención o arresto, el derecho al control judicial inmediato; en el caso de la comunicación de los cargos, el derecho a contar con un asesoramiento técnico antes de cualquier declaración. Cuando se trata de la comunicación detallada de la acusación, ya es necesario que el imputado sea informado del *conjunto de derechos que hacen eficaz su defensa*.

En el *Caso Tibi* se indica con toda claridad que una de las razones de la información sobre los motivos del arresto y de la formulación de cargos es “garantizar la defensa del detenido”. El hecho de que el artículo 7, inciso 4, se halle bajo el título de “Derecho a la libertad personal”, no indica que en esos derechos no se encuentre ya una indicación clara a la defensa eficaz. Por lo tanto, es deducible claramente que la información que se provea, no es solo aquella que permite una protección inmediata de la libertad (control judicial inmediato) sino la que permite ejercer el derecho de defensa en su conjunto. Por ello, tanto el acusado como sus familiares o allegados

deben ser informados “acerca de los derechos que tiene el detenido”.³⁸ Dentro de esta misma lógica se encuentra, con mayor razón, la comunicación con un abogado y con un representante consular cuya misión es asistir al detenido en la realización de los actos de defensa.³⁹ Asimismo, tal como hemos visto, todos estos derechos se deben cumplir, con mayor rigor, cuando se trata de niños o adolescentes.⁴⁰

Esta información debe ser “expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos”.⁴¹ No basta con que el imputado infiera que tiene tales o cuales derechos, sino que es obligación de los funcionarios brindar esa información; clara, no solo en el sentido de que sea transmitida en otro idioma, sino que se debe evitar todo formulismo o jerga judicial o policial e integral, ya que como hemos visto se trata de la *eficacia de la defensa como un conjunto. De todos modos, también hemos señalado que cada circunstancia precisa tiene algunos de esos derechos respecto de los cuales el deber de informar es mayor aún, en tanto se refiere a la situación de protección inmediata.*

3.1.4. Derecho a obtener acceso a la evidencia material del caso y a la carpeta de la investigación (legajo, expediente, archivo, sumario, archivo, etc.)

En el contexto de la región latinoamericana, el acceso a las actuaciones judiciales (el expediente, en el lenguaje usual de los tribunales) ha sido siempre problemático. De las antiguas legislaciones que buscaban sorprender al imputado para que confesara lo más rápido y contundentemente posible, quedaron prácticas arraigadas, por más que

³⁸ Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004, serie C, No. 110, párrs. 85 y 92; Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003, serie C, No. 103, párr. 72; y Caso Bulacio, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, No. 100, párr. 128.

³⁹ En el caso del detenido extranjero es obligación, según la Corte IDH, cumplir con el compromiso de que el Estado receptor le informe a la oficina consular competente sobre su situación, y que el Estado receptor transmita sin demora “cualquier comunicación dirigida a la oficina consular” por el detenido(Cfr. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 36.1.b. Documento A/CONE.25/12 (1963) de 24 de abril de 1963, en vigor a partir del 19 de marzo de 1967). Asimismo, Caso Vélez Loor, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, No. 218, párr. 153, y en general la Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, en torno a *El derecho a la información sobre la asistencia consular*, serie A, núm. 16.

⁴⁰ OC 17/02, del 28 de agosto de 2002, a propósito de *Condición jurídica y derechos humanos del niño*.

⁴¹ Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, serie C, No. 141, párr. 149, y Caso Palamara Iribarne, cit., párr. 225.

la nueva legislación procesal, muchas constituciones nacionales y la propia CADH tengan una orientación diametralmente opuesta a ese secreto. Aun en los nuevos sistemas acusatorios, en los que el viejo expediente se va cambiando paulatinamente con legajos de investigación propios de los acusadores, no se ha perdido esta costumbre y, en numerosas ocasiones, al haberse convertido el viejo expediente judicial en el nuevo “legajo fiscal” se han acentuado los obstáculos para el acceso a la información.

En un primer momento, la Corte IDH se enfrentó a casos donde las prohibiciones de acceso a la información por parte de los imputados eran enormes y las consecuencias penales, propias de jurisdicciones especiales (en particular tribunales especiales para el terrorismo) de gran magnitud. Por ejemplo, en el *Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú*⁴² se consideró que

la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y solo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.

Si esto es aplicable a los defensores, lo es, con mayor razón, al imputado que ejerce su propia defensa, o existe ese derecho, independientemente de que se tenga un defensor. No sería admisible que se le negara el acceso al imputado con el argumento de que ya existe un defensor técnico designado. Del mismo modo que en el *Caso Palamara Iribarne* ya citado, la Corte IDH no consideró admisible la estructura del proceso bajo jurisdicción militar que establecía reglas de secreto.

Con posterioridad, la Corte IDH, en algunos fallos específicos, ha comenzado a señalar otras derivaciones del derecho de acceso a la información reunida en los legajos. Por ejemplo, se consideró que no comunicar fehacientemente la incorporación de prueba pericial a las actuaciones, así como no informar con la debida anticipación la realización de diligencias de prueba constituyen violaciones a la Convención.⁴³ Asimismo, la Corte ha sostenido que “la negativa de expedir copias del expediente de la investigación a las víctimas [resulta] incompatible con el derecho a su participación en

⁴² Sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, No.52.

⁴³ *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, serie C, No. 170l, párrs. 152-153.

la averiguación previa”.⁴⁴ Estos casos demuestran que la tendencia de la Corte IDH avanza en el sentido de ir limitando las posibilidades del secreto. Todavía no existe una sentencia que analice a fondo las limitaciones para el acceso a ciertas actuaciones durante la investigación e, incluso, la Corte⁴⁵ ha reconocido que pueden existir ciertas limitaciones:

[E]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral.

Esto nos indica que las limitaciones que existan para el acceso a la información que van acumulando los acusadores, solo puede fundarse en razones generales de estricta necesidad y nunca en meras prácticas procesales simplemente admitidas como rutinarias.⁴⁶

3.2. Derecho a defenderse y a contar con asistencia legal

3.2.1. Derecho de la persona imputada a defenderse y representarse personalmente

Suele existir la confusión en el sentido de que el derecho de defensa implica en todo caso contar con un abogado; ciertamente, contar con el asesoramiento de un profesional jurídico constituye uno de los derechos centrales del derecho de defensa, pero ello en tanto *emanación del derecho de defensa personal, como derecho personal, cuya manifestación constituye la facultad de asumir esa defensa por sí mismo*. La Corte IDH no ha desarrollado las implicancias del derecho a defenderse personalmente, aunque lo ha reconocido.⁴⁷

⁴⁴ Caso Radilla Pacheco, cit., párr. 256.

⁴⁵ En el Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.

⁴⁶ Asimismo, el artículo 21 de los PBFA señala con claridad: “Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz. Este acceso se facilitará lo antes posible”.

⁴⁷ Caso Barreto Leiva cit, párr. 64.

El punto que queda aún en penumbras consiste en la exigencia de que la defensa sea eficaz y no meramente formal. ¿Se aplica este mismo principio para la defensa personal? ¿O, en ese caso, se trata ya de una decisión personal, de un riesgo asumido, que debe ser aceptado? El punto quizás no pase por esa cuestión, ya que ningún juez debería quedar como simple espectador frente a una defensa ineficaz realizada personalmente. Este punto fue asumido directamente en el *voto concurrente razonado del juez García Ramírez*.⁴⁸ Allí, el juez sostuvo que el juzgador “debe asumir la tutela efectiva del orden jurídico y no limitarse a esperar a que lo hagan otros participantes en el proceso”. Observó: “No puedo secundar la idea de que conforme a las reglas estrictas del sistema procesal penal acusatorio el juzgador debe abstenerse de asumir iniciativas probatorias y guardar a que las partes soliciten actuaciones que son notoriamente indispensables. Me refiero a la disposición de pruebas sobre extremos de los que depende mucho más que una ventaja procesal secundaria: la definición misma sobre la pertinencia de un enjuiciamiento que culmina, por fuerza, en pena de muerte”. La conducta pasiva del juzgador –esto es, la omisión a la que se refirió la sentencia en el *Caso Dacosta*– puede generar el “más grave quebranto de las normas aplicables y traer consigo una injusticia”. Se puede discutir lo concerniente a la actividad probatoria, en tanto signifique que el juez abandone su lugar de imparcialidad; pero, de cualquier modo, la Corte IDH ha sostenido en ese mismo caso que el juez es un garante de la legalidad del proceso. Para ello, “el juez debe adoptar las medidas conducentes a garantizar la más amplia defensa del acusado en el juicio, en aras del debido proceso”.⁴⁹

El sentido principal de la dimensión personal de la defensa consiste en que, en todo momento, el imputado debe ser protagonista de su defensa, aun cuando ella se realiza *a través* de un abogado y bajo su consejo. El derecho a defenderse personalmente significa que él es siempre un *sujeto del proceso* y nunca uno objeto de las actuaciones judiciales. También debe significar que el defendido, en todo caso, debe mantener un *adecuado control* sobre el ejercicio de la defensa a través de profesionales. Esto es de particular importancia como mecanismo de control y de orientación sobre los sistemas de defensa pública, ya que en numerosas ocasiones ellos se burocratizan y los imputados pierden todo contacto real con su caso; no se debe olvidar que se trata de *defensa de intereses concretos* y el titular y conocedor de esos intereses es la propia persona que sufre el riesgo de la condena penal.

⁴⁸ En el *Caso Dacosta Cadogan*, p. 15.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 85.

3.2.2. Derecho a contar con asistencia y representación legal (técnica) de su confianza y libre elección

Uno de los derechos que podríamos llamar “clásico” en este tema consiste en poder nombrar a un abogado que ejerza la representación en el proceso, que esa elección sea libre y, por lo tanto, recaiga en una persona que goce de la confianza del propio imputado. Esto ha sido reconocido por la propia Corte IDH, que además ha señalado que el imputado debe contar con esa asistencia de un modo “oportuno”.⁵⁰ Esto significa que “el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso”.⁵¹ Tal como hemos visto, esto significa que el derecho a nombrar defensor no puede estar subordinado a ningún acto procesal específico y nace del mismo hecho de la imputación.

El derecho a contar con un abogado defensor, en su sentido más genuino, significa contar con un defensor *de confianza*; solo en sentido *subsidiario* existe la obligación de que el Estado provea un defensor a quien no puede tenerlo, tal como veremos más adelante. Dados los altísimos niveles de casos que son atendidos por la defensa pública, esto ha provocado que se pierda de vista, en numerosas ocasiones, el *sentido básico* del derecho que implica una *relación de confianza* entre el imputado y su defensor. La orientación del sistema penal hacia sectores empobrecidos que no pueden nombrar directamente a un abogado, le ha dado esta centralidad a los sistemas de defensa pública que, por fortuna, han podido fortalecerse en los últimos años. La cuestión se traslada, entonces, a establecer mecanismos que permitan, dentro de lo posible, *construir esa relación de confianza en el marco de los sistemas de defensa pública*. En este sentido, el reclamo de la Corte IDH de que la defensa pública sea efectiva⁵² también debe ser entendido en el sentido de que exista la mayor relación de confianza posible, en el contexto de organizaciones complejas, con sistemas de asignación aleatoria y, en muchos casos, con grandes sobrecargas de trabajo.

⁵⁰ Caso Acosta Calderón, cit., párr. 124; Caso de la Comunidad Indígena Yaky Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, No. 125, párrs. 116 y 117; Caso Tibi, cit., párr. 194; Caso Castillo Petrucci y otros, cit., párrs. 146-149, y Caso Suárez Rosero, cit., párr. 83.

⁵¹ Caso Cabrera García y Montiel Flores, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, No. 220, párr. 154. Cfr. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, *supra* nota 100, párr. 29; Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Fondo, serie C, No. 35, párr. 71; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, serie C, No. 186, párr. 148, y Caso Bayarri vs. Argentina, párr. 105.

⁵² Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, § 159.

3.2.3. Derecho a contar con asistencia legal durante el interrogatorio

En el contexto de la reforma de la justicia penal latinoamericana existe una característica de época: dada la historia de arbitrariedad en el trato del imputado en los sistemas policiales, la imposibilidad por el momento de realizar grandes cambios en esos sistemas, las dificultades de poner en práctica mecanismos de control sobre los primeros momentos de la investigación policial y la tendencia a obtener falsas confesiones que luego son avaladas por los sistemas judiciales, se tomó en general una decisión extrema, *prohibiendo en muchas legislaciones el interrogatorio policial*.⁵³ Se puede discutir –y se ha discutido– si esa medida es conveniente desde el punto de vista de la eficacia de las investigaciones criminales; pero lo cierto es que ha respondido a una necesidad de protección del imputado frente a malos tratos y torturas realizadas durante mucho tiempo de un modo *sistémico*. Esta realidad procesal ha hecho que no exista una jurisprudencia rica sobre este tema en el SIDH, salvo los casos de legislaciones especiales, que implicaban el sometimiento de civiles a la justicia militar o a regímenes especiales, como narcotráfico.

En los casos *Cabrera García y Montiel Flores*,⁵⁴ la Corte IDH ha señalado que el derecho de defensa debe ser ejercido “desde que se inicia la investigación en su contra” y que no se puede “potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada”. Por lo tanto, el derecho a contar con un defensor durante el interrogatorio, consultar con él libremente acerca del sentido de su declaración (dar su “versión de los hechos”, según el lenguaje de la propia Corte) aparece como un núcleo central del derecho de defensa. Se trate de interrogato-

⁵³ Tal es el caso del CPP Guatemala: “La policía solo podrá dirigir al imputado preguntas para constatar su identidad, con las advertencias y condiciones establecidas en los artículos anteriores. Deberá asimismo instruirlo acerca de que podrá informar al Ministerio Público o ante el juez según el caso” (art. 88). CPP Federal Argentino: “No podrán recibir declaración al imputado. Solo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104, párrafo 1º y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad en caso de así no hacerse, sin perjuicio de la comunicación que hará el juez a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por el incumplimiento” (art. 184, 10). CPP Chihuahua (México): “La policía no podrá recibirla declaración al imputado cuando se encuentre detenido. En caso de que este manifieste su deseo de declarar, deberá comunicar ese hecho al Ministerio Público para que le reciba su declaración, con las formalidades previstas por la ley” (art. 173).

⁵⁴ Sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, No. 220, párr. 154.

rio fiscal, judicial o en sede administrativa no pueden ejercer limitaciones a la *presencia y consulta con un abogado*.

3.2.4. Derecho a conferenciar en privado con el abogado defensor

De la mano del contenido del derecho de defensa señalado en el acápite anterior, la Corte IDH ha reconocido que el imputado no puede tener limitaciones en todo lo relativo a conferenciar libremente y en privado con su abogado defensor. Esto ha sido señalado con claridad en el *Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú*.⁵⁵ Pero ello no solo en legislaciones de emergencia que, como hemos visto, han provocado fallos claros dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, sino también cuando se trata de procesos comunes, ya que si en ellos también se pusieron obstáculos a la comunicación “libre y privada”, no se puede entender que ello sea admisible frente al derecho de defensa.⁵⁶

La comunicación con su defensor debe ser libre. En este sentido, la Corte IDH ha tomado los estándares de Principios Básicos sobre la Función de los Abogados (PBFA), aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, y esto implica que se deben proveer instalaciones adecuadas para que esa comunicación sea posible, ya sea en instalaciones judiciales o en la propia cárcel si se encuentra detenido. No son aceptables condiciones de conferencia con el abogado donde la presencia de personal de custodia genere una situación de coerción. Se debe garantizar una comunicación *privada*, es decir, sin interferencias ni coerciones como la señalada. Si ello no se logra, se encuentra afectada la posibilidad de “preparar debidamente la defensa”⁵⁷ y, por ende, afectado el derecho de defensa mismo. De un modo más enfático aún ha señalado que toda forma de incomunicación debe ser establecida por ley y de un modo excepcional; ella es, en todo caso, “una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley”.⁵⁸

Los PBFA han señalado también en este punto: 1) Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional (art.22), y 2) A toda

⁵⁵ Párrs. 146-149.

⁵⁶ *Caso Cantoral Benavides*, cit., párr. 127.

⁵⁷ *Caso Suárez Rosero*.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 51. En igual sentido, *Caso Cantoral Benavides*, cit., párr. 84.

persona arrestada, detenida o presa se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación (art. 8).

3.2.5. Derecho a elegir y contar gratuitamente con los servicios de un abogado, para las personas que no puedan pagarlos

En los hechos, para la gran mayoría de la población que pasa por el proceso penal, el derecho de defensa se materializa en la posibilidad de contar con un defensor público. De allí que la Corte IDH ha sido cuidadosa en custodiar este derecho y fijar estándares precisos en relación con él. En primer lugar, ha sostenido que no basta con el nombramiento de un abogado, sino que ellos deben ser “idóneos y capacitados”.⁵⁹ Esta simple declaración es importante, dado que en la historia de la región se han utilizado regularmente los sistemas de defensa pública como un simple medio para cumplir de manera formal con la defensa. Defensores que solo firmaban actas, que no conocían a los imputados, que prestaban su firma para dar cumplimiento al requisito y otras mil formas de defensa meramente formal *han sido rechazados por la jurisprudencia de la Corte IDH*. Esto significa, además, acompañar el proceso de fortalecimiento de la defensa pública en la región, que no solo han comenzado a ser organizaciones serias sino que, en muchas ocasiones, tienen el mejor nivel profesional en cuanto a defensas penales se refiere. El principio es claro: viola la CADH cualquier forma de *defensa aparente*.

En palabras de la Corte IDH, “la defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas”. No basta con nombrar a un defensor de oficio con el solo 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.⁶⁰ En igual sentido, los PBFA señalan: 1) los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres, y, en caso necesario, a otras

⁵⁹ Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*.

⁶⁰ Caso *Cabrera García y Montiel Flores*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, No. 220, párr. 155.

personas desfavorecidas. Las asociaciones profesionales de abogados colaborarán en la organización y prestación de servicios, medios materiales y otros recursos (art. 3); 2) todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate, a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios (art. 6).

Por otra parte, existe una derivación propia del acceso igualitario y eficaz a un defensor, que tiene que ver con la *realidad de las comunidades indígenas*. No se puede sostener que se remedia la situación con la asignación de un intérprete, ya que la relación de confianza propia del abogado defensor, sumada a las tareas de control que él debe realizar, incluso respecto a los intérpretes, hace necesario que los miembros de esos pueblos deban tener acceso a defensores que puedan realizar su trabajo en el mismo idioma que el imputado y con conocimiento de su cultura específica. Si bien la Corte IDH no se ha pronunciado aún sobre este punto, surge con claridad de las condiciones de eficacia, confianza, acceso y respeto al idioma y la cultura que resultan centrales en muchos otros casos. En igual sentido, los PBFA señalan en su artículo 11:

En los países en que haya grupos, comunidades o regiones cuyas necesidades de servicios jurídicos no estén atendidas, en especial cuando tales grupos tengan culturas, tradiciones o idiomas propios o hayan sido víctimas de discriminación en el pasado, los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza deberán tomar medidas especiales para ofrecer oportunidades a candidatos procedentes de esos grupos para que ingresen a la profesión de abogado y deberán velar por que reciban una formación adecuada a las necesidades de sus grupos de procedencia.

Esto ha llevado a que algunos países (Guatemala, Chile, México, Argentina y otros) ya estén organizando secciones especiales dentro de sus defensorías públicas, dedicadas a prestar asesoramiento a imputados de alguno de los pueblos originarios.

3.2.6. Derecho a que los abogados se rijan conforme estándares profesionales mínimos, deban orientarse exclusivamente por el interés de su defendido y sean independientes

El carácter de defensa eficaz, oportuna, realizada por gente capacitada, en el que quede claro que la defensa pública no es una función estatal, pensada para darle legitimidad al proceso, sino un *modo de fortalecer la defensa del interés concreto del imputado*, constituye el núcleo de la jurisprudencia sobre el derecho de defensa en el sistema intera-

mericano. Por otra parte, el hecho de que la CIDH reconoce el valor de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados PBFA⁶¹ implica que ellos pueden ser utilizados también como una fuente de estándares, en particular en lo relativo a problemas mucho más concretos del ejercicio de la abogacía.

En ese sentido, ellos indican los siguientes principios relativos a este punto: 1) los gobiernos procurarán que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada de todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción, sin ningún tipo de distinción, como discriminaciones por motivos de raza, color, origen étnico, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, situación económica u otra condición (art. 2); 2) los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados promoverán programas para informar al público acerca de sus derechos y obligaciones en virtud de la ley y de la importante función que desempeñan los abogados en la protección de sus libertades fundamentales. Debe prestarse especial atención a la asistencia de las personas pobres y de otras personas menos favorecidas, a fin de que puedan probar sus derechos y, cuando sea necesario, recurrir a la asistencia de un abogado (art.4); 3) los gobiernos, las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que los abogados tengan la debida formación y preparación, y se les inculque la conciencia de los ideales y obligaciones éticas del abogado y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional. (art. 9); 4) 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 (art. 13); 5) los abogados velarán lealmente en todo momento por los intereses de sus clientes (art. 15); 6) los gobiernos garantizarán que los abogados: a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas; b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior;

⁶¹ Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

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 (art. 16);⁷¹ 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 (art. 14).

3.3. Derechos o garantías judiciales genéricas, relativas al juicio imparcial (fair trial)

3.3.1. Derecho a ser presumido inocente

El principio de inocencia no constituye un derecho en sí mismo sino la base genérica que permite organizar un sistema procesal respetuoso de las garantías previstas en la CADH. Constituye la *base del sistema procesal* y fija el ámbito de actuación y protección general del imputado. Este carácter genérico ha sido reconocido por la Corte IDH en varias ocasiones.⁶²

La Corte IDH ha utilizado este concepto para varios propósitos, ya que por su generalidad se convierte en el concepto regular del sistema.⁶³ Por ejemplo, ha utilizado la violación de la presunción de inocencia para determinar que los civiles no pueden

⁶² Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, cit., párr. 145; Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, No. 111, párr. 153, y Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C, No. 35, párr. 77. Reitera esta línea jurisprudencial en Caso *Norín Catriman y otros cl Chile*, del 29 de mayo del año 2014. La Suprema Corte de Justicia de México hace una distinción adecuada, al considerar que el principio de inocencia es tanto una *regla de trato como una regla probatoria* (Caso *Casez Crepin*, Amparo Directo en Revisión 517/2011).

⁶³ Una visión todavía más amplia de este principio es la que sostiene la Suprema Corte de Justicia de México (Amparo en Revisión 89/2007), ya que allí ha dicho: “El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de ‘autor o no partícipe’ en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre

ser sometidos a una estructura militar contraria a tal principio, a jurisdicción militar, por ejemplo;⁶⁴ o para establecer limitaciones a la prisión preventiva.⁶⁵ Lo ha utilizado de un modo claro para señalar a una persona como culpable ante la opinión pública cuando no fue aún condenada,⁶⁶ en particular cuando se demuestra que esa señalización pública tiene efectos sobre la condena posterior;⁶⁷ también lo ha utilizado para fundar el control judicial inmediato de la detención.⁶⁸

Las dos consecuencias más claras y directas de la presunción de inocencia se refieren, en primer lugar, a la carga de la prueba. El imputado no tiene ninguna obligación de probar nada relativo a su inocencia, la construcción de la prueba sobre el hecho y la culpabilidad es de *exclusiva responsabilidad de los acusadores*. Esto lo ha reconocido la CIDH. En efecto, “es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa”.⁶⁹ La segunda, derivación de la primera, implica que la duda en la valoración de la prueba debe favorecer siempre al imputado. La Corte IDH ha sostenido que “si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.⁷⁰

3.3.2. Derecho a guardar silencio o a no declarar contra uno mismo

Uno de los resguardos clásicos frente a la práctica de torturas o apremios ilegales consiste en *desechar toda obligación de responder a los cargos o a confesar*. Desaparecida la antigua obligación legal de hacerlo, quedan por cierto las prácticas que todavía buscan la confesión del imputado como principal medida de investigación y prueba. Es por ello que la jurisprudencia de la Corte IDH se refiere, antes que nada, a los casos de tortura, apremios y malos tratos. En este sentido, la Corte IDH ha sido categórica

la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia”.

⁶⁴ Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, serie C, No.33.

⁶⁵ Caso *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C, No.35.

⁶⁶ Caso *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, No. 69.

⁶⁷ Caso *Lori Berenson contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004, serie C, No.119.

⁶⁸ *García Asto y Ramírez Rojas contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2005, serie C, No. 137.

⁶⁹ *Ricardo Canese contra Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, No. 111.

⁷⁰ Caso *Ricardo Canese*, cit., párr. 153 y Caso *Cantoral Benavides*, cit., párr. 120. Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, No. 220, párr. 183.

en el sostenimiento del carácter absoluto y universal de su prohibición.⁷¹ Ha dicho con énfasis: “La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable –sostiene sistemáticamente la Corte–, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”⁷².

Este derecho implica, en primer lugar, el derecho a declarar tantas veces como el propio imputado quiera y, como hemos visto, la Corte IDH le ha dado especial importancia a que el acusado tenga una posibilidad real de “dar su versión de los hechos”. En sentido contrario, eso significa el derecho a no dar ninguna versión, simplemente a abstenerse a declarar y, por último, el derecho a evadir cualquier forma de formulación de cargos que deban ser respondidos obligatoriamente. Este derecho nace como reacción a los “pliegos de cargos”, respecto de los cuales era obligatorio responder, y el silencio o las evasivas constituyán una “confesión ficta”. Cualquier tipo de confesión ficta, directa o indirecta, o cualquier tipo de presunción en ese sentido se encuentra absolutamente prohibida. Se produce una situación de este tipo, es decir de coacción, siempre que se cree “una situación amenazadora o se amenace a un individuo”, aun cuando dicha amenaza no se efectivice, se trate solo de una coacción psicológica;⁷³ las amenazas a familiares también pueden constituir el tipo de coacción prohibida.⁷⁴

⁷¹ *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 11 de marzo de 2005, serie C, No. 123, párr. 100. En igual sentido, *Caso Tibi*, cit., párr. 143; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, cit., párr. 112, y *Caso Maritza Urrutia*, cit., párr. 92.

⁷² *Caso Lori Berenson Mejía*, cit., párr. 100; *Caso de la Cruz Flores vs. Perú*, sentencia de 18 de noviembre de 2004, serie C, No. 115, párr. 125; *Caso Tibi*, cit., párr. 143. En igual sentido, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, cit., párr. 111; *Caso Maritza Urrutia*, cit., párr. 89, y *Caso Cantoral Benavides*, cit., párr. 95.

⁷³ *Caso 19 Comerciantes vs Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, No. 109, párr. 149; *Caso Cantoral Benavides*, cit., párr. 102; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, cit., párr. 165; *Valle Jarumillo vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C, No. 191, párr. 108.

⁷⁴ *Caso Bayarri*, cit., párr. 87.

3.3.3. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente

La jurisprudencia de la Corte IDH ha dejado claro el carácter excepcional de toda forma de encarcelamiento durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente, directamente derivado del derecho a conservar la libertad hasta que se aplique una condena, como aplicación elemental del principio de inocencia. Es de ese principio que “deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.⁷⁵ Sin duda, nos dice la Corte IDH, la prisión preventiva es “la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.⁷⁶

Según la Corte IDH, entonces, (i) la libertad durante el proceso es una derivación natural del principio de inocencia, (ii) la restricción a esa libertad debe ser excepcional, (iii) se encuentra limitada por el principio de legalidad, (iv) debe ser aplicada en los límites *estrictamente necesarios* para asegurar el desarrollo eficiente de la investigación o evitar que eluda la acción de la justicia con su fuga, y (v) debe respetar el principio de proporcionalidad. Se debe tratar, según la Corte IDH, de una medida “no punitiva”. Además de esos cinco requisitos básicos, la Corte IDH se ha preocupado por establecer que está sujeta a dos condiciones más: una, la duración razonable; la otra, a condiciones de detención admisibles. En efecto, ha dicho la Corte: la “prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir

⁷⁵ Caso *Tibi*, cit., párr. 180. En igual sentido, *Caso Bayarri*, cit., párr. 110; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, cit., párr. 145; *Caso Acosta Calderón*, cit., párr. 111, y *Caso Suárez Rosero*, cit., párr. 77.

⁷⁶ Caso *Tibi*, cit., párr. 106. En igual sentido, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, cit., párr. 146; *Caso Acosta Calderón*, cit., párr. 74; Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C, No. 112, párr. 228, y *Caso Ricardo Canese*, cit., párr. 129.

con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos”.⁷⁷ Asimismo,

[e]l artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tratar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad.⁷⁸

Por otra parte, en cuanto a las condiciones de detención, ha señalado que “la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal”.⁷⁹

Ciertamente, también la Corte IDH ha establecido que dadas todas estas condiciones para el dictado de una prisión preventiva, ella no puede ser impuesta sobre cualquier base, sino que requiere una *mínima base fáctica, tanto respecto a la existencia del hecho como a la participación y culpabilidad del imputado*. Según la Corte IDH, “deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso”. Asimismo, la Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya *participado* en el ilícito que se investiga.⁸⁰ Por otra parte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que

⁷⁷ Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, cit., párr. 229. En el mismo sentido, Caso Acosta Calderón, cit., párr. 111; Caso Tibi, cit., párr. 180; Caso Suárez Rosero, cit., párr. 77.

⁷⁸ Caso Bayarri contra Argentina, cit., § 70.

⁷⁹ Caso Lori Berenson Mejía, cit., párr. 102, y Caso García Asto, cit., párr. 221. En igual sentido, Caso Caesar, cit., párr. 96; Caso Tibi, cit., párr. 150; Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, cit., párr. 151; Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, cit., párr. 164; Caso Cantoral Benavides, cit., párr. 89; Caso Loayza Tamayo, cit., párr. 58.

⁸⁰ Caso Servellón García y otros contra Honduras, sentencia 21 de septiembre de 2006, serie C, No.15. párrs.90 y 101.

el Estado no debe detener para luego investigar; por el contrario, solo está autorizado a privar de libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.⁸¹

Del hecho mismo de la afectación a la libertad nace una especial responsabilidad del Estado de garantizar las condiciones de detención. En efecto,

frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio total sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. En este particular contexto de subordinación del detenido frente al Estado, este último tiene una responsabilidad especial de asegurar a aquellas personas bajo su control las condiciones que les permitan retener un grado de dignidad consistente con sus derechos humanos inherentes e inderogables (o que dejen a salvo sus derechos).⁸²

Y luego destaca la Corte:

Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse, o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar.⁸³

Por tal motivo, dentro de la especial función de custodia y garantía de los jueces, ellos deben velar por el cumplimiento de los requisitos que afecten al derecho de permanecer en libertad. De un modo claro ha dicho la Corte IDH: “Los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente si las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional”.⁸⁴

Si bien no es una fuente jurisprudencial ni opinión consultiva, merece mención especial el informe “Peirano Basso”, ya que se refiere con mayor detalle a la libertad

⁸¹ *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*, cit., § 103.

⁸² Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, cit., párr. 152.

⁸³ *Ibid.*, párr. 153.

⁸⁴ Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*, cit., párr. 117; Caso *Yvon Neptune contra Haití*, sentencia del 14 de diciembre de 2006, serie C, No. 180, cit., § 108; Caso *Bayarri contra Argentina*, cit., § 76.

durante el proceso.⁸⁵ Allí se establecen los siguientes estándares, resultantes de la actividad de la propia Comisión y de la jurisprudencia de la CIDH:

1. “En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general” (69).
2. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, solo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada (70); el principio rector para establecer la legalidad de la prisión preventiva es el de “excepcionalidad”, en virtud del cual se intenta evitar que la prisión preventiva se convierta en regla y, así, se desvirtúe su fin (93).
3. “Como derivación del principio de inocencia se exige un límite temporal ‘razonable’ a la prisión preventiva en virtud del cual toda persona debe recibir el trato de inocente hasta tanto una sentencia condenatoria firme establezca lo contrario” (72).
4. Como toda limitación a los derechos humanos, esta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar por la norma más amplia y por la interpretación más extensiva e, inversamente, por la norma y por la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos. Ello se impone, asimismo, para evitar que la excepción se convierta en regla, debido a que esa restricción de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia hasta tanto un fallo firme lo destruya. De ahí la necesidad de que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, y antes de la sentencia definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva, con el cuidado de que no se desnaturalice la garantía antes citada (75).
5. Es necesario priorizar los procesos judiciales en los cuales los imputados se encuentran privados de su libertad (76).
6. Deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado (77).

⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Peirano Basso, 14 de mayo de 2007, caso 12.553,§ 70.

7. Se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no solo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola así el principio de inocencia (84).
8. “[E]l riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones solo pueden establecer presunciones ‘iuris tantum’ sobre este peligro” (85).
9. Nada impide que el Estado imponga condiciones limitativas a la decisión de mantener la privación de libertad (85)
10. “La ‘seriedad de la infracción como [la] severidad de la pena’ pueden ser tomadas en consideración al momento de analizar el riesgo de evasión”, [...] pero] la expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prolongado de detención, es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido” (89); “Al realizar el pronóstico de pena para evaluar el peligro procesal, siempre se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista” (91).
11. Sobre el órgano a disposición del cual se encuentra detenido el individuo pesa la obligación de disponer la libertad, aún de oficio, cuando hayan cesado los motivos que originariamente la habían sustentado (102).
12. La obligación de disponer métodos cautelares alternativos a la privación de la libertad para asegurar la comparecencia del imputado y la obligación, también, de ir sustituyéndolas a medida que las circunstancias del caso así lo impongan (107).
13. No se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad. Tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. También se deberá considerar en abstracto, si de haber mediado condena, los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada (110).

14. Es necesaria la intervención de un funcionario judicial para ejercer el control de las razones que motivaron la detención o de las que justifican la prisión preventiva (116).
15. El derecho a una decisión dentro de un plazo razonable debe ser interpretado de un modo mucho más estricto cuando se refiere al plazo de duración de la prisión preventiva (128).
16. Las actividades procesales del imputado y su defensa no pueden ser consideradas a los fines de justificar el plazo razonable de detención, ya que el empleo de los medios que la ley ha previsto para garantizar el debido proceso no debe ser desalentado y, mucho menos, valorada de manera negativa la activa intervención durante el proceso (130).
17. Una vez vencido el plazo considerado razonable, el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado. Es decir, la prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad (134).
18. Luego de dispuesta la libertad, únicamente se podrá quitar nuevamente si no se ha cumplido el plazo razonable en la detención previa, siempre que se vuelvan a reunir las condiciones para su procedencia y sin que se entienda que el plazo se reanuda (145).

3.3.4. Derecho a estar presente en el juicio y a participar en él

Si bien la Corte IDH no le ha dedicado al tema en sí una consideración especial, surge necesariamente este derecho del reconocimiento explícito a la *defensa personal*, tal como lo hemos visto en los puntos anteriores. Por otra parte, en diversos fallos, la Corte IDH ha señalado que el Estado debe garantizar (ya sea a las víctimas, ya sea al imputado) que las partes puedan “formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios en todas las etapas de los respectivos procesos, y que estos sean analizados por las autoridades en forma completa y seria, antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones”.⁸⁶ Carecería de sentido sostener este contenido para los derechos y poner limitaciones a la presencia del imputado en el juicio y a su participación.

⁸⁶ Caso Ximenes Lopes, sentencia de 4 de julio de 2006, serie C, No. 149, cit., párr. 193; Caso de las Masacres de Ituango, sentencia de 1 de julio de 2006, serie C, No.148, párr. 296, y Caso Baldeón García vs. Perú, sentencia de 6 de abril de 2006, serie C, No. 147, párr. 146.

Por otra parte, toda la doctrina sobre la prisión preventiva del SIDH, que reconoce, con todas las restricciones, el derecho del Estado a imponer detenciones para garantizar la presencia del imputado, implica, con mayor razón, que él tiene derecho a estar presente y a participar directamente. Tal como hemos visto, el derecho a contar con un defensor abogado no puede significar que el imputado *pierda el control sobre su defensa*. Ello implica que tiene el derecho a mantener ese control durante el juicio, momento central del desarrollo del caso.

3.3.5. Derecho a que las decisiones que lo afectan sean motivadas en fundamentos razonados

El derecho a la fundamentación de las decisiones no resulta de alguna cláusula normativa expresa, sino que obliga a una interpretación sistemática, fundada en el conjunto de derechos vinculados a la defensa. En primer lugar, el imputado, al igual que los otros sujetos del proceso, tiene el derecho a *ser oído por la jurisdicción* (CADH, art. 8.1 y PIDCP, art.14.1) y, asimismo, se ha reconocido que su derecho de revisión sobre la decisión de condena debe ser integral (CADH, art. 8.2. h y PIDCP, 14.5). Por otra parte, en ningún momento puede estar sometido a detenciones o privaciones de libertad “arbitrarias”. De este conjunto de derechos expresamente surge, entonces, que *toda decisión que afecte derechos del imputado debe ser motivada en razones suficientes y ello forma parte del conjunto de derechos vinculados a la defensa*. Carece de sentido tener el derecho a ser oído, es decir, a alegar sobre el valor de la prueba, sobre el sentido del derecho o a hacer peticiones sobre medidas y que, como contrapartida, no exista el deber de responder a esos alegatos y peticiones. Por otra parte, tampoco tiene sentido que exista el derecho a una *revisión integral* y ello no signifique la obligación de fundar en *razones revisables* las decisiones que serán sometidas a revisión.

La Corte IDH ha tenido ocasión de ratificar estos principios. En efecto,

[...] la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de las pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación muestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1, para salvaguardar el debido proceso.⁸⁷

⁸⁷ Caso Tristán Donoso, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C, No. 193, párrs. 78 y 153; Apitz Barbera y otros, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, No. 182, párr. 78.

En ese sentido, la motivación de las decisiones constituye una base tanto de garantías como de legitimidad de la administración de justicia, ya que “protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.”⁸⁸

La resolución motivada, según la Corte IDH, es lo contrario de una *decisión arbitraria*⁸⁹ y se debe entender por fundamentación de esa motivación “la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”.⁹⁰ No alcanza, ha dicho la Corte IDH, con expresar que las decisiones se fundan en derecho o simples menciones formales y violan el deber de fundamentación, si el Estado “se abstuvo de indicar cuáles fueron esas supuestas bases jurídicas, a pesar de haber tenido amplias oportunidades para ello a lo largo del proceso”.⁹¹

Todavía la Corte IDH no ha resuelto el problema de la validez de los veredictos de jurados, en relación con la obligación de fundamentar el fallo. Un sector de la doctrina entiende que la fundamentación del fallo de condena implica la obligación de establecer un determinado sistema de jurados (escabinado) que exige esa fundamentación, u obligar al jurado, en su versión clásica, a que pronuncie un veredicto con fundamentación. Otro sector de la doctrina señala que el jurado tiene una forma especial de control de la decisión (instrucciones a los jurados) y una forma de revisión del fallo, con similar calidad y posibilidades de defensa, por lo que no existe afectación alguna a la CADH. El tema seguirá como objeto de controversia, dado que van en aumento los países que establecen el modelo de juzgamiento por jurados.

Las decisiones que deben ser motivadas y fundamentadas (expresión clara y precisa de los motivos) son todas aquellas que afectan derechos y se realizan en un proceso sometido a las reglas de juicio imparcial, es decir, se debe tratar de decisiones tomadas por autoridades jurisdiccionales, en sentido ordinario, en procedimientos especiales y aun en procedimientos administrativos que afectan derechos (como los que generan deportaciones o resoluciones respecto a migrantes). Ha dicho la Corte IDH que ese deber vale aun para autoridades que no sean formalmente jurisdiccionales, pero tengan atribuciones de esa naturaleza. Es decir, lo que genera la obligación es el *tipo*

⁸⁸ Caso *Apitz Barbera y otros*, cit., párr. 77. En el mismo sentido, Caso *Escher y otros vs. Brasil*, sentencia de 6 de julio de 2009, serie C, No. 200, párrs. 195 y 208; Caso *Tristán Donoso*, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C, No. 193, párr. 152.

⁸⁹ Caso *Yatama*, párr. 152; Caso *Tristán Donoso*, cit., párr. 156.

⁹⁰ Cfr. Caso *Escher y otros*, cit., párr. 208; Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, cit., párr. 107; Caso *Tristán Donoso*, cit., párr. 152; Caso *Apitz Barbera y otros*, cit., párr. 77.

⁹¹ Caso *Baena Ricardo*, cit., párr. 111.

*de decisión y no formalmente la autoridad que la emite.*⁹² Esto vale especialmente para el Ministerio Público; lo determinante no es el tipo de institución, sino el tipo de decisión que tome. Por ejemplo, cuando actúa claramente como un sujeto procesal que peticiona, está sometido también a reglas de claridad y certeza de sus peticiones, para facilitar el derecho de defensa, pero no es el mismo deber de fundamentación delos jueces. Si la legislación procesal les otorga decisión de tipo jurisdiccional, como cuando les permite dictar por sí mismos la prisión preventiva, entonces el *deber de fundamentación es el mismo.*⁹³

3.3.6. Derecho a una revisión integral de la sentencia de condena

La CADH es clara a la hora de establecer que contar con la posibilidad de revisar las decisiones que causan agravio al imputado en el proceso penal formal parte del derecho de defensa (así lo fundan los arts. 8, 4, 7 y 25 de la CADH). Por otra parte, el derecho a recurrir el fallo de condena es expreso y central: “El derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”.⁹⁴ En primer lugar, el recurso debe ser efectivo, es decir, debe significar una *posibilidad real de revisión*. Por tal motivo, en el trámite de la revisión de la decisión también debe estar garantizada la defensa efectiva y el respeto a todas las garantías que conforman el juicio imparcial, incluyendo la asistencia de un abogado defensor.⁹⁵

⁹² Caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, serie C, No. 127, párr. 149.

⁹³ La Corte Suprema de la República de Perú ha sentado doctrina legal sobre la necesidad constitucional de motivación y la validez de la forma oral de expresión de fundamentos en el Acuerdo Plenario N° 6–2011/CJ–116. En lo sustancial se dice allí: “En la medida en que se permita conocer el cumplimiento de los presupuestos materiales y formales de una resolución jurisdiccional, que se impida la manipulación de las decisiones judiciales y que se garantice un mecanismo idóneo y razonable de documentación, las resoluciones orales en modo alguno afectan las finalidades que cumple la motivación”.

⁹⁴ Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, No. 107, párr. 158. En similar sentido, Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, sentencia de 17 de noviembre de 2009, serie C, No. 206, párr. 42, y Caso *Vélez Loor*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, No. 218, párr. 179.

⁹⁵ Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, cit., párr. 148.

Esto lo ha reiterado la Corte IDH como un punto central, tanto en la concesión de los recursos como en el conjunto de las garantías que deben regir su trámite y decisión, incluyendo la garantía del juez predeterminado (juez natural):

[L]os Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).⁹⁶

Asimismo, el recurso debe ser *efectivo*. La Corte ha señalado que “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.⁹⁷ Efectivos implica, como hemos dicho, posibilidad real de revisión, posibilidad real de defensa durante el recurso, que sea también decidido en tiempo razonable y que la decisión revisora cumpla los recaudos de motivación y fundamentación.

⁹⁶ Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, sentencia de 4 de julio de 2007, serie C, No. 166, párr.114; Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2009, serie C, No. 211, párr. 104; Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, No. 134, párr. 195; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, No. 140, párr. 169; Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006, serie C, No. 148, párr. 287; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, serie C, No. 153, párr. 110; Caso Kawas Fernández vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009, serie C, No. 196, párr. 110; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C, No. 158, párr. 106; Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, sentencia de 25 de mayo de 2010, serie C, No. 212, párr. 190, y Caso Ibsen Cárdenes e Ibsen Peña, sentencia de 1 de septiembre de 2010, serie C, No. 151, párr. 151. Cfr. Caso Vélez Loor, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, No. 218, párr. 143.

⁹⁷ Cfr. Caso 19 Comerciantes, cit., párr. 192; Caso Baena Ricardo y otros. Competencia, cit., párr. 77; Caso Maritza Urrutia, cit., párr. 111; Caso Juan Humberto Sánchez, sentencia de 7 de junio de 2003, serie C, No. 99, párr. 122; Caso “Cinco Pensionistas”, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, párr. 126; Caso Las Palmeras, sentencia de 26 de noviembre de 2002, serie C, No. 96, párr. 58; Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, No. 74, párr. 136; Caso Cesti Hurtado vs. Perú, sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C, No. 56, cit., párr. 125, y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A, No. 9, párr. 24; Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú, sentencia de 4 de marzo de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, No. 223, párr. 75.

Un punto particular, que ha tenido gran impacto en los últimos años, vinculado a la eficacia del recurso ha sido el de la posibilidad de revisión integral del fallo de condena.⁹⁸ En términos generales, hasta dicho fallo, en la región se consideraba que era admisible un recurso de casación para revisar la sentencia de condena, siempre que permitiera el control de los errores *in uidicando* (sobre la aplicación de la ley), errores *in procedendo* (sobre las garantías procesales y la legalidad de la prueba) y sobre la fundamentación de la sentencia (sentencia infundada o arbitraria). Esta legislación fue considerada insuficiente por parte de la Corte IDH: “Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”.⁹⁹ Esta decisión está provocando una revisión de los recursos diseñados en los distintos países, sin que todavía se haya establecido una forma claramente admisible. De todos modos, lo que la Corte IDH señaló es que debe existir alguna forma de revisar cómo el tribunal fijó los hechos del caso, ya que no es admisible que un error en la valoración de la prueba quede sin ningún tipo de control.

Por último, en el caso específico de la condena a pena de muerte, la Corte IDH ha sido mucho más exigente aún, ya que existe

la obligación de garantizar que el derecho a impugnar la imposición de pena capital, a través de indulto, amnistía o commutación, pueda ser ejercido por el condenado a pena de muerte de manera efectiva. Así, el Estado tiene la obligación de implementar un procedimiento de esta índole que se caracterice por ser imparcial y transparente, en donde el condenado a pena capital pueda hacer valer de manera cierta todos los antecedentes que crea pertinentes para ser favorecido con el acto de clemencia.¹⁰⁰

3.4. Derechos o garantías vinculadas con la efectividad de la defensa

3.4.1. Derecho a investigar el caso y proponer pruebas

La Corte IDH se ha preocupado de señalar con claridad que la defensa debe ser efectiva. En primer lugar, ello implica que en el proceso exista la posibilidad real de las partes de proponer y discutir sobre la prueba. Es necesario, ha dicho la Corte IDH, que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses

⁹⁸ Caso Herrera Ulloa, cit., párr. 163.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 165. Ha sido reiterada esta doctrina en el Caso Mohamed vs. Argentina del 23/11/2012.

¹⁰⁰ Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, cit., párr. 188. En igual sentido, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005, serie C, No. 126, párr. 188.

y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradicción.¹⁰¹ Incluso lo ha recalcado respecto de las propias actuaciones ante la misma Corte IDH,¹⁰² y así lo establece su propio reglamento de actuaciones (art. 35, e).

Para que ello sea un derecho eficaz, es determinante que el imputado y su defensor tengan posibilidades reales de investigar el caso y proponer pruebas. Esto implica no solo la facultad legal de tener instancias y momentos procesales específicos para hacerlo, sino la posibilidad real de realizar investigaciones para hallar esos elementos de prueba. Tanto en el caso de la abogacía privada, como en el caso de los cuerpos de abogados de la defensa pública, ello constituye aun hoy una dificultad difícil de superar. Las distintas legislaciones incluyen cláusulas de “auxilio”, *ya sea por parte del Ministerio público o “los propios jueces”*. Sin embargo, continúa siendo, incluso con esas facultades legales, un problema que no se ha solucionado aún. Algunos cuerpos de defensa pública cuentan con fondos especiales para realizar algunos medios de prueba (pericias, por ejemplo) o con investigadores propios. Sin embargo, ello es aún incipiente e insuficiente.

La Corte IDH ha señalado que es exigible, según la CADH, que “un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.¹⁰³ Así, ha utilizado, como hemos visto, el adjetivo “adecuada” para calificar la defensa.¹⁰⁴ También ha usado la frase verdadera defensa, y rechazado la defensa aparente y exigido una defensa “diligente”.¹⁰⁵ Todos esos adjetivos y frases suponen, en consecuencia, el derecho a “hacer efectiva una defensa eficaz”, esto es, el derecho a tener una defensa proactiva y no meramente crítica de la acusación.

¹⁰¹ *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, cit., párr. 132.

¹⁰² *Caso Acosta Calderón*, cit., párr. 40; *Caso Yatama*, cit., párr. 106; *Caso Fermín Ramírez*, cit., párr. 43; *Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa*, cit., párr. 29, y *Caso de la Comunidad Moiwana*, cit., párr. 76.

¹⁰³ *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002, serie C, No. 94, párr. 146.

¹⁰⁴ *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C, No. 72, párr. 92; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia de 20 de junio de 2005, serie C, No. 126, párr. 78.

¹⁰⁵ *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, No. 220, párr. 155.

3.4.2. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa

Tal como hemos visto, la Corte IDH ha reiterado que no solo existe el derecho convencional a defender, sino a una defensa “efectiva”. En este sentido, la defensa debe ser “oportuna”, esto es, con el tiempo suficiente para que pueda producir efectos. No se puede “[i]mpedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos”.¹⁰⁶

El ejercicio de la defensa debe ser no solo permitido sino favorecido. Constituye una violación, como se ha dicho, que se entorpezca toda forma de comunicación entre el imputado y el defensor, como también que no se provean. En ese sentido, ha dicho con claridad:

[L]a restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y solo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de la primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.¹⁰⁷

3.4.3. Igualdad de armas en la producción y control de la prueba y en el desarrollo de las audiencias públicas y adversariales

La jurisprudencia que ya hemos citado establece con claridad que una de las condiciones del juicio imparcial consiste en la verdadera contradicción. Ello implica, por ejemplo, “interrogar a los testigos presentados contra ellos y aquellos que declaran a su favor bajo las mismas condiciones que el Estado, a fin de defenderse”.¹⁰⁸ La “imposición de restricciones a la presunta víctima y al abogado defensor vulnera ese derecho, reconocido por la Convención, así como el de hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.¹⁰⁹

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 154.

¹⁰⁷ *Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, No. 52.

¹⁰⁸ Cfr. *Caso Barreto Leiva*, cit., párr. 30; *Caso Palamara Iribarne*, cit., párr. 225, y *Caso Acosta Calderón*, cit., párr. 118.

¹⁰⁹ *Caso Lori Berenson Mejía*, cit., párr. 185. Véase también *Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa*, cit., párr. 117; *Caso Ricardo Canese*, cit., párrs. 164 y 166, y *Caso Castillo Petrucci y otros*,

Por otra parte, la Corte IDH ha insistido en que un juicio verdaderamente imparcial (debido proceso) debe garantizar la igualdad entre los sujetos del proceso. Hasta tal punto que, “[l]a presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación”.¹¹⁰ La obstrucción de la justicia que se manifiesta en obstáculos a la recepción y desahogo de pruebas admisibles constituye violación de la Convención Americana, en tanto afecta el derecho a la defensa.¹¹¹ También ha señalado la Corte recientemente que las medidas especiales de investigación, tales como testigos reservados y otros, deben ser establecidas con cuidado y con suficientes resguardos.¹¹²

3.4.4. Derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas

En todo momento, el imputado debe tener libre acceso a la información necesaria para su defensa, de un modo tal que le sea comprensible, el primer problema que hay que resolver es el de la barrera idiomática. La Corte IDH se ha enfrentado con cierta frecuencia a estos casos, no solo cuando se trata de extranjeros sino en relación con pueblos indígenas que en algunos países de la región latinoamericana constituyen franjas importantes, sino mayoritarias, de la población. En ese sentido, ha dicho:

cit., párr. 155.

¹¹⁰ *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, cit., párr. 121; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debidoproceso Legal*, cit., párrs. 117 y 119; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, cit., nota al pie 131.

¹¹¹ Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa*, cit., párrs. 116 y 117; *Caso Lori Berenson Mejía*, cit., párr. 167; *Caso Ricardo Canese*, cit., párr. 164; *Caso Myrna Mack Chang*, cit., párrs. 164-211; *Caso Las Palmeras*, cit., párr. 57; *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia de 31 de enero de 2001, serie C, No.71, párr. 83; *Caso Cantonal Benavides*, cit., párr. 127; *Caso Castillo Petruzzi y otros*, cit., párr. 153, y *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros)*, sentencia de 8 de marzo de 1998, serie C, No. 37, párr. 150.

¹¹² La Corte también tomará en cuenta si en los casos concretos, el Estado aseguró que la afectación al derecho de defensa de los imputados que se derivó de la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos estuviera suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso, tales como las siguientes: a) la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración, y b) debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración (en *Caso Norín Catriman y otros c/ Chile*, del 29 de mayo del año 2014).

[L]os extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. [...]. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.¹¹³

En ese sentido, dentro de las compensaciones que se deben realizar para facilitar una defensa y preservar las condiciones de igualdad propias del juicio imparcial,

se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los acusados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquellos y estos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal.¹¹⁴

4. Consideraciones finales

El juicio imparcial, juicio justo o debido proceso ha sido una preocupación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y existen fallos que acreditan esa preocupación. Como la Corte IDH ha utilizado el concepto de juicio imparcial o debido proceso para referirse a los derechos de todos los sujetos, tanto en el proceso penal como en otros procesos, ha podido desarrollar algo más su concepto. En lo que se refiere a la especial posición del imputado dentro del proceso penal, ha tenido oportunidad de ratificar *el sentido más claro de las normas de la CADH*, pero no ha avanzado en mucho más.

Ello se produce, en gran medida, porque la Corte IDH se ha enfrentado a casos donde la violación a los derechos del imputado era grave y evidente. También ha

¹¹³ Caso Vélez Loor, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, No. 218, párr. 152.

¹¹⁴ *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Devido Proceso Legal*, cit., párr. 120.

influido el hecho de que la gran mayoría de casos que le han llegado tienen que ver con imputados sometidos a regímenes excepcionales, tales como los previstos para el juzgamiento de terrorismo o narcotráfico, o se trataba de casos de imposición de pena de muerte. Pese a esta limitación, la Corte IDH ha establecido con claridad la exigencia internacional de una *defensa penal eficaz* y ha señalado algunos puntos clave en su concepto. También hizo mención a otros documentos en los que se define con mayor claridad el sentido de una defensa oportuna, adecuada y eficaz.

En el contexto latinoamericano, el uso de los precedentes es variado y débil. Sin ninguna duda, en los últimos años se ha dado un progresivo uso de las sentencias de la Corte IDH por los tribunales superiores de los distintos países; pero, en el interior de cada realidad nacional tampoco existe un respeto claro y preciso a los precedentes. Aun en aquellos países que, por tradición francesa, mantienen sistemas de jurisprudencia obligatoria, no siempre los tribunales son precisos aplicadores de esa doctrina legal, que tampoco suele conocerse en profundidad, en parte por la tradición conceptualista de la enseñanza legal; en parte, también, por un abuso del *obiter dictum* en los propios fallos que deberían fijar precedentes.

Como hemos señalado en la introducción, este conjunto de variables, propias de nuestra región, constituyen límites, pero también le dan un marco de desafíos a esta investigación. Un desafío que nos encuentra en un período especial de fortalecimiento del derecho de defensa en general y de las defensas públicas en particular. Todavía queda mucho camino por delante, pero comenzar a fijar con toda claridad cuáles son los parámetros de una defensa efectiva, y comenzar a discutir su permanente ampliación, con base en una aplicación progresiva de los derechos humanos es, sin duda, una de las grandes tareas que tenemos por delante.

5. Bibliografía

- Riego, Cristián y Duce, Mauricio. *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina*. Santiago de Chile: CEJA, 2011.
- Binder, Alberto. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.
- Cape, Ed y otros. *Effective Defence in Europe*. Antwerp: Intersentia, 2010.
- Cape, Ed y Namoradze, Zaza. *Effective Criminal Defence in Eastern Europe*. Moldova: Soros Foundations, 2012.

Duce, Mauricio y Riego, Cristian. *Proceso penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

García Ramírez, Sergio. "Las garantías constitucionales del debido proceso penal". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 12, t. II, 2006.

García Ramírez, Sergio. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México D.F.: Ed. Porrúa, 2007.

García Ramírez, Sergio y Negrette Morayta, Alejandra. *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México D.F.: Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial, 2012.

Maier, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2^a ed. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 1996.

Malarino, Ezequiel. "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Autores Varios. México: KSA, 2010.

Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.

Narvaja, Sebastián. *Sobre el concepto de debido proceso o juicio justo*. Buenos Aires: Inecip, 2012.

Pastor, Daniel. "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del estado?". *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ed. Ambos, Kai y otros. México: KAS, 2011.

Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Universidad Católica del Perú, 2012.

PARTE II

APROXIMACIONES NACIONALES A LA DEFENSA PENAL EFECTIVA

Lucas Gilardone
Sebastián Narvaja

CAPÍTULO 3. ARGENTINA¹

1. Introducción

1.1. *Información política y demográfica*

La población de Argentina es de 41.281.631 habitantes.² Está compuesta por 24 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que tiene un régimen especial de gobierno.

Este estudio se desarrolla sobre tres de estas jurisdicciones: Córdoba, ubicada en el centro del país, con 3.304.825 habitantes, de los cuales cerca de 1.300.000 viven en la ciudad capital del mismo nombre. Chubut está en la Patagonia, al sur del país; de sus 506.668 habitantes, aproximadamente 180.000 viven en Comodoro Rivadavia y unos 40.000 en la capital provincial, Rawson. La provincia de Buenos Aires se encuen-

¹ La dirección de la investigación estuvo a cargo de Sebastián R. Narvaja. El equipo de investigación estuvo conformado por Lucas Gilardone como investigador principal (abogado de la Universidad Nacional de Córdoba [UNC], miembro del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales [INECIP Córdoba], LLM en Human Rights [Central European University - Budapest 2008]; Open Society Justice Initiative Fellow [2007-2009]) y por Celeste Leonardi (abogada de la Universidad Nacional de La Plata [UNLP] y candidata a magíster en Derechos Humanos de la UNLP), Federico Espiro (abogado de la UNLP y actual fiscal de estado adjunto de la Provincia del Chubut), Luciano Caliva (abogado de la Universidad Empresarial Siglo 21 y miembro de INECIP) y Magali Vereda (abogada de la UNC y miembro del Frente Organizado Contra el Código de Faltas). Este capítulo fue revisado por Alfredo Pérez Galimberti y Francisco G. Marull.

² Proyección a partir del censo de 2010.

tra en el centro-este y tiene 15.625.024 habitantes, la mayoría agrupados alrededor de la ciudad de Buenos Aires; su capital es La Plata, con 654.324 habitantes.

Argentina se independizó de España entre 1810 y 1816, pero solo pudo dotarse de una Constitución Nacional (CN) en 1853. Estableció un régimen político representativo, republicano y federal, con un ciclo de interrupciones cívico-militares que inició en 1930 y terminó en 1983 con el restablecimiento democrático. Este proceso fue consolidado con la reforma de la Constitución en 1994, que incorporó una serie de tratados internacionales de derechos humanos.

1.2. La selección de jurisdicciones

Las provincias de Córdoba, Chubut y Buenos Aires representan tres momentos diferenciados en el proceso de reforma de la justicia penal: Córdoba fue pionera en el movimiento de reformas, pero sufrió una deficiente implementación y presenta severos retrocesos; Chubut avanzó con mayor firmeza y presenta los mejores indicadores a nivel nacional; y Buenos Aires se encuentra en un punto intermedio y con grandes asimetrías entre sus principales ciudades. La dispersión de procesos de reforma impone presentar un análisis comprehensivo de toda Argentina.

1.3. Descripción del sistema de justicia penal.

Estructuras organizacionales y reformas

Cada provincia tiene su propio sistema judicial. La legislación de fondo es única para todo el país, pero los códigos procesales son propios de cada provincia.³ Argentina heredó de la Colonia española sistemas procesales inquisitoriales, formalistas, secretos, conducidos por un juez investigador, con limitada participación de la defensa y una lógica burocrática centralizada en un expediente o sumario formal y escrito.⁴

En 1939 se inició en Córdoba un proceso de reformas con un nuevo código de procedimientos penales. Mantuvo la investigación en manos de un juez de instrucción inquisidor, pero estableció un juicio público ante un tribunal colegiado, con la acusación a cargo de un fiscal y con garantía de defensa para el acusado.⁵

³ Existe un sistema de justicia federal con competencia en casos excepcionales, por lo general, cuando se involucran cuestiones que afectan al Estado nacional.

⁴ El lenguaje forense tradicional identificó el caso con “la causa”, entendida como el documento escrito del mismo: el expediente.

⁵ Este nuevo código tuvo una gran influencia en muchas provincias argentinas y en otros países de la región. Por ejemplo, en Costa Rica. Véase LANGER 2008. También, Vélez Mariconde 1969,

A partir de la restauración democrática de 1983 surgió un nuevo movimiento de reformas procesales orientado a dar continuidad al plan constitucional y a los avances de la década de los años treinta. Este proceso se ha desarrollado y continúa en dinámico movimiento de modo fragmentado, con ritmos claramente autónomos en cada jurisdicción provincial y a nivel federal.

Los cambios en cada jurisdicción no responden a programas políticos homogéneos (como reformas constitucionales nacionales), sino que avanzaron a partir del activismo de expertos y académicos, impulsos sociales convulsivos por casos de impunidad o de abuso de la fuerza pública, jurisprudencia de los tribunales, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En Córdoba comenzó a implementarse un nuevo sistema procesal entre 1991 y 1998. Se asignó la investigación al Ministerio Público,⁶ se buscó fortalecer el sistema de juicios orales, se incorporó un sistema de participación popular en los tribunales de juicio (integrados por tres jueces profesionales y dos ciudadanos legos), se ampliaron las garantías de defensa y recurso al control jurisdiccional de los imputados, y se estableció un juez de control de garantías constitucionales durante la investigación. Pero dos aspectos preservan la matriz inquisitorial: los fiscales ordenan la prisión preventiva en forma autónoma, y los jueces de juicio ingresan al juicio “contaminados” con la investigación (y la teoría del caso) del fiscal, porque la investigación se formaliza en un expediente que se remite a estos tribunales. Además, los registros de ese expediente suelen incorporarse como prueba en el juicio, reemplazando las declaraciones de testigos o de expertos y dificultando su contrainterrogatorio.

En el año 2005 se introdujo el juicio con jurados para casos muy graves,⁷ integrado por tres jueces profesionales y ocho ciudadanos que resuelven sobre cuestiones de hecho, de derecho y sobre aplicación de pena. Esto fortaleció el juicio público porque se prohíbe que los jurados accedan a los registros del expediente, y toda la prueba debe producirse en el juicio.

En Chubut, el proceso de reformas comenzó en 1999, pero resultó paralizado por la oposición de los jueces a la nueva modalidad de “Colegio de Jueces” que preveía el proyecto aprobado ese año.⁸ Se trata de una figura organizacional clave para la hori-

pp.169-194.

⁶ Salvo para cuando el imputado cuente con privilegios constitucionales, en cuyo caso investigará un juez de instrucción.

⁷ Típicamente, homicidios, delitos sexuales graves y algunos delitos de funcionarios públicos.

⁸ Ley V 127 2, 3 y 4. Un mismo juez penal puede cumplir los roles de juez de control de garantías, de apelación de contravenciones, de ejecución o juez de juicio, en forma unipersonal para atender

zontalización de la organización judicial, presupuesto de una conformación democrática de la judicatura.⁹ En 2006 se aprobó un nuevo Código.¹⁰ La transición se dio por finalizada en 2009 y el nuevo sistema está plenamente operativo. Chubut presenta hoy la estructura más acusatoria y adversarial con plena vigencia en Argentina. Su sistema de defensa pública quizás sea el mejor estructurado del país.

Buenos Aires reformó su Código en 1998 y sancionó un conjunto de leyes que dieron forma a un sistema adversarial, particularmente en la organización de su ministerio público. Sufrió un proceso de contrarreforma hacia 2003, que otorgó a los fiscales facultades excesivas para ordenar la privación de la libertad.

En Córdoba y Buenos Aires se mantiene una estructura organizacional rígida con tribunales piramidales, formalistas y con gran énfasis en la cultura burocrática “del expediente”. Las fiscalías de estas provincias se articulan del mismo modo y con las mismas tendencias, lo que contribuye a disminuir su capacidad de investigación, que terminan delegando en las policías.

Por el contrario, en Chubut, los jueces se organizan en colegios y cumplen diversas funciones en forma rotativa. De este modo han “radicalizado”¹¹ la oralidad como el método habitual de toma de decisiones. La cultura organizacional se desformaliza y horizontaliza, ya que los elementos centrales para la toma de decisiones se producen en una audiencia presidida por un juez y no en un trámite burocrático. Se reducen los tiempos de cada caso y se facilita el ejercicio de las garantías del imputado.

En las otras provincias hay jueces correccionales, que atienden casos con penas de hasta tres años (seis en Buenos Aires), o de acción privada;¹² jueces de control de garantías que preservan la legalidad y los derechos del imputado durante la etapa

los casos con penas de hasta seis años o de acción privada, y en integración de dos o tres jueces, en impugnación de las decisiones de otro juez del mismo Colegio, como en el caso de la prisión preventiva. Los jueces de cámara atienden el recurso amplio del imputado contra la sentencia de condena, la denegatoria de la suspensión a prueba o al juicio abreviado. Véase Código Procesal Penal de Chubut (en adelante, CPPCH) 71 y 72.

⁹ En el contexto nacional, la mayor parte de las violaciones a la independencia judicial no provienen de intervenciones de otros poderes, sino de la afectación de la autonomía “interna”, es decir, las presiones de los tribunales de superior jerarquía. Estas manifestaciones no suelen revestir la forma de mandatos jurisdiccionales, sino de presiones informales o por vía de medidas de tipo administrativo. Sobre el particular, véase BINDER 2002.

¹⁰ Inspirado en el primer código y en un proyecto de INECIP de 2005.

¹¹ Schiappa Pietra 2011, p. 25.

¹² Código Procesal Penal de Córdoba, CPPC 37; Código Procesal Penal de Buenos Aires, CPPBA 24.

de investigación previa al juicio;¹³ jueces de juicio;¹⁴ y jueces de ejecución penal.¹⁵ En Córdoba hay un tribunal específico para recurrir las decisiones de jueces de instrucción y resolver cuestiones de competencia entre tribunales inferiores,¹⁶ y la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) recepta recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión de sentencias.¹⁷ En Buenos Aires hay un tribunal específico para recursos de casación,¹⁸ y la Suprema Corte Provincial atiende recursos extraordinarios (en adelante, SCPBA).¹⁹ En todos los casos, la jurisdicción última es de la CSJN.

La función de investigar y acusar está a cargo del Ministerio Público en las tres provincias.²⁰ En Chubut, el mismo fiscal puede investigar y litigar cada caso;²¹ mientras en Córdoba, el fiscal de instrucción investiga y el fiscal de cámara litiga. En Buenos Aires, los agentes fiscales investigan y litigan, aunque en la práctica hay un fiscal para la investigación y otro para el juicio.²²

En las tres provincias se garantiza la presencia de un abogado desde el primer momento de la investigación, aunque no suele haber una interacción amplia entre defensores públicos y abogados particulares.

Las decisiones judiciales son aplicables estrictamente para cada caso y no tienen efectos *erga omnes*, aunque las cortes provinciales y federales que atienden los recursos de casación, y la CSJN, tienen la función de unificar la jurisprudencia respecto a puntos específicos de la ley. Sin embargo, los tribunales inferiores conservan la potestad de apartarse de ella, pues solo los vincula una “obligación moral” de obedecer tal jurisprudencia.

¹³ CPPC 36; CPPBA 23.

¹⁴ Llamados jueces de cámara o tribunal. CPPC 34; CPPBA 22.

¹⁵ CPPC 35 bis; CPPBA 25.

¹⁶ Llamada Cámara de Acusación (CPPC 35).

¹⁷ CPPC 33.

¹⁸ CPPBA 20.

¹⁹ CPPBA 19 y Título IV.

²⁰ CPPC 71; CPPCH 112; CPPBA 56.

²¹ En cada circunscripción, la Fiscalía se organiza en tres agencias: depuración, salidas rápidas y delitos complejos, con uno o más fiscales y funcionarios. En los casos complejos se trata de que el fiscal que investiga concurra al juicio. Los casos de baja lesividad se derivan, en general, a salidas alternativas.

²² CPPCH 112; CPPC 73, 75; CPPBA 59. En Buenos Aires, las diferencias entre los fiscales de investigación y del juicio no están expresadas en las normas.

Es muy difícil obtener información de calidad en materia judicial, debido a una muy débil tradición académica de investigación en la materia y el desinterés de las instituciones por la producción de información, en cantidad y calidad. Esto define un panorama de pobreza en las discusiones y decisiones de los políticos sobre las políticas de reforma judicial.

Sin embargo, existen esfuerzos de actores de la sociedad civil y la red de expertos reformistas para orientar el proceso con base en información confiable.²³

1.4. Descripción del proceso penal. Procedimientos y reformas

Las tres provincias cuentan con un sistema proacusatorio, aunque con marcadas diferencias, tanto a nivel normativo como de prácticas. El proceso penal está estructurado en los códigos procesales penales, que definen también parte de las funciones de los organismos del sistema de justicia.²⁴ En Chubut y Buenos Aires se han creado leyes orgánicas de la defensa para independizarlas de otras instituciones, mientras en Córdoba no existe una ley orgánica de defensa pública.²⁵

1.4.1. El inicio de la persecución penal

Formalmente, la investigación penal comienza en Córdoba con la declaración del imputado y dura tres meses; el fiscal puede pedir al juez otros tres meses, o doce en casos de suma gravedad y muy compleja investigación.²⁶ En Buenos Aires comienza

²³ En este contexto, ha sido fundamental que la red latinoamericana de expertos reformistas diera una dimensión regional a estos procesos, promoviendo la investigación y difusión de herramientas de análisis de políticas públicas en materia de justicia penal. Para ello fue central el rol del material producido o patrocinado por el CEJA y otras organizaciones que promueven investigaciones y difunden resultados y recomendaciones relevantes para la toma de decisiones cuando se debaten políticas locales. Al respecto, véase LANGER 2010.

²⁴ Ley 8.123, CPPC; Ley V 9, CPPCH; Ley 11.922, CPPBA.

²⁵ Ley V 90, Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de Chubut (en adelante LODP-CH); Ley 14.442 (en adelante LODP-BA); Ley 7.192 de Asistencia Jurídica Gratuita de Córdoba (en adelante LAJG). La CN establece un modelo de dos ministerios públicos diferenciados: el procurador general de la nación actúa como jefe de los fiscales, y el defensor general de la nación como jefe de los defensores. Cada provincia organiza su propio sistema de justicia, pero se reconoce un mandato implícito sobre el modelo de estructura organizacional para los sistemas de defensa pública, por oposición al modelo histórico tradicional en que los defensores públicos dependían de los jueces o los fiscales superiores. Solo Chubut y la nueva ley de Buenos Aires replican acabadamente este modelo (CN 120).

²⁶ CPPC 337.

con la detención o la declaración del imputado y durará cuatro meses, prorrogables por dos meses con conocimiento del juez, y en casos excepcionales podrá conceder hasta seis meses.²⁷ En ambas provincias deberán levantar los cargos, si en dicho plazo no se ha completado la investigación. Sin embargo, los jueces han interpretado que esos plazos son “ordenatorios”, privándolos de todo efecto práctico.²⁸

En Chubut, el fiscal formaliza la apertura de la investigación, que durará seis meses. El juez puede autorizar hasta cuatro meses más, si se justifica por la pluralidad de imputados o las dificultades investigativas. Si no pudo desarrollar alguna medida específica durante este período, podrá pedir hasta cuatro meses más. Cumplido este plazo, la investigación se cierra.²⁹

1.4.2. La imputación y la libertad

En Córdoba, el fiscal determina si hay razones suficientes para atribuir un delito a una persona. En tal caso, la imputa formalmente, la interroga e informa sobre la causa de su imputación y sus derechos.³⁰ Puede ordenar la prisión preventiva, y la defensa puede impugnarla ante un juez mediante una moción escrita. Generalmente, los jueces confirman la decisión del fiscal.³¹ El procedimiento es escrito, engorroso y prolongado, mientras el imputado sigue preso.

En Buenos Aires, el fiscal debe solicitar la prisión preventiva ante un juez.³² Ello, sin embargo, no impide que los jueces confirmen los pedidos de los fiscales, como en Córdoba.

En Chubut, el fiscal decide, dentro de los 15 días de iniciada una averiguación preliminar, si empieza formalmente la investigación, desestima la denuncia o informe policial, archiva el caso, aplica un criterio de oportunidad o convoca a una audiencia de conciliación.³³ En el primer caso, el juez cita al imputado a una audiencia oral

²⁷ CPPBA 282, 283.

²⁸ La policía solo interviene directamente en casos de flagrancia: colecta elementos de prueba e interroga a los sospechados y testigos (aunque en Córdoba y Chubut solo puede hacerlo para identificarlos). Si tiene elementos suficientes para abrir una investigación formal, remite la información colectada al Ministerio Público Fiscal. CPPC 304, 314, 276; CPPCH 261, 266; CPPBA 268. CPPC 321, 326; CPPCH 266; CPPBA 269, 293, 297.

²⁹ CPPCH 274, 282, 283.

³⁰ CPPC 306.

³¹ CPPC 269, 338.

³² CPPBA 146, 158.

³³ CPPCH 269.

y pública para informarle formalmente su imputación y asegurar su defensa.³⁴ Si el imputado fue detenido, el juez convoca dentro de 48 horas a una audiencia de control de su detención para resolver si el imputado continuará o no en esa situación. Mientras en Córdoba y Buenos Aires la discusión sobre prisión preventiva ocurre con el imputado ya preso, en Chubut no se resuelve sobre la privación de la libertad sin audiencia previa.

Chubut y Buenos Aires tienen normas sobre criterios de oportunidad que permiten al fiscal desechar un caso por consideraciones político-criminales, aunque solo se utilizan consistentemente en Chubut.³⁵ En Córdoba, la ley obliga a los fiscales a investigar todos los casos, aunque en la práctica abandonan una enorme cantidad de ellos.³⁶ Informalmente admiten que solo investigan casos con preso, con querellante particular, con delitos muy graves o con funcionarios públicos implicados.³⁷

En Chubut y Buenos Aires se contempla, desde el inicio del conflicto, la adopción de medidas alternativas como la conciliación o reparación.³⁸

1.4.3. La acusación

Si el fiscal considera que la investigación está completa y tiene pruebas suficientes, acusa al imputado e irá a juicio; si no cuenta con pruebas, lo sobresee (en Córdoba) o pide al juez su sobreseimiento (en Chubut y Buenos Aires).³⁹ La acusación debe contener los datos personales del imputado, una descripción clara, precisa y específica del hecho, los fundamentos de la acusación y la calificación legal. En Buenos Aires además debe indicar las circunstancias que permitan encuadrar el hecho en un tipo legal distinto.⁴⁰ En Chubut debe contener el nombre y domicilio del defensor, los medios de prueba que propone, las circunstancias que permitan determinar la pena o la medida de seguridad (con la prueba que la acredite) y la pretensión punitiva provisoria.⁴¹

³⁴ CPPCH 274. También se decide en audiencia en etapas posteriores, CPPCH 219, 223.

³⁵ CPPCH 44; CPPBA 56, 56 bis.

³⁶ CPPC 5.

³⁷ El resto de los casos típicamente se cierran por prescripción. Ello incide en la selección de casos y retroalimenta una selectividad penal enfocada en la persecución de los delitos que permitan imponer prisión preventiva.

³⁸ CPPCH 47, 48; CPPBA 56 bis.

³⁹ CPPC 354, 348, 350; CPPCH 284, 291, 285; CPPBA 334, 334 bis, 323.

⁴⁰ CPPC 355; CPPBA 335.

⁴¹ CPPCH 291.

Entonces se abre una etapa “intermedia” para controlar los fundamentos de la acusación y la admisibilidad de las pruebas. En Córdoba y Buenos Aires, tanto la acusación del fiscal como las mociones del acusado se formulan por escrito; el juez resuelve las cuestiones y decide si abre o no el caso a juicio.⁴² Esta decisión del juez es apelable, tanto por el acusado como por el fiscal.⁴³ El proceso es escrito, formalista y lento. Ello impide una litigación de calidad sobre las mociones y sobre la admisibilidad de la prueba.

En Chubut, el litigio sobre la procedencia y el contenido de la acusación se desarrolla en una audiencia oral en la que el juez resolverá cada cuestión. La decisión de apertura del juicio es inapelable. Solo puede impugnarse la sentencia definitiva en el juicio oral.⁴⁴

1.4.4. El juicio

En las tres provincias, los juicios son orales y públicos.⁴⁵ En Córdoba y Buenos Aires, los jueces no asumen su rol imparcial, a menudo intervienen en los interrogatorios haciendo preguntas a los testigos. Los fiscales suelen limitarse a reproducir los registros de la investigación formal; y los defensores suelen limitarse a criticar la prueba de la fiscalía. Normalmente carecen de una teoría del caso propia y de una investigación independiente que la sustente.

Por el contrario, las prácticas en Chubut se han adecuado más profundamente al sistema acusatorio, las partes son más activas en la construcción y presentación de sus casos, y la intervención excesiva de los jueces permite fundar la impugnación amplia de la sentencia condenatoria.

Si los jueces condenan al imputado, este podrá recurrir la sentencia.

La centralidad del juicio ha sido enfatizada por la Constitución Nacional (CN) y las provinciales. La CSJN ha ratificado en un *dictum* que “el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público [...]. De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por

⁴² CPPC 357, 358; CPPBA 336, 337.

⁴³ CPPC 358, 352; CPPBA 337, 325.

⁴⁴ CPPCH 295, 297, 298.

⁴⁵ Existe una modalidad de juicio “abreviado”, en la que el imputado y su defensor acuerdan con el fiscal y el juez asumir alguna responsabilidad y evitar el debate, a cambio de cierta certeza y razonabilidad en la condena. Con esta modalidad, en cierta medida asimilable a los sistemas de *plea bargain*, se resuelve la mayor parte de los casos.

jurados, necesariamente oral y, por ende, público”.⁴⁶ Asimismo, la CSJN enfatizó la importancia de que la prueba se presente en juicio: “La palmaria lesión al derecho de defensa producida en el caso por la incorporación por lectura de testimonios de cargo torna inoficioso el examen de los restantes agravios de la recurrente, invocados desde la perspectiva de las exigencias constitucionales de oralidad, publicidad e inmediación del debate”.⁴⁷ Lamentablemente, los tribunales de Córdoba y Buenos Aires siguen validando la incorporación de testimonios por su lectura.

1.4.5. Las víctimas y sus derechos

En los tres códigos se incluye la participación de las víctimas, antes y durante el juicio. Tienen derecho a presentar evidencias, obtener información e incluso impulsar la acción penal como querellantes particulares. Pueden controlar y participar en las decisiones relativas a la libertad del imputado y pedir y controlar medidas cautelares.⁴⁸

1.4.6. El control de las garantías

En las tres provincias, los jueces cumplen la función de controlar las garantías del imputado durante la investigación. En la práctica, salvo excepciones, rara vez controverten las conclusiones y solicitudes del fiscal. Solo en Chubut se advierte una mayor diligencia para ejercer este rol. En Córdoba y Buenos Aires, la estructura tradicional de jueces de garantías “adscriptos” a una fiscalía genera una dinámica de camaradería en que los jueces evitarán rispideces con quienes perciben como compañeros de trabajo. De este modo, perjudican su posición de imparcialidad.

1.5. Problemas sociales y políticos vinculados a la justicia penal

Las cifras oficiales dan cuenta de un 6,1% (33%, o 18,2% según otros) de personas bajo la línea de pobreza.⁴⁹ De acuerdo con estos índices, los pobres se encuentran

⁴⁶ CSJN, C. 1757 XL, *Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa - Causa 1681C*, sentencia de 20 de septiembre de 2005.

⁴⁷ CSJN, B. 1147 XL, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Aníbal Leonel Benítez en Benítez, Aníbal Leonel s/ lesiones graves - Causa 1524C*, sentencia de 12 de diciembre de 2006.

⁴⁸ CPPC 96; CPPCH 15; CPPBA 83.

⁴⁹ Véase INDEC 2013. El Gobierno suspendió la publicación de dichos índices (www.indec.gov.ar/desaweb/uploads/gacetillasdeprensa/gacetilla_24_04_14.pdf). Según CIPES, en 2013 la devolución incrementó ese porcentaje a un 33%; y al 18,2% según la CTA.

sobrerrepresentados tanto en las cárceles como entre las víctimas de delitos. La composición étnica del país es predominantemente blanca de descendencia europea (85% de la población), con un 11% de mestizos, 1% de indígenas y 3% de otras etnias.

Existe una alta percepción de inseguridad, aunque las estadísticas criminales sugieren que los niveles de delito no son particularmente altos para la media de la región.⁵⁰ Esta percepción se traduce en presiones sociales y mediáticas para incrementar el encarcelamiento, lo que repercute, junto con otros factores, en un uso abusivo de la prisión preventiva.

Argentina fue víctima de dos ataques terroristas en 1992 y 1994 que continúan impunes. Aprobó leyes antiterroristas recién en 2007⁵¹ y en 2011,⁵² reflejando urgencias derivadas del 11-S. Estas son cuestionadas por organizaciones sociales y de derechos humanos que sostienen que criminalizan la protesta social y las perciben como una amenaza en un contexto conflictivo: grupos campesinos e indígenas resisten el desalojo de sus tierras por parte de empresarios poderosos, lo que ha terminado en la muerte impune de varios líderes campesinos e indígenas en los últimos años. El temor no parece infundado, si se considera que en Chile hubo decenas de detenciones por la aplicación de la ley antiterrorista que criminaliza la protesta Mapuche.⁵³

1.6. Precisiones metodológicas

Se realizaron relevamientos normativos y jurisprudenciales en las tres provincias y se solicitaron informes a oficinas públicas, aunque varias de ellas no contestaron los

⁵⁰ De acuerdo con estadísticas oficiales, la tasa de homicidios dolosos ha decrecido desde su pico de 9,2/100.000 en 2002 a 5,5/100.000 en 2009, el último año computado. Véase MinJus 2013.

⁵¹ La Ley 26.268, promulgada el 4 de julio de 2007, incorpora el art. 213 Ter que impone de 5 a 10 años de prisión a quienes integren una asociación ilícita que mediante delitos aterrorice a la población u obligue al Gobierno u organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo; y de 5 a 15 años a quienes las financien, aunque no cometan ningún acto terrorista. Véase <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/129803/norma.htm>.

⁵² La Ley 26.734 sustituye el art. 213 Ter por el 41 Quinquies, que eleva al doble las penas por cualquier delito cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo. Véase <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/192137/norma.htm>.

⁵³ En el año 2002, miembros de la Coordinadora de Comunidades en Conflicto Arauko Malleko fueron condenados aplicando la ley antiterrorista, lo que implicó “la supresión de las garantías procesales para los imputados mapuche y que se tradujeron [...] en el secreto de la investigación por seis meses, la prolongada prisión preventiva, y la utilización de testigos sin rostro como principal prueba inculpatoria” (Mella Seguel 2007, p. 106).

pedidos en tiempo y forma.⁵⁴ La información corresponde a totales provinciales, aunque las entrevistas y parte de la información estadística y empírica corresponde a las ciudades de Córdoba, Trelew, Comodoro Rivadavia y La Plata, lo que será aclarado en cada caso. Es notoria la dificultad para acceder a información oficial, en algunos casos porque no existe o es irrelevante, y en otros casos porque no existe una cultura de la transparencia.

Entre el 24 de julio y el 8 de noviembre de 2013 se entrevistaron a jueces, fiscales, defensores, abogados y personas presas. En la Ciudad de Córdoba se entrevistaron a 14 personas;⁵⁵ en la Ciudad de La Plata, a 11 personas;⁵⁶ y en la ciudad de Trelew, a 9 personas.⁵⁷

2. Asistencia jurídica gratuita

2.1. *Los costos de la defensa*

2.1.1. Gasto en defensa pública por jurisdicción

No existe información comparable entre las tres provincias porque reflejan en el diseño presupuestario su diferente organización institucional, ya sea porque la Defensa Pública integra el Poder Judicial, o porque no se discriminan las funciones específicamente penales entre las que asume la defensa pública.

⁵⁴ En Córdoba se pidió información al TSJ, al Ministerio Público, a la Dirección de Administración del PJ (las tres oficinas derivaron el pedido a otros funcionarios que, en el mejor de los casos, admitieron que no contaban con la información), a la Oficina de Sumarios Administrativos del PJ (que derivó a las estadísticas de la Oficina de Investigaciones y Proyectos del PJ), a la Directora de Administración del PJ, al Colegio de Abogados y al Tribunal de Disciplina de Abogados. En Chubut se solicitó información a la Defensoría Pública, y a los Colegios de Abogados de Trelew y Comodoro Rivadavia. En Buenos Aires se solicitó información a la Secretaría de Política Criminal de la Procuración General, Dirección de Estadística/Secretaría de Personal, Subsecretaría de Administración, Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Seguridad, que derivó a la Superintendencia de Policía y de allí a la Secretaría Operativa (oficina de expedientes), la Defensoría General y el Ministerio de Seguridad.

⁵⁵ Un juez de juicio, un juez de control de garantías y un juez de ejecución; dos fiscales de juicio y uno de instrucción; un defensor público de imputados y dos de condenados; cuatro abogados (tres de ellos entrenados específicamente para el litigio en contextos acusatorios); y tres detenidos.

⁵⁶ Tres jueces, un fiscal, dos defensores públicos, dos abogados particulares y dos exdetenidos.

⁵⁷ Dos jueces, dos fiscales, dos defensores públicos, un abogado y dos detenidos.

En Córdoba solo se pudo acceder al presupuesto global del Poder Judicial, equivalente a USD 255.538.153,31, que no discrimina cuánto corresponde a la Defensa Pública.⁵⁸

En Buenos Aires, el presupuesto de la Defensa Pública para el año 2012 fue de USD 73.969.181,18, pero sin discriminar entre la defensa penal y civil.⁵⁹ La Defensoría de los Tribunales de Casación contó con un presupuesto particular de USD 1.765.731,70. Ello significa un gasto de unos USD 1,52 por habitante en relación con la defensa pública en general, y USD 0,11 por habitante en relación con la Defensoría de Tribunales de Casación.

En Chubut, la Defensa Pública contó con un presupuesto anual para 2013 de USD 23.785.032,58 (un 3,26% menos que el Ministerio Público, con USD 24.586.809,76). Tampoco se explica qué parte se destina a la defensa penal.⁶⁰ Esto significa un gasto de unos USD 46,94 por habitante por concepto de defensa pública.

2.1.2. Ingresos de defensores públicos comparados con otros actores

Los defensores públicos en Córdoba perciben ingresos entre USD 5.510 y USD 5.987,⁶¹ dependiendo de su antigüedad en el título, es decir, unas 8,78 a 9,55 veces el salario mínimo.⁶²

⁵⁸ La cotización oficial del dólar estadounidense al momento del análisis fue de 1 USD = \$ 5,74. La provincia informa un presupuesto de \$ 1.466.789.000 en forma global para el Poder Judicial. Véase PresCba 2013, p. 453. Sobre la cantidad de asesores, véase PersonalCba 2013, p. 164. Una muestra del reducido presupuesto de la Defensa Pública puede obtenerse de la cuenta de gastos para viáticos: durante 2012 se gastaron USD 8.891,41 en viáticos de los defensores públicos y se proyectaron unos USD 10.235,89 para 2013. Según informe de la Directora del Área de Administración del Poder Judicial de Córdoba (en adelante DAAPJ), se destinaron \$ 51.036,70 para 2012 y se proyectaron \$ 58.754 para 2013.

⁵⁹ Según informe de la Procuración General de la PBA de fecha 28 de diciembre de 2012, se destinaron \$ 10.135.300 para las defensorías de los tribunales de casación y \$ 424,583.100 para las defensorías departamentales.

⁶⁰ La provincia informa un presupuesto para la Defensa Pública de \$136.526.087, de los cuales \$89.540.349 se destinaron al personal. Comparativamente, el Ministerio Público contó con un presupuesto de \$ 141.128.288, con un costo salarial de \$ 123.146.088. Fuente: <http://www.defensachubut.gov.ar/prensa/?q=node/7276>.

⁶¹ Según informe de DAAPJ, los ingresos netos de un defensor público oscilan entre los \$ 34.364,71 y \$ 31.491,46, según su antigüedad en el título de abogado.

⁶² El salario mínimo es de USD 627,18 o \$ 3.600. Véase MINTES 2013.

En Buenos Aires, los defensores públicos perciben entre USD 2.885 y 6.224,⁶³ dependiendo de su antigüedad, lo que significa unas 4,6 a 9,9 veces el salario mínimo.

En Chubut, los defensores públicos perciben salarios básicos de unos USD 4.162 y los abogados adjuntos unos USD 2.992, es decir, unas 6,63 y 4,77 veces el salario mínimo, respectivamente.⁶⁴

En todos los casos cuentan con el mismo salario básico que los jueces y los fiscales de instrucción (categoría más baja de jueces y fiscales).

2.2. Organización de la defensa jurídica gratuita

Argentina cuenta con un modelo de asistencia técnica caracterizado como un sistema de representación “obligatorio”. Tradicionalmente no se admite que una persona elija no tener abogado. Si no contrata uno, el Estado (normalmente el tribunal, pero en las etapas previas al juicio puede ser el propio fiscal) impone *de oficio* la representación de un defensor público. Este sistema ubica conceptualmente al defensor como “auxiliar de la justicia”, antes que como un representante de los intereses de su cliente.

La organización de los sistemas de defensa pública más anticuados del país (como el de Córdoba) proviene de esa concepción. Así, cada abogado está “adscripto” a un tribunal u oficio judicial. Esta idea ha cambiado a partir de actitudes individuales de quienes integran las defensorías, pero su matriz organizativa continúa respondiendo a dicho concepto.

2.2.1. Esquema organizacional por jurisdicción

En las tres provincias, la Defensa Pública integra el Poder Judicial. En Córdoba, un cuerpo de asesores letrados dependen funcional y económicamente del TSJ, sin ninguna estructura institucional intermedia.⁶⁵ Los defensores penales cuentan con una secretaría administrativa que coordina algunas funciones, como colectar información estadística. Periódicamente realizan reuniones informales para acordar aspectos prácti-

⁶³ Salarios correspondientes a abril de 2013, según informe de 8 de agosto de 2013, de la Subsecretaría de Administración de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires.

⁶⁴ Según informe de la Defensoría General de Chubut de 23 de agosto de 2013, el sueldo de un defensor público es de \$ 23.893 y el de un abogado adjunto es de \$ 17.174, p. 3.

⁶⁵ LAJG 2, 6.

cos de su trabajo, aunque, por su carácter, las decisiones no son obligatorias. Carecen de una estructura de supervisión o control.⁶⁶

Cada defensor atiende su propia oficina. Debido a la sobrecarga de trabajo se autorizó la delegación de algunas tareas a sus colaboradores auxiliares,⁶⁷ pero sus funciones son limitadas y no pueden representar ampliamente a clientes. Esta limitación se debe, en gran medida, a la resistencia corporativa de los mismos asesores en procura de mantener su categoría y salario.⁶⁸ Acceden a su cargo luego de un concurso público de oposición y antecedentes, aunque la mayoría ha desempeñado toda su carrera en el Poder Judicial.

La Defensa Pública de Córdoba no puede determinar la cantidad de casos en los que interviene, pero asume que lo hace aproximadamente en un 70% de las defensas, y un 90% cuando el imputado ya fue condenado.⁶⁹ Cada uno de los asesores atiende alrededor de 500 casos, de los cuales en un 40% el imputado se encuentra privado de su libertad, con juicio pendiente.⁷⁰

En Buenos Aires se ha aprobado recientemente la Ley 14.442, que da autonomía al Ministerio Público de la Defensa (en adelante, MPD).⁷¹ El Ministerio Público integra el Poder Judicial, pero el servicio de Defensa Pública goza de autonomía funcional, independencia técnica y autarquía financiera.⁷² Anteriormente dependía del Ministerio Público, y si bien tenía mayores autonomías y estructuras funcionales que en Córdoba, estaba sometido a la autoridad del jefe de los fiscales.

El MPD tiene potestades para definir políticas de la Defensa Pública y dictar instrucciones generales y particulares con autonomía funcional. Los defensores gene-

⁶⁶ Según entrevista realizada a tres asesores letrados.

⁶⁷ Según Acuerdo Reglamentario 924 Serie “A”, de fecha 18 de diciembre de 2007, estos auxiliares deberán contar con título de abogado y cuatro años de antigüedad en el Poder Judicial o en el título.

⁶⁸ Conforme a las pautas del mercado de servicios legales, el salario de un “asesorito” (como son llamados) es atractivo para un profesional joven. Resultaría lógico y adecuado permitir que estas personas, que bien podrían fungir como defensores en el ámbito privado, pudieran hacerlo dentro de las defensorías públicas.

⁶⁹ Véase Soria 2013, p. 39. Esta estimación ha sido confirmada por los jueces y fiscales entrevistados, quienes explican que la dificultad para precisar el número reside en que habitualmente en el mismo caso intervienen abogados particulares y defensores públicos en distintos momentos, por lo que se “solapan” los porcentajes.

⁷⁰ Según estimaciones aportadas por cuatro asesores letrados.

⁷¹ LOMPD-PBA 2.

⁷² LOMPD-PBA 3, 4.

rales⁷³ fijan sus políticas y ejercen las tareas de supervisión y evaluación de cada uno de los órganos integrantes del MPD en cuanto a su calidad, eficiencia y eficacia, conforme a pautas establecidas por la ley.⁷⁴

Se creó un Consejo de la Defensa, asesor del defensor general. También establece lineamientos para la supervisión en casos complejos y colabora con la capacitación de los integrantes de la Defensa Pública.⁷⁵ Mientras tanto, la ley establece que la procuradora (jefa de los fiscales) ejercerá la superintendencia sobre el MPD.⁷⁶ La ley se encuentra en proceso de implementación y sus autoridades no han sido nombradas aún. Los defensores públicos siguen dependiendo de la Procuración. Se mantiene, sin embargo, el Consejo de la Defensa establecido en la ley anterior que se encuentra operativo.

Respecto a la planificación estratégica, se ha informado que existe y ha sido elaborada por la Procuración General, pero no se ha brindado acceso a dicho plan.⁷⁷

Esta ley establece criterios estratégicos de actuación, fundamentalmente el interés predominante de los defendidos, la autonomía funcional y probidad, la actuación estratégica, la transparencia y flexibilidad, el acceso a la justicia evitando su burocratización, la especialización y el trabajo en equipo, la responsabilidad diferenciada y la calidad de la atención.⁷⁸ Según la Procuración General, la Defensa Pública interviene en el 77% de los casos penales.⁷⁹

⁷³ La jefatura del MPD es ejercida por una persona con el cargo de “defensor general”.

⁷⁴ LOMPD-PBA 23, 24. Los indicadores de gestión mencionados en la ley son: a) la duración total de los procesos y cada una de sus etapas; b) el cumplimiento de los plazos establecidos para el dictado de resoluciones; c) la carga de trabajo, la congestión y los asuntos pendientes; d) la asistencia al lugar de trabajo del magistrado a cargo; e) funcionarios y personal con que cuenta el órgano y asistencia al lugar de trabajo; f) todo otro indicador que reglamentariamente se establezca (24.27).

⁷⁵ Integrado por el defensor general, el defensor del tribunal de casación, los defensores departamentales, dos defensores por los departamentos judiciales del interior y tres por los del conurbano, rotativos y elegidos anualmente por la totalidad de los defensores (LOMPD-PBA 102, 103). Además se ha creado una Asamblea de la Defensa Pública, que se reúne anualmente en forma ordinaria y aprueba el reglamento de disciplina, propone los criterios de la política de la Defensa Pública para el período anual siguiente, trata las cuestiones sometidas por el defensor general y establece criterios para elaborar proyectos de reformas. Está integrada por el defensor general de la Provincia, el defensor del Tribunal de Casación, los defensores departamentales, los defensores oficiales, los asesores de incapaces y el curador general de alienados (LOMPD-PBA 104, 105). Tanto el Consejo como la Asamblea terminarán de conformarse cuando sea nombrado el defensor general.

⁷⁶ LOMPD-PBA 20.

⁷⁷ Según informe de fecha 4 de abril de 2013 del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, p. 4.

⁷⁸ LOMPD-PBA 37.

⁷⁹ Según PGSCBA 2012, p. 16.

En Chubut, el Ministerio Público de la Defensa tiene una organización propia. Su titular es un defensor general que dirige una estructura organizativa compleja y coordina las actividades de las cinco oficinas de la Defensa Pública distribuidas en el territorio provincial.⁸⁰ El primer defensor general fue designado en diciembre de 2000 y desarrolló una política sostenida de fortalecimiento institucional a través de planificaciones anuales, formulación del proyecto de ley orgánica con participación de todos sus integrantes y protocolos de intervención articulados por cada jefatura.⁸¹

Se creó un Consejo de la Defensa como un ámbito de participación independiente con la misión principal de asesorar y proponer temas de agenda institucional al defensor general.⁸²

Los principios de actuación del MPD son: flexibilidad, especialización, trabajo en equipo y responsabilidad personal de los defensores con sus casos y compartida en relación con el resultado de la gestión de la oficina que integran. El sistema evita todo tipo de trámites innecesarios y todo descuido en la atención al público.⁸³ Faculta al defensor general para supervisar la tarea de sus dependientes y puede delegar esta función en los defensores jefes de cada oficina.⁸⁴

La defensoría ha adoptado sistemas de control de gestión y los estándares de desempeño previstos en la Carta de Derechos de los Ciudadanos frente a la Justicia.⁸⁵

2.2.2. Recursos materiales por jurisdicción

Hay en la ciudad de Córdoba 17 asesores letrados para atender a más de 1,3 millones de habitantes, es decir, 1,2 defensores por cada 100.000 personas,⁸⁶ o uno por

⁸⁰ De él dependen las secretarías de Coordinación y Gestión Técnico-Operativa, Penal y de Prevención de la Violencia Institucional, de Política Institucional y Defensa de Nuevos Derechos, un cuerpo de relatores, las áreas Contable, de Informática, de Recursos Humanos, Relaciones Públicas y Ceremonial, el Banco de Datos de Tortura y la Jefatura del Servicio Social. Véase <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/110>.

⁸¹ Véase, por caso: <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/112>, donde se lista la planificación anual desde 2004.

⁸² Integrado por magistrados (que no son los jueces de corte o de cámara, sino los defensores), funcionarios y empleados del Ministerio que son elegidos periódicamente por sus pares. Véase Barone 2010, p. 7. Disponible en: <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/292>.

⁸³ Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de Chubut (LOMPD-CH) 11.

⁸⁴ LOMPD-CH 13.2, 17. La supervisión de los abogados de la Defensa Pública por parte de los defensores jefes está prevista en el art. 18.1.

⁸⁵ Véase Anexo a la Res. D.G. 25/06 de 23 de marzo de 2006. Disponible en: <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/134>.

⁸⁶ Véase, Macchione 2012.

cada 81.250 habitantes. Uno de ellos atiende la Oficina de Derechos Humanos, dos atienden y asesoran a víctimas de delitos, y el resto representan a imputados de delitos y contravenciones. Dos asesores representan exclusivamente a condenados.⁸⁷ Así, solo 12 asesores defienden a personas acusadas. Cuentan con una Secretaría y dos Prosecretarías –una de ellas dedicada exclusivamente a las asesorías de penados–, 22 abogados auxiliares y 22 empleados. Cada asesor se apoya en un abogado auxiliar y un empleado. Sus oficinas disponen de insumos técnicos básicos, pero no pueden entrevistar allí a sus clientes detenidos, aunque cuentan con un automóvil para concurrir a las cárceles.⁸⁸ Los defensores carecen de un presupuesto asignado para intérpretes, traductores, peritos o expertos: cuando han requerido intérpretes o pericias simples han utilizado el servicio de peritos del Poder Judicial.

En Chubut, la Defensoría Pública cuenta con una oficina en cada una de las cinco circunscripciones judiciales de la provincia;⁸⁹ en ellas trabajan 32 abogados y 15 empleados dedicados específicamente a casos penales, además de pasantes y abogados contratados.⁹⁰ Esto significa 6,3 defensores públicos por cada 100.000 habitantes. En cada oficina hay abogados especializados en derecho penal juvenil y en ejecución penal. La Defensa Pública de Chubut interviene en el 90% de los casos, y en un 77,3% cuando hay imputados detenidos.⁹¹

En toda la provincia de Buenos Aires hay 282 defensores públicos penales, es decir, 1,8 defensores por cada 100.000 habitantes.⁹² Existen 13 defensores en el Departamento Judicial de La Plata, más 4 que cumplen funciones en oficinas descentralizadas y un defensor departamental. Ellos conforman 6 unidades funcionales con 2 defensores cada una. A ellos se suman 4 defensores del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Ello significa 2,9 defensores por cada 100.000 habitantes. La Defensoría Departamental cuenta con una Secretaría de Ejecución, integrada por cinco personas.⁹³ La oficina tiene una investigadora para el chequeo y la recolección de pruebas

⁸⁷ Según los defensores entrevistados, el cargo vacante pertenece a una de las Asesorías Letradas de Penados, y las dos restantes se distribuyen su carga de trabajo.

⁸⁸ Los defensores públicos entrevistados refirieron que les permiten entrevistar a sus defendidos en la Alcaidía de los tribunales penales, lo que está vedado a los abogados particulares.

⁸⁹ Trelew y Rawson, Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia, Sarmiento y Esquel.

⁹⁰ Véase <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/110>.

⁹¹ Segundo entrevista con un juez, y DEFCH 2013, p. 16.

⁹² Según PBGSCBA, p. 6.

⁹³ Según informe del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, pp. 1-2.

(cuenta con movilidad), dos trabajadoras sociales y una psicóloga. Pueden utilizar peritos oficiales.⁹⁴

Tabla 1.
Cantidad de defensores públicos por habitante y cada 100.000 habitantes

Provincia	Defensores públicos	Habitantes	Habitantes por defensor público	Defensores públicos por cada 100.000 habitantes
Córdoba*	17	1.300.000	81.250	1,2
Chubut	32	506.668	15.834	6,3
Buenos Aires	282	15.625.024	55.407	1,8
La Plata	16	654.324	34.438	2,9

* Solo cubre la ciudad de Córdoba. Por increíble que parezca, fue imposible conseguir el número de defensores públicos penales que hay en la provincia; ese dato no está disponible en la información publicada en el portal judicial, ni fue provista en ninguno de los informes solicitados a distintas oficinas judiciales.

3. Los derechos y su implementación

3.1. Derecho a la información

3.1.1. Derecho a ser informado de las causas de arresto o detención y los derechos que emanen de esta situación

La CN y las provinciales ordenan que nadie puede ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente; además, ordenan que se informe inmediatamente al detenido sobre las causas de su detención.⁹⁵ Los códigos procesales ratifican que la orden de detención deberá incluir al menos la información sobre el hecho atribuido.⁹⁶ La CSJN ha resuelto que la falta de información sobre las causas del arresto y los derechos a contar con un defensor y a guardar silencio constituye una violación a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso.⁹⁷

⁹⁴ *Ibid.*, p. 4. Cuando se requirieron peritos externos, sus honorarios fueron pagados por el Ministerio Público.

⁹⁵ CN 18; CCOR 42; CCH 47; CPBA 19 (en este caso, dentro de las 24 horas).

⁹⁶ CPPC 272; CPPCH 20, 215 (por remisión a CCH 47); CPPBA 60.

⁹⁷ CSJN, A. 1773 XL, *Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de Sergio Delfín Albornoz en la Causa Albornoz, Dante Sergio Delfín s/ robo cuatro hechos en concurso real — Causa 8877*, sentencia

Los entrevistados afirman que al ser detenidos no fueron informados en detalle sobre las causas del arresto ni sobre sus derechos y que cuando pidieron llamar a alguien de su familia o a un abogado fueron reprendidos por los policías.⁹⁸ La evidencia indica que mientras una persona está en manos de la policía (hasta ser llevada ante un juez o fiscal), se encuentra en su punto de máxima vulnerabilidad. No se informan sus derechos o se lo hace de manera ritual, luego de interrogatorios a veces violentos y siempre ilegales. Según las leyes, la policía solo está autorizada a interrogar a las personas para identificarlas. Por ello no se registran las preguntas ilegales y no llegan a conocimiento de jueces y fiscales, lo que explica el silencio de la jurisprudencia. En Argentina, a pesar de esfuerzos aislados, la policía sigue siendo ineficaz para brindar a los imputados la información requerida. Cualquier demora en la asistencia de los abogados consolida el problema.

3.1.2. Derecho a ser informado sobre la imputación, formulación de cargos o acusación

Rige la misma regulación constitucional señalada en el punto anterior. Los códigos detallan que el imputado tiene derecho a ser informado sobre la razón y el hecho por el que se lo acusa en la primera entrevista con el fiscal, la policía o el juez. Todo quedará expuesto en un acta que deberá leer antes de firmar.⁹⁹ El CPPCH establece que no hacerlo constituye una falta grave para el funcionario responsable.¹⁰⁰

La CSJN requiere que el imputado reciba un detalle de los elementos fácticos que componen el delito del que se lo acusa, en forma lo suficientemente clara como para que pueda ejercer plenamente sus derechos de defensa.¹⁰¹ El TSJ ha precisado que “[...] la información del hecho atribuido [...] debe ser concreta, expresa, clara y precisa, circunstanciada, integral y oportuna [...] la omisión de informarle las pruebas

de 13 de septiembre de 2011.

⁹⁸ Uno de los entrevistados de Buenos Aires refirió que la policía solo le leyó sus derechos “rapidito”, luego de golpearlo para que declarara y de dispararle. Solo pudo llamar a su abogado cuando lo llevaron al juzgado y el defensor público le facilitó la llamada.

⁹⁹ CPPC 261; CPPCH 82.1-3; CPPBA 60, 312.

¹⁰⁰ CPPCH 82.

¹⁰¹ CSJN, N. 107 XXIV, *Navarro, Rolando Luis y otros s/ homicidio culposo - Causa 58886* (voto de Enrique Petracchi), sentencia de 09 de agosto de 2001. Del mismo modo, CFCP, *Dulbecco, Claudio Daniel s/ Casación - Reg. 524, Causa 285*, sentencia de 16 de febrero de 1996 (voto del Dr. Hornos).

existentes en su contra afectará la garantía de la defensa en juicio”.¹⁰² El Tribunal de Casación bonaerense (en adelante, TCPBA) ha resuelto que “la garantía de defensa en juicio se encuentra violada por no habersele hecho saber al imputado sus derechos, el hecho que se le imputa y las pruebas que obraban en su contra”.¹⁰³

Los defensores públicos y privados entrevistados explicaron su dificultad para asegurar que los imputados comprendan la naturaleza de los cargos: se esfuerzan en explicar estos puntos a sus defendidos con términos sencillos y coloquiales, pero siempre subsisten dudas sobre si efectivamente han comprendido.¹⁰⁴ Las personas detenidas entrevistadas afirman haber entendido las explicaciones de sus defensores, jueces y fiscales. Pero según aprecian los defensores, parece que no es así.

Los mayores problemas en el acceso a la información se generan entre el momento de la detención y la puesta a disposición de un fiscal o un juez. En este período, es común que ni siquiera los defensores puedan obtener información suficiente sobre los cargos y evidencias, especialmente en Córdoba y Buenos Aires. Los defensores públicos entrevistados en Córdoba afirman que suelen transcurrir hasta 10 días entre la detención de una persona y su presentación ante un fiscal. Recién entonces los defensores públicos comienzan su intervención.¹⁰⁵

El imputado solo accede a información razonablemente completa una vez que su “causa” llega a la fiscalía o juzgado, pero a menudo es demasiado tarde para desarrollar una estrategia defensiva efectiva.

En las legislaciones de Córdoba y Buenos Aires,¹⁰⁶ la posibilidad de conocer acabadamente el contenido y los alcances de la imputación se vincula al acto procesal de “declaración del imputado”. Se supone que esta es solo un medio de defensa, pero las legislaciones citadas no la contemplan como un acto voluntario. Es decir, se le reconoce el derecho a guardar silencio o a declarar a su favor, pero de todos modos debe “ir a la declaración”, incluso puede ser detenido para ser conducido a declarar (a su favor). En dicho acto de “declaración” se comunican formalmente los cargos en su contra, a menudo dando lectura a la imputación formal.

¹⁰² TSJ, sentencia 20, *Pompas, Jaime y otros p ss. aa. Defraudación Calificada – Recurso de Casación*, de 05 de abril de 2000.

¹⁰³ V. R. N. s/ *Recurso de Casación*, sentencia de 16 de junio de 2004.

¹⁰⁴ Un defensor público de Buenos Aires señaló la diferencia entre “entender” los derechos y “comprenderlos”, enfatizando la dificultad de que los imputados dimensionen su situación de manera clara y productiva.

¹⁰⁵ Los defensores privados suelen ser mucho más activos al respecto. Concurren a ver a sus clientes a los sitios de detención, aun cuando todavía las autoridades judiciales no hayan intervenido.

¹⁰⁶ CPPC 308; CPPBA 258, 261.

La naturaleza de este acto es confusa, su diseño y dinámica no son adecuados para garantizar el derecho a la información de la persona imputada. Al mismo tiempo, constituye un modo de coacción sobre los derechos de información, dado que solo se dará acceso a los registros de la investigación a quien participe en la “declaración”.

En Chubut, en cambio, la declaración no es un acto obligatorio para el imputado y la legislación la concibe como algo completamente separado de la formalización de la investigación. O sea que puede existir un proceso sin declaración del imputado (si el imputado así lo quiere).¹⁰⁷ Al mismo tiempo, se establece una audiencia oral y pública específica, denominada de “apertura de la investigación”, cuyo fin es formalizar la imputación del caso.¹⁰⁸

El hecho de que los imputados no comprendan a sus defensores es una consecuencia de un sistema penal altamente formalista, más que de la desidia de los funcionarios.

3.1.3. Derecho a ser informado sobre las posibilidades defensivas del imputado

Únicamente las constituciones de Córdoba y Chubut explicitan el derecho del imputado a ser informado de sus derechos defensivos, aunque solo cuando está privado de su libertad.¹⁰⁹ Los códigos procesales agregan que debe informarse al imputado que puede abstenerse de declarar y requerir un defensor.¹¹⁰ En Chubut, además se le debe informar que tiene derecho a declarar dentro de las 24 horas de ser detenido y cuantas veces quiera, a no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan y alteren su libre voluntad o afecten su dignidad, a conservar su libre movimiento y a acceder a toda la información disponible desde que conozca la existencia del proceso.¹¹¹

La CSJN reconoció el derecho a ser informado de las posibilidades defensivas, en particular, el derecho a ser defendido por un abogado.¹¹² El TSJ precisó que la omisión de informar sobre “[...] el derecho de abstenerse de declarar y de requerir la presencia del defensor” acarrea la nulidad de lo actuado.¹¹³

¹⁰⁷ CPPCH 86.

¹⁰⁸ CPPCH 274.

¹⁰⁹ CCOR 42; CCH 47. Respecto de la CN y la CPBA, rige el principio de inviolabilidad de la defensa en juicio establecido en los artículos 18 y 15, respectivamente.

¹¹⁰ CPPC 261; CPPCH 82.1-3; CPPBA 60, 312.

¹¹¹ CPPCH 82.5-9.

¹¹² CSJN, *Albornoz*, cit.

¹¹³ TSJ, *Pompas*, cit.

En la práctica es frecuente que solamente se les informe de sus derechos en un juzgado y en algunos casos después de que han declarado ante la policía. Comprender esta información también sufre las dificultades señaladas. En este caso, la situación se agrava porque, en general, la policía no realiza mayores esfuerzos para explicar estos derechos e incluso procura beneficios indebidos de su violación.

3.1.4. Derecho a tener acceso a los elementos de prueba en contra

Las constituciones de Córdoba y Chubut establecen que la prueba es pública y, por lo tanto, accesible al imputado.¹¹⁴ Los códigos establecen el derecho a acceder a la evidencia en contra del imputado que pueda declarar, que se mantiene durante todo el proceso y solo puede limitarse cuando la publicidad ponga en peligro el “descubrimiento de la verdad”¹¹⁵

En Chubut, el juez solo puede disponer el secreto temporal de determinada evidencia, no de toda la investigación, y únicamente por diez días. Si necesita extender el período, deberá solicitar la autorización de otros dos jueces.¹¹⁶ El imputado debe contar con acceso a toda la información en la formalización de la acusación.¹¹⁷ Esto es importante porque allí se definirá cuál es la evidencia que podrá exhibirse en el juicio.

El TSJ agregó que “[...] para garantizar eficaz y efectivamente el derecho a ser oído el imputado debe contar con la información de pruebas adquiridas en una etapa del proceso en la que aún no ha tenido acceso”. El TCPBA también rechazó la introducción de pruebas que no pudieron ser controladas por el defensor, especialmente cuando se trató de una declaración testimonial incorporada al debate por su lectura, a pesar de la oposición de la defensa.¹¹⁸

El acceso al “sumario” está relativamente garantizado después de que el imputado fue citado a declarar. Pero es habitual en Córdoba y Buenos Aires que obstáculos prácticos lo impidan, dificulten o denieguen, sin constancias escritas, puesto que se alegan razones prácticas y no legales.¹¹⁹

¹¹⁴ CCOR 41; CCH 46.

¹¹⁵ CPPC 261, 312 (10 días); CPPCH 82.9; CPPBA 280 (48 horas).

¹¹⁶ CPPCH 23.

¹¹⁷ CPPC 355; CPPCH 291; CPPBA 335, ya citados.

¹¹⁸ TCPBA, *Z., S. F. s/ Recurso de Casación*, sentencia de 29 de junio de 2010, haciendo referencia a *Dicesare, Alejandro s/ Rec. de Casación*, sentencia de 17 de julio de 2009. También es aplicable lo resuelto en el citado caso *V., R. N. s/ Recurso de Casación*, sentencia de 16 de junio de 2004.

¹¹⁹ Puede suceder que el empleado al que se le delega el caso esté ausente u ocupado, o que el “expediente” esté “a estudio del fiscal”, o que por cualquier otra razón el funcionario pertinente se

En Chubut, la incidencia de este problema es menor, puesto que la audiencia de apertura de la investigación tiene por fin garantizar, ante el juez, la puesta a disposición de toda la información de la investigación (además de comunicar la imputación), y además el imputado podrá obtener copias de los registros del legajo.¹²⁰ Todas las audiencias son videogravadas, y se garantiza el acceso a la prueba que fundará la acusación, sin tener que esperar a la citación a juicio, como en Córdoba y Buenos Aires.

A pesar de lo resuelto por las cortes, la pervivencia de la “lógica del expediente” en Córdoba y Buenos Aires dificulta el ejercicio efectivo de este derecho en los términos de los estándares latinoamericanos. Solo Chubut balancea esta asimetría mediante la audiencia pública de apertura de la investigación, permitiendo al defensor recurrir a un juez para debatir en audiencia oral y pública el acceso al legajo de investigación, pero al único efecto de obtener una orden para que el fiscal lo exhiba o entregue copias.

3.2. El derecho a defenderse activamente

3.2.1. Derecho a defenderse a sí mismo personalmente

Los códigos de las tres provincias permiten al imputado defenderse personalmente, siempre que no perjudique la eficacia de la defensa ni la normalidad del proceso.¹²¹ En caso contrario, deberá elegir defensor de su confianza o intervendrá el defensor oficial. Solo en Chubut se reinstala al imputado como actor protagónico del proceso penal y se le reconoce la facultad de ejercer su propia defensa aun cuando tenga defensor. En caso de colisión, primará la voluntad del imputado expresada clara y libremente.¹²²

El TSJ sostuvo que aunque la ley no exige ser abogado para defenderse uno mismo, ello “[...] puede propiciar un criterio de incuestionable relevancia para justificar la idoneidad del acusado para desarrollar una defensa técnica eficaz a sus intereses y no perjudicial a la ordinaria sustanciación de la causa”.¹²³ También el STJ encuentra que “las posibilidades de autodefensa del imputado encuentran límite en las

oponga a exhibirlo.

¹²⁰ CPPCH 274, 257.

¹²¹ CPPC 118; CPPCH 91; CPPBA 89.

¹²² CPPCH 9; CCH 45.

¹²³ TSJ, sentencia 32, *Anselmi, Alberto Ángel Alejandro p.s.a. de calumnias e injurias - Recurso de Casación*, de 7 de mayo de 2003. Como podemos observar, se establece un criterio en el que solo se autoriza a una persona a asumir su defensa, si ello no colisiona con el interés público en el “éxito de la causa”.

exigencias de eficacia de la defensa y en el normal funcionamiento del proceso”,¹²⁴ lo que restringe las posibilidades de ejercicio del derecho.

Los jueces y fiscales entrevistados refirieron que muy raramente una persona solicita defenderse a sí misma y casi siempre son abogados. Afirmaron que el resultado fue ampliamente desfavorable para el imputado. Solo Chubut aspira a quebrar esa resistencia, favoreciendo la asunción de un rol central por parte del imputado.

La propia defensa está desalentada en Argentina, en gran medida por el formalismo del proceso penal escrito que requiere el conocimiento de un lenguaje legal abstracto, agravado por una resistencia cultural a permitir el acceso popular a los tribunales.

Sin embargo, crecientemente se comienza a interpretar este principio a favor de los recursos *in pauperis forma*, presentados por una persona presa sin ninguna formalidad y con el objetivo de que su defensor los desarrolle técnicamente.¹²⁵ Es decir, que comienza a tomarse en serio al menos esta forma de autodefensa.

3.2.2. Derecho a elegir y a contar con un defensor de confianza y calidad técnica

Las constituciones de Córdoba y Chubut ordenan que todo imputado tiene derecho a la defensa técnica desde el primer momento de la persecución penal, pero la segunda agrega que cualquier menoscabo a la intervención efectiva del defensor constituye una lesión a la defensa en juicio y que aquel no puede ser molestado ni interceptada su comunicación ni allanado su domicilio o locales profesionales, con motivo de su ministerio.¹²⁶

Los códigos procesales refieren al derecho del imputado a un abogado “de confianza”, lo que implica que la relación entre defendido y abogado cuenta con garantías de confidencialidad y lealtad mutuas, previendo la nulidad de todos los actos desarrollados en violación a este derecho.¹²⁷ Sin embargo, en Córdoba y Buenos Aires

¹²⁴ STJ, Z., *C. M. y Otro c/ T, S. s/ Querella*, sentencia de 24 agosto de 1999.

¹²⁵ Típicamente, en casos de acciones de hábeas corpus interpuestas por personas condenadas que están cumpliendo tiempo en prisión. Habitualmente, estas personas carecen de acceso a un defensor, por lo que es común la utilización de acciones de hábeas corpus sin formalismos.

¹²⁶ CCOR 40; CCH 45. En Chubut no se exige al abogado, en ningún caso ni por ninguna autoridad, la violación del secreto profesional, e incurren en causal de mal desempeño quienes contravienen esta disposición. En la CN y CPBA, este derecho también se enmarca en la garantía de inviolabilidad de la defensa.

¹²⁷ CPPC 118, 185.3; CPPCH 91, 164; CPPBA 89, 202.3.

no regulan en absoluto las condiciones de comunicación entre imputado y abogado ni fijan pautas de confidencialidad y de espacio adecuado para las entrevistas. Solo ordenan que el imputado podrá comunicarse con su defensor inmediatamente antes de cualquier acto que requiera su intervención personal, aunque la nueva Ley de la Defensa Pública de Buenos Aires ha incluido el derecho a la confidencialidad.¹²⁸

El código de Chubut, en cambio, consagra explícitamente el derecho del imputado a entrevistarse con su abogado en condiciones que aseguren confidencialidad, estipulando la responsabilidad del funcionario que lo impida.¹²⁹ No hay formalismos para nombrar un abogado y, en Chubut y Buenos Aires, este puede acceder al registro del caso antes de aceptar el cargo.¹³⁰ En Córdoba, los defensores asumen la defensa a ciegas.

Los imputados pueden elegir a su abogado únicamente si lo contratan por su cuenta. Si utilizan los servicios de la Defensa Pública, se les designará un defensor, generalmente mediante un sistema de turnos y de correspondencia entre oficios judiciales y defensores. El derecho a elegir a un abogado tampoco es absoluto, ya que los tribunales pueden hacer cesar la representación por motivos de conflictos de intereses, falta de capacidad técnica u otros motivos que comprometan la efectividad de la defensa.

No está claramente garantizado el derecho a un abogado de calidad técnica. El único requisito para matricularse y ejercer la defensa privada en las tres provincias es contar con título de abogado y no registrar antecedentes penales, por lo que es un simple trámite administrativo.¹³¹ Obtener el título no requiere una práctica profesional previa y seria, y basta con aprobar todas las asignaturas de la carrera para automáticamente poder solicitarlo mediante otro simple trámite. No existen controles de calidad durante ni después de la obtención del título y la matrícula, ni durante el resto de la vida profesional, más allá de las eventuales acciones disciplinarias.

Por el contrario, para ser defensor público en las tres provincias es necesario contar con cierta experiencia profesional y atravesar un proceso de selección en el que los antecedentes profesionales y académicos serán tenidos en cuenta, lo que –al menos *a priori*– garantizaría cierto nivel de calidad profesional en el servicio de los defensores.

¹²⁸ CPPC 273; CPPBA 152. LOMDP-BA 34.

¹²⁹ CPPCH 82.

¹³⁰ CPPBA 91.

¹³¹ Ley 5805 de Ejercicio de la Profesión de Abogado y Colegiación Obligatoria (en adelante, LEP-COR) 1; Ley 4558 de Colegiación Pública del Chubut (en adelante, LCP-CH) 1; Ley 5177 de Ejercicio Profesional de la Abogacía de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, LEP-PBA) 1.

La CSJN ha reconocido el carácter inalienable de los derechos del imputado a ser asistido por un defensor de su elección.¹³² El TSJ sostuvo que el derecho a la defensa efectiva “se concretiza [sic] en el derecho que asiste al acusado de ser asistido técnicamente por un abogado de su elección –abogado de confianza”.¹³³

Este derecho se garantiza con relativa extensión, porque si bien no hay obstáculos legales para el acceso a un abogado elegido por el imputado, no todos ellos reúnen las condiciones de idoneidad necesarias para desarrollar una defensa efectiva. Casi todos los funcionarios judiciales entrevistados aseguraron que los defensores públicos, en general, brindan un servicio más eficaz, tanto en relación con la intensidad de sus tareas como con la fidelidad al cliente.

Insistimos en el “agujero negro” que existe entre el momento en que una persona es detenida y el momento en que es llevada ante el juez o el fiscal. En dichos momentos, especialmente en las estaciones de policía, se suele negar o demorar la posibilidad de llamar a un abogado particular, sin perjuicio de que los abogados suelen acudir rápidamente cuando finalmente los llaman. En Córdoba, los defensores públicos admiten que suelen transcurrir hasta diez días antes de asumir la defensa de un detenido, para no “quitarles clientes” a los abogados particulares y evitar problemas con el Colegio de Abogados. Los abogados particulares entrevistados manifestaron que a veces no pueden ver a su cliente de inmediato, especialmente en las estaciones de policía.

En Buenos Aires, los defensores públicos entrevistados manifestaron que habitualmente son informados de las detenciones de inmediato y que entrevistan a los detenidos al día siguiente. Los abogados particulares refieren una situación similar a la de Córdoba, con dificultades prácticas cuando los clientes están en la estación policial.

En Chubut existe un protocolo que ordena a los oficiales a cargo de una detención que informen inmediatamente sobre ella a la Defensoría Pública. Esto es importante no solo para favorecer una defensa efectiva en los primeros momentos de la detención, sino también para impedir que se les extraiga información bajo tormento. La ausencia de un protocolo semejante en Córdoba y la carencia de un listado público de abogados penalistas que atiendan emergencias favorecen la práctica de que la misma

¹³² También ha dicho que el Estado debe suplir inmediatamente la inactividad del abogado que abandonó la defensa para garantizar la defensa efectiva del imputado [CSJN, G. 352 XXXIII ROR *Gómez Vielma, Carlos s/ extradición*, sentencia de 19 de agosto de 1999 (Voto del Dr. Eduardo Moliné O’Connor), y SCE 251 L.XL *Enrique, José Humberto s/ Recurso de Casación*, sentencia de 11 de julio de 2006 (Dictamen del Procurador General)].

¹³³ TSJ, sentencia 32, *Anselmi*, cit.

policía “conecte” a los detenidos con ciertos abogados en un marco de corrupción y connivencia descrito por defensores públicos y privados.

Es llamativo que en Argentina los defensores públicos estén mejor conceptualizados que los abogados particulares por parte de los funcionarios judiciales, mientras que los imputados y el público en general consideran que un abogado particular los defenderá con mayor eficacia.

3.2.3. Derecho a ser interrogado en presencia del defensor

Las constituciones de Córdoba y Chubut establecen que será nula cualquier declaración del imputado en ausencia de su defensor.¹³⁴ Los códigos también lo establecen como un derecho fundamental cuya inobservancia acarrea la nulidad de la declaración.¹³⁵

La Cámara Federal de Casación Penal ha resuelto que se vulnera la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, si se reciben las declaraciones del imputado sin la presencia de su defensor.¹³⁶ También el TSJ ha declarado ilegal la incorporación al debate de la declaración que el imputado brindó ante la policía en ausencia de su defensor.¹³⁷

En general, este derecho es respetado por jueces y fiscales, al menos formalmente. Sin embargo, subsiste la práctica policial de interrogar al imputado sin la presencia del defensor en los primeros momentos de su arresto o detención, frecuentemente mediante maltratos. Ello se agrava en Córdoba por la demora en la intervención de la Defensa Pública y la falta de investigación independiente. Por el contrario, en Chubut, la persona detenida es llevada a una audiencia en presencia del juez, acompañada de su defensor, en un término que no puede exceder las 48 horas.¹³⁸

Aunque la información obtenida en estos interrogatorios ilegales no ingresa como prueba durante el debate, en ocasiones es “filtrada” para que aparezca como proveniente de otras fuentes y así posibiliten una condena. Por ello, el comportamiento de fiscales y jueces en estos casos es “sinuoso”.

¹³⁴ CCOR 40; CCH 45. Tampoco este derecho está consagrado explícitamente en la Constitución Nacional ni en la de Buenos Aires.

¹³⁵ CPPC 258; CPPCH 9, 82.6, 86; CPPBA 309.

¹³⁶ En adelante, CFCP, Sala I, Causa 32, *Beltrán Flores, Rosemary y otros s/ Recurso de Casación*, sentencia de 30 de abril de 2013.

¹³⁷ TSJ, sentencia 262, *Márquez, Víctor Alejandro s/ Recurso de Casación*, de 6 de octubre de 2009.

¹³⁸ CPPCH 219. Originalmente, la norma imponía un plazo de 24 horas. La reforma de 2010, impulsada por los fiscales, llevó el plazo a 48 horas. Sin embargo, la práctica es que la audiencia se realiza dentro de las primeras 24 horas posteriores a la detención, salvo en casos complejos.

3.2.4. Derecho a comunicarse en privado con el defensor

Solo la Constitución de Chubut garantiza el derecho del imputado a comunicarse en privado con el defensor, a quien no se le puede exigir la violación del secreto profesional, ni puede ser interceptada su comunicación ni allanado su domicilio con motivo de su defensa.¹³⁹ Únicamente el código de esta provincia consagra explícitamente el derecho del imputado a entrevistarse con su defensor en condiciones que aseguren confidencialidad, estipulando la responsabilidad del funcionario que lo impida.¹⁴⁰

La Cámara Nacional de Apelaciones Federal CNApF cita extensamente la recepción por parte de la Corte IDH del derecho a la comunicación en privado entre el defensor y su cliente, censurando la práctica de que las conversaciones entre abogados y clientes sean oídas por sus vigilantes.¹⁴¹

Sin embargo, los abogados entrevistados manifestaron que este derecho no se respeta cuando el imputado está privado de su libertad. En las unidades de detención suele haber *boxes* para entrevistas equipados con intercomunicadores, pero normalmente están rotos y deben hablar en voz alta e incluso a los gritos. En ocasiones, el abogado debe ingresar a la celda y dialogar con su defendido rodeados de otros presos. En Buenos Aires, un abogado refiere que el lugar para entrevistas se encuentra a unos tres metros de las celdas.

Las oficinas de las defensorías en Córdoba carecen de medidas de seguridad para que los defensores atiendan a sus defendidos, por lo que deben pedir una pequeña oficina en las fiscalías, o entrevistar a los defendidos en las celdas.¹⁴² En ocasiones, solo pueden dialogar en voz baja en un rincón de la misma fiscalía que investiga al cliente, rodeados de empleados y funcionarios.¹⁴³

En Chubut y Buenos Aires, las entrevistas con los detenidos se realizan en las oficinas de la Defensoría y la comunicación con las personas detenidas es fluida.

¹³⁹ CCH 45.

¹⁴⁰ CPPCH 82.

¹⁴¹ CNApF, Causa 43.455, *Perriconi de Matthaeis s/ Procesamiento con prisión preventiva*, sentencia de 22 de octubre de 2009.

¹⁴² Según los defensores entrevistados en Córdoba, esto es un favor personal que no se les permite a los abogados particulares. La Alcaidía se encuentra en el subsuelo del edificio donde funcionan las oficinas de fiscales y asesores letRADOS.

¹⁴³ Como excepción, los defensores de penados de Córdoba refieren que el director del penal de la ciudad de Villa Dolores (a unos 150 km de Córdoba) les cede su oficina para entrevistar a los presos en un marco de intimidad.

Según un informe, el 40% de los imputados privados de su libertad afirmaron que nunca habían sido visitados en la cárcel por su defensor,¹⁴⁴ lo que muestra que la precondition del diálogo está casi ausente. Sin embargo, los defensores públicos de Córdoba manifestaron que visitan los centros de detención al menos una vez por semana, y exhibieron agendas y registros de las visitas y de las llamadas telefónicas de los clientes detenidos.¹⁴⁵

3.2.5. Derecho a contar con un defensor provisto por el Estado cuando el imputado no pueda pagar uno

Las constituciones provinciales consagran el derecho a la asistencia de un defensor público desde el primer momento de la investigación, cuando el imputado no pueda o no desee pagar uno privado.¹⁴⁶ Los códigos y las leyes orgánicas agregan los casos de demora en hacerlo y si el abogado de confianza abandona la defensa,¹⁴⁷ es decir que en ningún momento el imputado puede permanecer sin defensor, y ante cualquier eventualidad los jueces o fiscales designarán uno.

La CSJN ha sostenido que “deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa [...] de tal manera que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio”.¹⁴⁸

No se han observado problemas de acceso a la defensa pública por parte de los actores entrevistados. Sí es claro que la carencia de una estructura autónoma que pueda darse sus propios lineamientos estratégicos condiciona a la Defensa Pública de Córdoba, que permanentemente se encuentra en desventaja material respecto a las fiscalías.¹⁴⁹ Todos los defensores entrevistados manifestaron preocupación por la desproporción entre los recursos con que cuentan los fiscales y con los que cuentan los defensores públicos. Sin embargo, es cuestionable que esa disparidad se utilice para

¹⁴⁴ Véase INECP – OSF 2012, p. 56.

¹⁴⁵ Los presos no pueden recibir llamadas, solo pueden hacerlas. Todos los abogados entrevistados (públicos y privados) manifestaron que atienden siempre los llamados de sus clientes, e incluso los defensores públicos de Córdoba registran los motivos, fecha y hora, y el autor de cada llamada.

¹⁴⁶ CCOR 41; CCH 45; CPBA 15.

¹⁴⁷ CPPC 80, 118, 121, 126; CPPCH 9, 82.3, 91, 95, 97; CPPBA 60.2, 89, 97.

¹⁴⁸ CSJN, 3 S. 1450 XXXII PVA, *Scilingo, Adolfo Francisco s/ su presentación en causa 6888*, sentencia de 06 de mayo de 1997; y en la misma línea, el TSJ en *Anselmi*, ya citado.

¹⁴⁹ La comparación gráfica y descriptiva de Soria (2013, pp. 38, 41) muestra el nombre del Ministerio Público Fiscal en caracteres significativamente mayores que el de la Defensa, acompañada por la comparación entre los recursos de cada una que se mencionan en el punto 2.

justificar la falta de investigación concreta, especialmente en Córdoba y Buenos Aires, puesto que tampoco se optimiza el uso de herramientas como los abogados auxiliares (en Córdoba) para investigar los casos.

Por el contrario, la Defensoría de Chubut está claramente en mejores condiciones operativas para ofrecer un servicio jurídico de calidad. No solo por la dotación de recursos, sino porque además la estructura del proceso y de su organización le permite invertir tiempos y recursos de una manera mucho más efectiva.

De acuerdo con el modelo de “asistencia obligatoria” descrito, la capacidad o incapacidad de las personas imputadas para costear un abogado pasa a segundo plano, porque virtualmente no existe la posibilidad de que el proceso se desarrolle sin la asistencia de un abogado (costeado por ellas mismas o por el Estado).¹⁵⁰ Por ello, la eficacia de los mecanismos para informar a los imputados de su derecho a contar con un abogado provisto por el Estado pierde cierta relevancia, pues toda persona contará con un abogado durante todo el desarrollo del proceso sin importar que sepa que tiene el derecho y aun cuando decida que no desea ejercerlo.

Esto genera dos situaciones: (i) que en la práctica no haya incentivos para que los defensores comuniquen al imputado que están al servicio de sus intereses; (ii) los detenidos que aún no fueron presentados ante una autoridad judicial son el segmento más vulnerable, ya que, si bien las disposiciones que garantizan la efectiva comunicación de este derecho son relevantes, no existen dispositivos que garanticen su comprensión efectiva.

La provincia de Chubut cuenta con dispositivos efectivos para garantizar este derecho, tales como controles de calidad, organización flexible y protocolos de intervención temprana. En otras provincias, los buenos resultados derivan de un gran voluntarismo por parte de algunos defensores, más que de un programa estratégico. La sanción de la nueva Ley de Defensa Pública en Buenos Aires busca revertir esta tendencia.

3.2.6. Derecho a que el defensor preserve los intereses de su defendido sin adhesión a otros criterios o directivas superiores

Este derecho se opone al concepto tradicional de abogado (especialmente el de defensor público) como “auxiliar de la justicia”. Solo la Constitución de Chubut refiere

¹⁵⁰ Ya hemos referido cómo es completamente extraño que un proceso se desarrolle sin que la persona imputada sea representada por un abogado.

explícitamente a la condición de parcialidad del abogado defensor, prohibiendo cualquier menoscabo a su intervención efectiva y preservando el secreto profesional.¹⁵¹ La Ley Orgánica de la Defensa expresamente determina la preeminencia del interés del asistido por sobre cualquier otro.¹⁵²

Mientras que los abogados privados solo están sujetos a reglamentaciones de los colegios de abogados que no integran el Estado, los defensores públicos son empleados públicos de tiempo completo. Los defensores públicos de Córdoba dependen presupuestaria, normativa y disciplinariamente del TSJ, mientras que los de Buenos Aires dependen de la Jefa de los Fiscales hasta que se implemente la nueva ley de organización. Chubut, en cambio, cuenta funcional y presupuestariamente con una estructura autónoma para la Defensa Pública, que garantiza mejor la independencia de los abogados defensores. Las leyes orgánicas de Buenos Aires y Chubut ordenan que los defensores se conduzcan respetando los intereses de sus clientes.¹⁵³

Hay prácticas extendidas que subordinan los intereses del defendido a otras necesidades institucionales. Tal es el caso del uso abusivo del juicio abreviado, puesto que hay fuertes incentivos para que el defensor persuada al defendido de aceptar un acuerdo con el fiscal, debido a su propia imposibilidad de manejar su carga de trabajo. Algunos abogados consideran que podrán terminar su trabajo obviando la etapa de juicio y ganarán “simpatía” con fiscales y jueces, con beneficios en casos subsiguientes. A su vez, los jueces y fiscales podrán cerrar el caso, favoreciendo las estadísticas de productividad. Abogados de Córdoba refieren presiones para que persuadan a sus clientes de adoptar estrategias pasivas, particularmente en casos políticamente sensibles. Un expreso de Buenos Aires relató que “parecía haber un acuerdo entre la Defensoría Pública y la Fiscalía para que permaneciera detenido”.

No siempre hay una comprensión de que el interés primordial es el del defendido. Las leyes consideran a los defensores públicos y privados como “auxiliares de la justicia”, lo que desvirtúa completamente su función de abogado de parte y justifica los incentivos informales para priorizar intereses ajenos. Tampoco las normas éticas sancionan la violación del deber de preservar dicho interés, lo que explica que la escasa jurisprudencia al respecto refiere a la inidoneidad del abogado, más que a la traición de los intereses del defendido.

¹⁵¹ CCH 45.

¹⁵² V 90 3.3.

¹⁵³ Arts. 35 y 37.1, respectivamente. En el caso de Buenos Aires, es parte de la nueva legislación.

Otro problema fundamental es la imposibilidad de los defensores públicos de controlar su carga de trabajo. Las defensorías públicas no cuentan con estándares sobre carga máxima de trabajo por abogado que permitan identificar cuándo se encuentran en riesgo de colapso. En la práctica, la inexistencia de estos controles, en combinación con la duración excesiva de los procesos y la cultura de defensa universal y obligatoria en cabeza de las defensorías públicas, dan lugar a que los defensores deban aceptar casos más allá de sus posibilidades de trabajo efectivo. Esto significa, lisa y llanamente, subordinar los intereses de sus clientes a las metas institucionales u organizacionales de la oficina que lo contrata.

Los problemas de conflictos de intereses son otro aspecto notable. No existen disposiciones organizacionales que indiquen que cuando en un caso hay dos o más coimputados, ellos deban ser representados por abogados diferentes o pertenecientes a diferentes oficinas. A nadie le parece un problema que dos abogados públicos que trabajen en la misma oficina representen a clientes con conflictos de intereses. Solo hay avances en Chubut, cuya Defensa Pública cuenta con estrategias para evitar conflictos de intereses, sobre todo cuando se trata de defender a funcionarios policiales, para lo que pueden contratar a abogados para el caso específico.

3.3. Derechos procesales

3.3.1. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso

En Argentina, la situación de libertad del imputado es la regla tanto a nivel constitucional como procesal.¹⁵⁴ Únicamente se puede imponer la prisión preventiva cuando sea absolutamente indispensable para asegurar el descubrimiento de la verdad y el cumplimiento de una eventual condena.¹⁵⁵ En su implementación legal, sin embargo, existen notables diferencias.

En Córdoba, el fiscal es quien decide sobre la libertad del imputado, ordena la privación de la libertad y dispone su cese, acumulando las funciones que anteriormente acaparaba el antiguo juez de instrucción inquisidor.¹⁵⁶ El mismo TSJ justifica que la privación de la libertad quede en manos de un fiscal, alegando que cumple con

¹⁵⁴ CN 18; CCOR 39; CCH 43, CPBA 10; CPPC 2, 268; CPPCH 212; CPPBA 144.

¹⁵⁵ CPPC 269; CPPCH 213; CPPBA 146.

¹⁵⁶ CPPC 280, 282.

el requisito constitucional de que sea ordenada por una “autoridad judicial”, porque los fiscales integran el Poder Judicial.

En Buenos Aires y Chubut, el fiscal solo puede solicitar tales medidas al juez, quien decide sobre la detención o la libertad del imputado. Si este está preso podrá pedir al juez la recuperación de la libertad en cualquier momento del proceso, tanto si se encuentra meramente detenido o si está sometido a prisión preventiva.¹⁵⁷

En Córdoba y Buenos Aires, estas decisiones se adoptan en un sistema escrito y burocratizado, mientras en Chubut se desarrollan en audiencias orales y adversariales.

El ejercicio de este derecho suele depender del depósito de una caución real que fija el fiscal o el juez, o de los bienes que ofrezca el imputado.¹⁵⁸ En otros casos se impondrá la obligación de pagar una suma de dinero, si el imputado no compareciera al juicio, de la que pueden prescindir, si la consideran innecesaria o si alcanza con una simple promesa del imputado para mantenerlo en libertad.¹⁵⁹ En estos últimos casos, la libertad bajo fianza no exige ninguna suma de dinero.

Además, existen otras medidas cautelares disponibles, como imponerle al imputado la obligación de no ausentarse del país, la ciudad o población donde reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse ante la autoridad los días estipulados, o someterse al cuidado o vigilancia de las personas o instituciones designadas; en Chubut y Buenos Aires se podrá prohibir la comunicación con ciertas personas (siempre que no se afecte su derecho de defensa) e imponer una caución económica.¹⁶⁰

La CSJN expresó en el *Caso Verbitsky* su preocupación por el abuso de la prisión preventiva, en especial en la Provincia de Buenos Aires, y exhortó a sus poderes legislativos y ejecutivos para que adecuen su legislación en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares internacionales.¹⁶¹ También rechazó el uso de la prisión preventiva motivada en el reproche o repulsa social con el fin de combatir la delincuencia.¹⁶² Sin embargo, en el *Caso Acosta*, la misma Corte admitió excepciones a la limitación temporal de la prisión preventiva “en los supuestos de peligros proce-

¹⁵⁷ CPPCH 219, 226; CPPBA 147.

¹⁵⁸ CPPC 292; CPPCH 227.7; CPPBA 182.

¹⁵⁹ CPPC 290, 268.1; CPPCH 227.7; CPPBA 183, 181.

¹⁶⁰ CPPC 268; CPPCH 227; CPPBA 160.

¹⁶¹ CSJN, V. 856 XXXVIII, *Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la Causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, sentencia de 3 de mayo de 2005.

¹⁶² CSJN, H. 356 XXXIV, *Hernández, Guillermo Alberto s/ Recurso de Casación*, sentencia de 21 de marzo de 2006.

sales, de gravedad del delito atribuido o de maniobras dilatorias defensivas”¹⁶³ y de tal modo permite eludir el precedente de la Corte IDH en *Bayarri* que ordenaba su uso limitado.

El TSJ participa de esta posición ambigua: afirma que el valor central de la libertad explica el carácter excepcional de la prisión preventiva, restringida a los casos en que sea absolutamente indispensable para asegurar la investigación y la actuación de la ley. Pero, al mismo tiempo, consagra una presunción de peligrosidad cuando la pena prevista excede los tres años, obligando al imputado a demostrar que no se fugará. Aún más, ha rechazado los planteos concretos de la defensa, demostrando que el imputado no se fugaría, porque “se trata de condiciones que no logran extralimitar la regularidad de situaciones que se verifican en la generalidad de los sometidos a proceso”.¹⁶⁴

Este criterio ha sido revertido por la CSJN, que sostuvo que el carácter irrevocable atribuido a semejante presunción legal no se conforma con los criterios de la Corte IDH puesto que es infundada e impide al imputado exponer razones a favor de su libertad.¹⁶⁵ Como reacción a este fallo, recientemente se agregó al CPPC un extenso catálogo abierto de presunciones de peligro procesal que cristaliza legalmente aquellas creadas jurisprudencialmente por el TSJ; además, indica que previo a cualquier revisión de libertad favorable al imputado en virtud del fallo de la CSJN, los jueces deben averiguar sumarísimamente cualquier circunstancia que pueda limitarla, y darles participación a las víctimas del delito.¹⁶⁶

El TCPBA corrobora el carácter excepcional de la prisión preventiva, que debe ser además proporcional a la tutela del juicio,¹⁶⁷ y admite que cuando se prolonga por un lapso dilatado ocasiona un perjuicio imposible de reparar posteriormente, lo que

¹⁶³ CSJN, A. 63 XXXIV, *Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ robo calificado en grado de tentativa*, sentencia de 8 de agosto de 2012, en relación con *Bayarri vs. Argentina*, sentencia de 30 de octubre de 2008.

¹⁶⁴ TSJ, *Martínez Minetti, Alfredo José y Otros p.s.a defraudación calificada*, sentencia de 23 de julio de 2000; también Sentencia 110, *Bustos Fierros, Hugo César p.s.a. robo calificado - Recurso de Casación*, sentencia de 19 de mayo de 2008.

¹⁶⁵ CSJN, L. 193 XLIX RHE, *Loyo Fraire, Gabriel Eduardo*, sentencia de 6 de marzo de 2014, remitiendo al dictamen del Procurador General, 23 de diciembre de 2013.

¹⁶⁶ CPPC 281. El peligro procesal se infiere, entre otros, de una condena mayor a tres años, la falta de residencia del imputado, declaración de rebeldía, sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior, condena anterior, abandono de tratamientos por adicción, el temor de que el imputado pueda infundir en la víctima y/o testigos durante el proceso o del lugar en que cometió los delitos.

¹⁶⁷ TCPBA, Sala I, *Corbo*, sentencia de 22 de junio de 2000.

la equipara a una condena definitiva.¹⁶⁸ También considera excepcional la mera detención, que no admite la prórroga tácita y si el juez no ordena la prisión preventiva, debe disponer la inmediata libertad del detenido.¹⁶⁹

En la práctica, la aplicación de las medidas de coerción, y particularmente la prisión preventiva, constituye la regla: en 2012, INECIP, ADC y otras 13 organizaciones de la región presentaron un informe ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) denunciando el uso abusivo de esta medida. La provincia de Buenos Aires aloja a casi la mitad de los presos del país (28.878 personas), y al menos el 60% de ellos no tiene sentencia firme.¹⁷⁰ La situación es relativamente similar en Córdoba, donde un 50,8% de las 5.375 personas detenidas no tienen sentencia. En contraste, en Chubut solo el 29% de los detenidos están en esta situación, bien por debajo del promedio nacional.¹⁷¹

El criterio “procesalista” (que aspira a preservar el proceso) es “el único que responde a una reglamentación constitucional de la utilización de la prisión preventiva, mientras que el criterio ‘sustancialista’ [que asimila la prisión preventiva a la pena] es contrario a aquella. A pesar de ello, el criterio ‘procesalista’ en Argentina es una excepción, lo que demuestra que lejos de ser una medida cautelar, el encierro está siendo utilizado como una pena anticipada”.¹⁷² El informe citado sostiene que los tribunales omiten fundamentar la prisión preventiva, puesto que “se usan criterios procesales para denegar la libertad, pero de forma automática y sin indicar cómo operan en el caso concreto estos parámetros”.¹⁷³ Además, se utiliza la supuesta peligrosidad del imputado y sus antecedentes para legitimar el encierro cautelar.¹⁷⁴

Todos los entrevistados (defensores, fiscales, personas presas) coinciden en que las posibilidades de articular una defensa efectiva se comprometen seriamente cuando el imputado está en prisión preventiva, porque a la pérdida de libertad ambulatoria que dificulta ubicar y entrevistar testigos, se suma la pérdida de ingresos derivada de la interrupción de la vida laboral. Según algunos abogados, cuando el imputado llega al juicio en prisión preventiva hay altas posibilidades de que sea condenado a una pena leve, aun sin suficientes pruebas, para poder “justificar” el tiempo que ha estado preso.

¹⁶⁸ TCPBA, *L., J. s/ Recurso de Casación*, sentencia de 25 de noviembre de 1998.

¹⁶⁹ TCPBA, Sala I, *C., E. s/ Recurso de Casación*, sentencia de 28 de octubre de 1998.

¹⁷⁰ INECIP-ADC 2012, p. 8.

¹⁷¹ El promedio nacional de presos sin condena es del 59,50%, según INECIP-OSF, p. 46.

¹⁷² *Ibid.*, p. 12.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 39.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 41.

De hecho, según el informe citado, un 45% de los condenados entrevistados en Córdoba terminó aceptando un juicio abreviado porque ya estaba en prisión preventiva.¹⁷⁵ Los mismos defensores explican que los jueces de control de garantías suelen confirmar casi automáticamente la prisión preventiva dictada por el fiscal (en Córdoba).¹⁷⁶

El tiempo que demora la recuperación de la libertad muestra la relevancia práctica que se le otorga en los tribunales. En Córdoba, si una persona se opone a la prisión preventiva, deberá esperar unos dos meses hasta que decida el juez; y si este confirma la prisión, el imputado deberá apelar ante la Cámara de Acusación, que normalmente tomará otros dos o tres meses. En contraposición, en Chubut, el fiscal solo puede pedirla al juez, en una audiencia pública en la que el imputado podrá dar razones a favor de su libertad; en caso de que el juez ordene la prisión, el imputado podrá pedir la revisión ante otros dos jueces dentro de las 24 horas siguientes.

Ello, sin considerar que en Córdoba pueden transcurrir hasta 20 días entre la detención de una persona y la imposición de la prisión preventiva por parte del fiscal, ya que los fiscales no cuentan los plazos desde su detención, sino desde que reciben el “expediente” y le “toman la indagatoria”. Incluso en esa situación, la persona puede estar sin prisión preventiva por más tiempo, puesto que los fiscales interpretan que los plazos de 10 días entre la detención y el dictado de la prisión preventiva son “ordenatorios”. Una abogada entrevistada relata que uno de sus clientes estuvo detenido tres meses hasta que se le dictó la prisión preventiva.

No existen iniciativas sistemáticas para utilizar de modo generalizado las medidas cautelares alternativas y sustitutivas de la prisión preventiva. Estas medidas, a excepción de la fianza, se perciben como equivalentes a impunidad o falta de control porque no se desarrollaron oficinas o dispositivos capaces de ejercer un control efectivo sobre ellas. El informe citado indica que los tribunales ni siquiera cuentan con registros confiables acerca de qué tipo de medidas sustitutivas o alternativas se aplican, para qué casos, con qué porcentajes de cumplimiento, etc.¹⁷⁷

Se interpretan laxamente las restricciones a la prisión preventiva como instrumento procesal, y la mayoría de las provincias combina el criterio “procesalista” con el “sustancialista”, es decir que aplican la prisión preventiva como sustituta o adelanto de la pena. Se encubre este “sustancialismo” utilizando el tiempo de la eventual condena

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 56.

¹⁷⁶ En Córdoba, en seis de nueve casos sometidos a la revisión del juez de control se confirmó la prisión preventiva. INECIP-OSF 2012, p. 55.

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 21 y 89-90.

como un indicador del riesgo procesal, es decir, como una presunción de que el imputado por un delito penado con más de tres años intentará perjudicar la investigación o fugarse.

Asimismo, la aceptación de los criterios sustanciales por parte de la CSJN y los tribunales provinciales desarticula el diseño constitucional originario, admitiendo la prisión preventiva por razones como la gravedad del delito o el temor de un testigo.

3.3.2. Derecho a participar directamente y en presencia durante el juicio

Este derecho no es mencionado por las constituciones, pero la doctrina ha interpretado sistemáticamente que integra la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio. La ley permite la presencia y participación del imputado durante las etapas previas al juicio, aunque con distinta extensión: en Córdoba se podrá permitir su asistencia cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto, y en Buenos Aires, además, cuando se trate de actos definitivos e irrepetibles. En todos los casos, el acusado deberá estar presente en el juicio.¹⁷⁸ En Chubut, en cambio, la oralización del proceso garantiza los principios de inmediación y contradicción, y el derecho a presenciar todas las audiencias en las que se tomen decisiones jurisdiccionales relativas al imputado.¹⁷⁹

Las leyes no admiten que se juzgue a una persona por un delito en su ausencia, y la no comparecencia del acusado en el juicio (“rebeldía”) es una causa de suspensión de los procedimientos y sus plazos.¹⁸⁰

Este derecho se cumple razonablemente respecto de la presencia del imputado en el juicio, pero no siempre ella significa poder ejercer efectivamente su defensa. Algunas de las personas presas entrevistadas manifestaron que solo pudieron hablar con los jueces que los condenaron durante la audiencia del juicio, y todos ellos sintieron que sus palabras no fueron tomadas en serio. En Córdoba, el 82,85% de los entrevistados “aseguró no haber sido escuchado por el juez”¹⁸¹ Se concede a los imputados la última palabra, pero más como un formalismo ritual que como un elemento importante en el debate.

¹⁷⁸ CPPC 308, 375; CPPCH 169, 307; CPPBA 276, 345.

¹⁷⁹ CPPCH 2.

¹⁸⁰ CPPC 86; CPPCH 85; CPPBA 303.

¹⁸¹ INECIP-OSF 2012, p. 56.

No parece que la presencia de los imputados tenga algún efecto significativo, especialmente cuando el debate transcurre más en discusiones técnicas que sobre los hechos, con el marcado desbalance que observamos a favor de la acusación (jueces que se guían por el expediente del fiscal, la introducción de pruebas por lectura, etc.), especialmente en Córdoba y Buenos Aires. Esto no solo se debe a la cultura altamente ritualista, sino también a una conformación cultural que banaliza la presencia o participación de los imputados.

3.3.3. Derecho a ser presumido inocente y tratado como tal

La CN prohíbe la aplicación de una pena sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso: el principio de inocencia se infiere del mismo artículo, que considera inviolable la defensa en juicio; y así ha sido interpretado sostenidamente por los tribunales. Los tratados internacionales incorporados en el artículo 75, inciso 22, de la CN consolidan este principio.¹⁸²

Las constituciones provinciales establecen salvaguardas similares,¹⁸³ que son replicadas por los códigos; el de Córdoba agrega una cláusula de interpretación restrictiva de las medidas que coarten la libertad personal, limiten el ejercicio de un derecho o establezcan sanciones procesales o exclusiones probatorias, y el de Chubut estipula que no podrán las autoridades presentar al imputado como culpable.¹⁸⁴ Además, establecen que la carga de la prueba corresponde al órgano acusador, que solo podrá obtener una condena, si logra demostrar al tribunal de juicio que los hechos de la acusación están acreditados con “plena certeza de culpabilidad”.¹⁸⁵

La CSJN sostuvo que “toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme”.¹⁸⁶ En el *Caso Díaz Bessone*, la CNCP parece consolidar el principio, al prohibir que la prisión preventiva se imponga automáticamente, pero a la vez legitima las presunciones de peligro procesal siempre que admitan prueba en contrario, lo que equivale a invertir la carga de la prueba, violando el principio de inocencia. El voto en disidencia de la jueza Ángela

¹⁸² CN 18. DUDH 11.1; DADH 26; CADH 8.2; PDCP 14.2; CTTPDC 15; CDN 40.b. I.

¹⁸³ CCOR 39; CCH 43; CPBA 16.

¹⁸⁴ CPPC 1, 3; CPPCH 7; CPPBA 1.

¹⁸⁵ CPPC 406.

¹⁸⁶ CSJN, N. 284 XXXII REX, *Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis CP*, sentencia de 22 de diciembre de 1998.

Ledesma propuso “invertir la pregunta [...] y definir cuándo procede el encarcelamiento preventivo”.¹⁸⁷

El TSJ deriva de ello que “el estado jurídico de inocencia debe ser destruido por la prueba de cargo aportada por los órganos de persecución penal del Estado”.¹⁸⁸ Sin embargo, como vimos en *Bustos Fierro*, también consagra presunciones contrarias al principio de inocencia que no permiten prueba en contrario.

En la práctica, los fiscales y sus agentes suelen degradar este principio mediante el uso abusivo de la prisión preventiva e interpretaciones legales forzadas con el fin de lograr sentencias condenatorias.

Tanto los fiscales como la policía suelen presentar a los imputados ante los medios sin preservar su condición de inocentes y los medios suelen reproducir esa imagen de culpabilidad.¹⁸⁹ Los jueces no son proactivos en el resguardo de la presunción de inocencia.

La extensión del uso de la prisión preventiva y la sinergia entre jueces de garantías y fiscales generan una distorsión entre el principio de inocencia clamado por los jueces y sus prácticas concretas. Los discursos políticos responsabilizan de la inseguridad a los jueces que permiten que “los delincuentes entren por una puerta y salgan por la otra”, lo que fomenta leyes altamente punitivas.

Finalmente, reiteramos la práctica judicial de aplicar condenas (aunque sean leves) sin plena certeza de culpabilidad, para “justificar” el tiempo que una persona estuvo bajo prisión preventiva: el *Caso Carrera*¹⁹⁰ demostró hasta qué punto los jueces pueden condenar a una persona, a pesar de la ausencia de pruebas de cargo sólidas.

¹⁸⁷ CNCP, Plenario 13, *Díaz Bessone*, sentencia 30 de octubre de 2008, voto de la doctora Ángela Ledesma. La misma agrega que “por imperio constitucional es el Estado quien debe demostrar que existen razones que hacen necesario encerrar a una persona durante el proceso, y no, como sucede actualmente, donde se invierte la carga de la prueba y se exige al imputado que demuestre que no eludirá o afectará el accionar de la justicia”.

¹⁸⁸ TSJ, sentencia 66, *Chandler, Javier Horacio y otro p.s.a. de robo calificado - Recurso de Casación*, 4 de julio de 2005.

¹⁸⁹ Los medios tratan de tres maneras básicas la situación de encierro cautelar: “Aquellas que no explican las razones por las que una persona queda en libertad o prisión preventiva y las que informan el contenido o las razones por las que se tomó esa decisión. Dentro de esta última, [...] en muchas ocasiones la información es presentada de forma tal que cualquier dato que se brinde queda opacado por el titular”. INECIP-OSF 2012, p. 95.

¹⁹⁰ Fernando Carrera fue acusado de atropellar y matar a tres personas mientras huía de la policía que lo perseguía por un robo. Carrera demostró que solo circulaba casualmente por el lugar de los hechos, y escapó porque creía que él mismo era víctima de un asalto, ya que los policías no vestían uniforme y su automóvil no tenía identificación ni patente. Estos lo acribillaron.

3.3.4. Derecho a guardar silencio durante todo el proceso

La Constitución Nacional y las provinciales ordenan que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.¹⁹¹ Los códigos reconocen al imputado el derecho de abstenerse de declarar durante todo el proceso. No se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción, amenaza o medio alguno para obligarlo a declarar contra su voluntad, todo ello bajo pena de nulidad.¹⁹² En Chubut, además, se prohíbe a la policía interrogar al imputado sobre el hecho.¹⁹³ La declaración del imputado siempre es un medio de defensa, por lo que el fiscal no puede citarlo a prestar declaración, si no es a su pedido y con la presencia de su defensor. El imputado, además, puede declarar ante el juez en cualquier momento.

La CSJN ha admitido la declaración del imputado en sede policial siempre que no sea producto de una coacción; pero en su voto disidente el juez Zaffaroni fustiga esta solución porque considera dudosa la espontaneidad del imputado (que estaba preso) y recomienda extremar los recaudos para asegurar que la declaración sea espontánea.¹⁹⁴

El TSJ sostuvo que “el principio de inocencia autoriza al imputado a ejercer su defensa a través de un comportamiento procesal pasivo y conlleva la prohibición de obligarlo a declarar contra sí mismo”.¹⁹⁵ La SCBA agrega que en su defensa “el reo puede valerse aun conservando el más cerrado silencio y hasta mintiendo, puesto que nadie está obligado a declarar contra sí mismo”.¹⁹⁶ Pero el TCPBA, a su vez, indicó que “no existe violación a la defensa en juicio del imputado, si al recibírselle declaración se le ha informado respecto del hecho que se le atribuye, de las pruebas existentes en su desfavor, así como que su silencio o su abstención de declarar no implicaría presunción

ron y dejaron inconsciente, estado en el que atropelló a las tres personas. Durante el juicio, su defensa logró demostrar que la prueba de cargo fue “fabricada” para obtener un culpable y exonerar a la policía, pero fue condenado igualmente. La CSJN anuló su condena por graves irregularidades en la investigación, pero volvió a ser condenado por la misma CFCP que ya lo había condenado anteriormente. El caso dio origen a un documental llamado *El Rati Horror Show* (www.youtube.com/watch?v=_u4PcG8S0TI). Véase <http://www.lanacion.com.ar/1610018-masacre-de-pompeya-vuelven-a-condenar-a-fernando-carrera>.

¹⁹¹ CN 18, 75.22; CCOR 40; CCH 45; CPBA 29.

¹⁹² CPPC 259; CPPCH 82.2 y 6, 86; CPPBA 310.

¹⁹³ CPPCH 89.

¹⁹⁴ CSJN, M. 3710 XXXVIII, *Minaglia, Mauro Omar y otra s/ infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)*, sentencia de 4 de septiembre de 2007.

¹⁹⁵ TSJ, *Chandler*, ya citado.

¹⁹⁶ SCBA, Causa P 30.056.

de culpabilidad alguna en su contra, habiéndose, a su vez notificado en forma previa al Defensor".¹⁹⁷

En la práctica, este derecho se respeta "a medias", según relatan las personas presas y los abogados entrevistados. Durante la etapa de investigación y de juicio, generalmente no se obliga a los imputados a declarar en su contra, aunque los fiscales y jueces suelen ignorar las denuncias de apremios mientras aquellos estuvieron en manos de la policía. En Córdoba, la policía suele sugerir a los detenidos por contravenciones que "acepten" una contravención menor a cambio de no ser acusados de delitos.¹⁹⁸

Por otra parte, la introducción por lectura de las declaraciones que el imputado formuló en la investigación también debilita el derecho al silencio durante el juicio, porque todo registro de una declaración que lo perjudique llegará a la vista del juez, aun cuando no sea admitida como evidencia en el juicio.

3.3.5. Derecho a decisiones fundadas

La CN establece de manera oblicua el derecho a una resolución razonada, puesto que la inviolabilidad de la defensa en juicio requiere que las sentencias asienten sobre un razonamiento lógico y legal sólido, lo que las constituciones provinciales explicitan.¹⁹⁹

Los códigos exigen que las sentencias deben contener cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, exponer los motivos de hecho y de derecho en que se basan, determinar con precisión el hecho acreditado y las normas aplicadas, agregando en Chubut que la prueba debe valorarse conjunta y armónicamente y no se podrá reemplazar la fundamentación con la mera lectura de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales.²⁰⁰ En esta provincia, los tribunales colegiados, incluso la Sala Penal del STJ, deben votar y fundamentar individualmente cada voto, mientras que en las otras, las decisiones de los tribunales pueden construirse con el voto fundado de uno de sus integrantes y la simple adhesión del resto.

La violación de la fundamentación adecuada es causa de nulidad a través del recurso de casación por inobservancia o errónea aplicación de la ley, y en Chubut

¹⁹⁷ TCPBA, Sala I, *M., p. s/ Recurso de Casación*, sentencia de 28 de noviembre de 2002.

¹⁹⁸ En un caso concreto ordenaron a un grupo de jóvenes "admitir" desórdenes en la vía pública, aunque en realidad fueron detenidos por fumar marihuana en un parque. Ello fue despenalizado por la CSJN, pero obligaría a los jóvenes a completar trámites judiciales engorrosos y caros.

¹⁹⁹ CN 18. CCOR 155; CCH 169; CPBA 171.

²⁰⁰ CPPC 408; CPPCH 254, 330.3, 329; CPPBA 106.

es, además, causa de mal desempeño y puede acarrear la remoción del magistrado.²⁰¹ Específicamente, la prisión preventiva deberá explicitar en sus fundamentos los indicios de que el imputado tratará de entorpecer la investigación o eludir una eventual condena; en Córdoba, además, deben fundar la escala penal aplicable.²⁰²

En *Carrera*, la CSJN dejó sin efecto una sentencia de la CFCP porque “no trató de modo suficiente y acabado los argumentos planteados por la defensa en el recurso contra la condena con base en los elementos probatorios que expresamente individualizara”.²⁰³ El TSJ también consideró que los fallos deben asentarse en las reglas de la sana crítica racional, cuya ausencia constituye un vicio revisable mediante el recurso de casación.²⁰⁴

Sin embargo, es usual encontrar resoluciones con graves vicios lógicos y formales. En el momento de resolver sobre la prisión preventiva, los jueces utilizan fórmulas vacías que contradicen la evidencia ofrecida. Frecuentemente, las sentencias se asientan sobre información que no ha sido producida en el juicio sino que ingresa a través del “sumario”, es decir que el razonamiento (usualmente condenatorio) se asienta sobre la información provista por una sola de las partes, y no producida en la audiencia oral y pública.

La individualización de la pena suele establecerse de modo bastante liviano y sin el esmero argumentativo aplicado a la determinación de responsabilidad por los hechos acusados. El hecho de que en el mismo juicio, ante el mismo juez y con la misma evidencia deba argumentarse y resolverse sobre ambas cuestiones ya resulta problemático. En Córdoba, los tribunales de juicio pueden utilizar los criterios para la determinación de las penas sin apego a información producida en la audiencia y con niveles de discrecionalidad realmente elevados.²⁰⁵

Un abogado de Córdoba refiere que los jueces suelen “omitar” ciertas informaciones en el acta de debate que puedan contradecir los fundamentos de sus fallos y prohíben a los abogados filmar o grabar las audiencias; y una persona que estuvo presa en Buenos Aires refiere que “no coincidía lo que me secuestraron con lo que me acusaron”. Una defensora oficial menciona “investigaciones mal hechas que se convalidan, nulidades que no se dictan, detener con muy poco y que la Cámara lo convalide”.

²⁰¹ CPPC 468; CPPCH 25, 169; CPPBA 448.1, 456.

²⁰² CPPC 282; CPPCH 223; CPPBA 158.

²⁰³ CSJN, C. 927 XVIV RHE, *Carrera, Fernando Ariel s/ Causa 8398*, sentencia de 5 de junio de 2013.

²⁰⁴ TSJ, Sentencia 242, *Aguirre, Víctor Hugo p.s.a. homicidio calificado, etc. - Recurso de Casación*, 11 de septiembre de 2008.

²⁰⁵ Véase Bertone 2010.

Además, es una práctica absolutamente extendida redactar las sentencias en términos abstrusos que las vuelven incomprensibles para la mayoría de los imputados. Suelen ser excesivamente largas, aunque ello no necesariamente agregue claridad en sus argumentos. El citado *Caso Carrera*²⁰⁶ reveló el nivel de arbitrariedad que suelen padecer las sentencias penales, particularmente cuando –como refiere un abogado entrevistado– algunos jueces parecen ingresar al juicio con el mandato de condenar al imputado.

3.3.6. Derecho a una revisión integral del fallo de condena

Este derecho integra las garantías constitucionales de defensa en juicio, aunque no está textualmente reconocido, salvo en Chubut, cuya constitución ordena que si la condena excede los 10 años intervendrá en consulta el STJ.²⁰⁷ Los códigos describen el recurso contra la condena fundado en la inobservancia o interpretación errónea de la ley sustantiva o de las normas establecidas bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad.²⁰⁸ En Chubut, el recurso del imputado es amplio e incluye la posibilidad de producir prueba en la audiencia.²⁰⁹ En Buenos Aires se admite el recurso cuando la sentencia declare erróneamente la existencia de un hecho y la participación del imputado en él.

Se pueden revisar las sentencias cuya condena se funda en leyes que el imputado ha impugnado como inconstitucionales; o cuando ha sido mal denegado un recurso ante otro tribunal; o cuando luego de la condena se conocen vicios en la autenticidad o veracidad de pruebas o testimonios; o se han cometido delitos o coacciones; o cuando se sancione una ley o surja una interpretación más benigna mientras se sustanciaba el recurso o después.²¹⁰

En el fallo *Casal*, la CSJN ha seguido el precedente de la Corte IDH en el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. A través de dicho fallo incorporó la doctrina del “máximo rendimiento” de los recursos, especialmente el de casación, afirmando que no puede limitarse a un análisis lógico de la aplicación de la ley sino que debe admitirse en forma

²⁰⁶ Al revisarlo y ordenar un nuevo juicio, la CSJN llamó la atención de los jueces inferiores por la cantidad y gravedad de arbitrariedades cometidas en el análisis de la prueba. Toda la prueba favorable a Carreras fue prolíjamente omitida por fiscales y jueces hasta llegar a la Corte Suprema. Nada indica que se trate de un caso excepcional, salvo por la presión mediática en ambos sentidos.

²⁰⁷ CN 18, 75.22; CCOR 40; CCH 45, 179.2; CPBA 15.

²⁰⁸ CPPC 468; CPPCH 374, 375, 377; CPPBA 448, 450.

²⁰⁹ CPPCH 374.

²¹⁰ CPPC 483, 485, 489; CPPBA 450, 448, 461, 467; CPPCH 388, 389.

amplia e incorporar un análisis de los hechos para garantizar el derecho a una revisión integral de la condena.²¹¹ Además, ordenó que en el momento de pronunciarse sobre cuestiones no regladas (como el cómputo de los plazos para recurrir), los tribunales deben optar por la interpretación más favorable a la procedencia del recurso.²¹²

También el TSJ ordenó que el derecho constitucional al recurso se proyecte en la interpretación amplia de su regulación y permita un acceso efectivo a él.²¹³ La SCBA, a su vez, adhirió a *Casal*, explicando que el recurso de casación es la forma de dar cumplimiento al derecho constitucional a la revisión del fallo de condena.²¹⁴ Debe tratarse de “un remedio eficaz, que permita examinar la validez de la sentencia recurrida con relativa sencillez”.²¹⁵ También el STJ refiere a *Casal*, eliminando formalismos y trámites innecesarios para conceder los recursos.²¹⁶

Es verdad que en la práctica se han relajado ciertos excesos formales, sobre todo en Chubut, que prescinde del concepto clásico de recurso de casación. Sin embargo, las demoras excesivas en su trámite (escrito y farragoso en Córdoba y Buenos Aires), lo convierten en poco efectivo cuando se trata de decisiones que requieren una resolución rápida, especialmente cuando el condenado está preso. En estas provincias puede demorar unos seis meses hasta que el imputado obtenga una decisión final sobre su situación de libertad.

Los fiscales, jueces y hasta algunas personas presas entrevistadas han advertido que los recursos muchas veces están muy mal articulados y son rechazados, sobre todo cuando los presenta un abogado particular poco responsable. En contraste, todos los funcionarios refieren que la práctica constante de los defensores públicos les permite presentar recursos mejor articulados y más exitosos que la mayoría de los abogados particulares. Incluso existen oficinas especiales, como el caso de la Defensoría ante el Tribunal de Casación, en Buenos Aires, ocupadas específicamente de trabajar los recursos interpuestos por los defensores públicos.

²¹¹ CSJN, *Casal*, cit.

²¹² CSJN, C. 1787 XL, *Cardozo, Gustavo s/ Recurso de Casación*, sentencia de 20 de junio de 2006.

²¹³ TSJ, Sentencia 152, *Gauna, Ángel Roberto p.s.a. homicidio – Recurso de Revisión*, 28 de diciembre de 2005.

²¹⁴ SCBA, *N., D. s/ Recurso de Casación*, sentencia de 20 de noviembre de 2002.

²¹⁵ SCBA, *B., M. A. Recurso de Casación*”, sentencia de 1 de marzo de 2006.

²¹⁶ STJ, *García, Néstor Fabián y Otros*, cit.

3.3.7. Derecho a la defensa efectiva durante la ejecución de la pena

La ley nacional de ejecución penal (a la que adhieren las provincias) otorga a los internos derechos básicos de defensa contra sanciones disciplinarias.²¹⁷ El interno no podrá ser sancionado dos veces por el mismo hecho y en caso de duda se estará con lo que resulte más favorable.²¹⁸

Las sanciones son recurribles ante el juez de ejecución o juez competente, lo que debe informarse al condenado al notificársele la resolución. Las sanciones y los recursos que interpongan los sancionados deben notificarse al juez por la vía más rápida disponible dentro de las seis horas siguientes a su dictado o interposición, y si el juez no resuelve el recurso del sancionado dentro de los 60 días, la sanción quedará firme.²¹⁹ Los códigos procesales también incluyen el derecho a la defensa técnica del condenado en los incidentes relativos a sanciones, beneficios, derechos y libertades, aunque en Chubut y Buenos Aires estos incidentes también tendrán lugar en una audiencia oral y pública, en contraste con el trámite escrito de Córdoba.²²⁰

Tanto Chubut como Buenos Aires cuentan con registros de torturas en las cárceles, lo que favorece el ejercicio de los derechos de los internos.²²¹

La CSJN ha mantenido que cuando se trata de recursos *in pauperis*, su falta de fundamentación por parte del defensor implica un inadmisible menoscabo de los derechos de defensa, que impide mantener la sanción aplicada al interno.²²² El TSJ regularmente atiende los planteos de los condenados, incluso dispuso recientemente el traslado de una persona *trans* a la unidad de detención de mujeres en atención a su identidad de género autopercibida.²²³ El STJ, en el citado *Caso García*, también recepta el derecho amplio de defensa de los condenados.

²¹⁷ Ley 24.660 (en adelante, LNEP), art. 91. Incluyen el derecho a ser informado de la infracción atribuida, a presentar sus descargos, ofrecer prueba y ser recibido por el director del establecimiento antes de dictar resolución fundada.

²¹⁸ LNEP 92, 93.

²¹⁹ LNEP 96, 97.

²²⁰ CPPC 502; CPPCH 9, 399; CPPBA 1, 498 y Ley 12.256 de Ejecución Penal, 3.a, 9.9.

²²¹ LODP-CH 10.2, 20.2, 21.6; LOMP-BA 24.3. La Resolución del Defensor General de Chubut 86/04 del 6 de julio de 2004 crea el Banco de Datos de Tortura. Disponible en: http://www.defensachubut.gov.ar/userfiles/file/bancodatos/86-04_crea_bd.pdf.

²²² CSJN, S. 62. XL, *Recurso de Hecho Schenone, Carlos s/ Causa 1423*, sentencia de 3 de octubre de 2006.

²²³ TSJ, Sentencia 255, *P, L. D. (o) R. J. s/ Ejecución de pena privativa de libertad*, 2 de septiembre de 2013.

Las personas presas entrevistadas manifestaron que tienen dificultades para recurrir, lo que corrobora el informe citado que indica que el 40% de los entrevistados no pudo apelar la resolución.²²⁴ Sin embargo, los defensores públicos de penados (al menos en Córdoba) exhibieron registros de una gran cantidad de recursos y presentaciones en relación con la condena, las sanciones disciplinarias, y con los beneficios y derechos que corresponden a los internos. También los abogados particulares entrevis-tados manifestaron continuar en ocasiones con la defensa de los condenados, aunque los jueces y defensores de ejecución refieren que son pocos los abogados particulares que prestan un buen servicio a los condenados. Por ello más del 90% de las presenta-ciones a favor de los condenados son realizadas por los defensores públicos.

Todos los entrevistados refieren que, generalmente, cuando una persona es condenada “se queda sin dinero” y por eso difícilmente consigue un abogado particular.

En Chubut, los jueces del Colegio cumplen la tarea de juez de ejecución rotati-vamente por períodos anuales. Todas las cuestiones relativas a la ejecución de la pena se litigan en audiencias orales. Debe remarcarse la política sostenida por la Defensa Pública en Chubut, que realiza acciones permanentes de prevención y denuncia de torturas en establecimientos carcelarios. La Defensoría presenta periódicamente infor-mes de monitoreo de las condiciones de detención.²²⁵

3.4. Garantías de eficacia de la defensa

3.4.1. Derecho a investigar el caso y proponer pruebas

Los códigos procesales garantizan que los hechos y las circunstancias del caso pue-dan ser acreditados por cualquier medio de prueba, lo que es válido también para la defensa, si desea hacerlo.²²⁶ Esto incluye el derecho de buscar evidencias, investigar hechos y entrevistar testigos o expertos, o solicitar que los fiscales los entrevisten. En Chubut, si el fiscal considera impertinentes las medidas propuestas por la defensa, esta podrá reclamar un pronunciamiento definitivo del juez.²²⁷ Solo en Chubut, el código procesal enuncia explícitamente el principio de igualdad de armas.²²⁸

²²⁴ INECIP-OSF 2012, p. 56.

²²⁵ Véase MDPCH 2012.

²²⁶ CPPC 192; CPPCH 165; CPPBA 209.

²²⁷ CPPC 335; CPPCH 195, 198, 209, 278; CPPBA 274.

²²⁸ CPPCH 17.

En Córdoba solo se enuncian genéricamente estas facultades y la posibilidad de controlar la prueba de la acusación. Las leyes de Chubut y Buenos Aires promueven una investigación independiente por parte de la defensa, que puede requerir al fiscal o al juez los servicios de un consultor técnico o de expertos. El juez solo puede negarlo, si lo considera superabundante.²²⁹ Explícitamente se establece el derecho de la defensa a concertar entrevistas privadas con testigos. En Buenos Aires, los defensores pueden pedir al Defensor General la asignación de peritos y expertos para brindar un mejor servicio. En Chubut, la ley prevé un presupuesto especial para contratar auxiliares técnicos, peritos o expertos.²³⁰

En las tres provincias, la defensa puede solicitar adelantos de pruebas, si se estima que los testigos no podrán asistir al juicio o se teme que puedan ser inducidos a falsear su declaración.²³¹

La SCBA requiere que se haya atendido a las medidas propuestas por la defensa.²³² También el STJ ha reconocido este derecho, pero balanceándolo con el interés superior del niño para denegar la reproducción de entrevistas a través de cámara Gesell.²³³

En la práctica, estos derechos son garantizados relativamente. Las principales limitaciones se relacionan con el costo económico de la obtención y presentación de pruebas técnicas y con cierta deficiencia de la cultura jurídica de los defensores para utilizar activamente las herramientas de producción autónoma de prueba. Según los abogados entrevistados, no es habitual que los defensores desarrollen una investigación privada, más allá de conseguir algunos testigos de descargo. Normalmente se limitan a controlar y cuestionar las medidas ordenadas por la Fiscalía y, muy excepcionalmente, si el imputado cuenta con recursos, solicitan la intervención de peritos o expertos. Los defensores públicos también insisten en la falta de recursos para producir ciertas pruebas.

En contextos (como el de Córdoba) donde alrededor del 80% de los casos que llegan a juicio son delitos contra la propiedad y un altísimo porcentaje de ellos son casos de *flagrancia*, persiste el mito de que “investigar” supone contar con amplios recursos técnicos para “hacer pericias”. Más allá del esfuerzo de las defensorías públicas, es unánime la percepción de que solo un defendido con muchos recursos podrá

²²⁹ CPPC 308; CPPCH 125, 167; CPPBA 276, 214. Además, LOMP-BA 35.

²³⁰ LOMP-BA 98; LOMP-CH 62.

²³¹ CPCC 308, 330; CPPCH 186, 279; CPPBA 274.

²³² SCBA, *N. s/ robos reiterados*, sentencia de 9 de noviembre de 1984.

²³³ STJ, *Provincia del Chubut c/ Castro, Eduardo Alfredo*, sentencia de 21 de abril de 2008.

afrontar los costos de pruebas que pueden tener impacto. En Chubut, el sistema ha avanzado decididamente hacia un modelo adversarial, la litigación es más exigente y la defensoría pública ha desarrollado una organización acorde con dichas exigencias. Se observa un desarrollo incipiente de recursos de investigación propios de la defensoría, al igual que presupuesto disponible para requerir dictámenes técnicos.

En este punto incide la cultura jurídica tradicional, en un contexto general de transición hacia sistemas adversariales. Los defensores, en general, no han desarrollado prácticas de contrainterrogatorio. Hay muchos incentivos para que ello no ocurra: los jueces ingresan a la sala de juicios con el expediente de la investigación leído (y con una decisión preconstruida) y es común que suplan la inactividad de las partes en el juicio. Los códigos más antiguos (los de Córdoba y Buenos Aires) ni siquiera regulan detalladamente el contrainterrogatorio. En este contexto, es inusual que los defensores contraexamenen con precisión la prueba de la Fiscalía basados en información de respaldo independiente. Por otra parte, los fiscales suelen interpretar con amplitud su facultad de descartar medios de prueba propuestos por la defensa, lo que termina de dificultar el ejercicio de este derecho.

Que en Argentina el ejercicio de un derecho fundamental siga siendo tan ajeno a las costumbres forenses, y que se asuma que depende tan claramente de los recursos del imputado es incompatible con los estándares latinoamericanos. En efecto, ello conduce a que la defensa no sea proactiva ni basada en una teoría del caso favorable al imputado, sino que siga siendo predominantemente reactiva y crítica en relación con la investigación de la acusación.

3.4.2. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa

Este derecho no está previsto expresamente como tal a nivel constitucional o legal, sino que deriva del derecho a no declarar contra sí mismo. El imputado tiene derecho a guardar silencio y declarar cuando lo prefiera, y como la investigación penal suele desarrollarse a lo largo de varios meses, por lo general cuenta con suficiente tiempo para preparar su defensa.

Los únicos plazos que deben respetarse, bajo pena de nulidad, refieren al abandono de la defensa durante o poco antes de la audiencia de juicio: el nuevo defensor puede solicitar, por única vez, una prórroga máxima de tres días para la audiencia.²³⁴

²³⁴ CPPC 126; CPPCH 95; CPPBA 97.

Esta prórroga apunta a permitir al defensor que prepare una defensa eficaz en un tiempo razonable.

Si durante la audiencia se revelan nuevos delitos o circunstancias agravantes, o un hecho diferente al acusado, el fiscal puede ampliar la acusación y el acusado puede pedir una suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.²³⁵ Una vez que la Fiscalía acusa formalmente, el plazo para fijar el inicio del juicio es de entre 10 y 60 días en Córdoba y Chubut, y dentro de los 6 meses en Buenos Aires.²³⁶

Las leyes de Chubut y Buenos Aires prevén expresamente el derecho del imputado a entrevistarse con el defensor en condiciones que aseguren confidencialidad, lo que implica contar con un lugar adecuado para la preparación de la defensa.²³⁷

Solo la jurisprudencia del TSJ refiere a la necesidad de contar con un tiempo mínimo para llevar adelante una estrategia defensiva, sin el cual el pedido de elevación a juicio del fiscal es nulo.²³⁸

Ninguna de las personas entrevistadas manifestó tener problemas para contar con el tiempo suficiente para preparar la defensa. En cambio, todas indicaron que el acceso a recursos económicos es fundamental para contratar expertos o localizar testigos y llevarlos al juicio, por lo que las posibilidades de ejercicio efectivo de la defensa parecen depender más de los recursos que del tiempo disponible.

En general se permite un libre acceso a la información del legajo de la Fiscalía desde los inicios de la investigación, por lo que, según los abogados, el tiempo con que cuentan para preparar un juicio es normalmente razonable. La práctica de basar la defensa casi con exclusividad en la información reunida por la Fiscalía también contribuye a fortalecer la percepción de que el tiempo es suficiente.

Sobre las posibilidades de contar con un espacio adecuado para que abogado y cliente trabajen en la preparación de la defensa, ya hemos referido que las condiciones de los espacios de reunión, cuando hay detenidos, distan mucho de ser adecuadas.

Por ello, es plausible afirmar que Argentina alcanza los estándares latinoamericanos en relación con el tiempo para preparar la defensa y el acceso al legajo de la investigación. Aunque no los alcanza en relación con el espacio adecuado para que los detenidos se entrevisten con sus defensores en un marco razonable de privacidad, que claramente sigue constituyendo un déficit a nivel nacional.

²³⁵ CPPC 374, 185; CPPCH 316.7, 161; CPPBA 344.8, 202. En Córdoba y Buenos Aires tienen hasta 15 días, y en Chubut, 10.

²³⁶ CPPC 367; CPPCH 300; CPPBA 339.

²³⁷ CPPCH 82.3; LOMP-BA 34.

²³⁸ TSJ, Sentencia 137, *Alfaro Farías, Sergio p.s.a. robo*, sentencia de 20 de abril de 2012.

3.4.3. Igualdad de armas en la producción y el control de la prueba en todas las instancias

Los códigos permiten a la defensa proponer prueba de descargo durante las etapas previas al juicio. Al mismo tiempo, permiten al fiscal rechazarla por impertinente o inconducente.²³⁹ A menudo, esto es percibido por la defensa como un desequilibrio, debido a la falta de una cultura de desarrollo de investigaciones independientes por parte de la defensa.²⁴⁰

En la etapa de preparación del juicio, el procedimiento para ofrecer pruebas es relativamente balanceado. En Córdoba, el tribunal puede rechazar a los testigos propuestos por la defensa, si los cree impertinentes o superabundantes; mientras en Buenos Aires las partes pueden pedir una audiencia preliminar para discutir sobre la prueba, y el tribunal solo puede “sugerir” que prescindan de la prueba superflua, pero no excluir la legítimamente introducida.²⁴¹

Durante el juicio, en Córdoba el tribunal puede introducir nueva prueba a pedido de las partes e incluir los registros de testigos que no comparezcan al juicio o los dictámenes de expertos sin que ellos testifiquen. También pueden contrastar las declaraciones previas del imputado o los testigos con las efectuadas durante la investigación, e interrogar y contrainterrogar a los testigos.²⁴²

En Buenos Aires, el tribunal no podrá basar su sentencia en los registros de la investigación, pero la ley concede varias excepciones a este principio y permite la introducción de numerosos elementos de prueba sin la oportunidad de contraexamen en el juicio.²⁴³

En Chubut, la admisión de la prueba de la Fiscalía y la defensa se debate en una audiencia oral y pública preliminar al juicio, ante un juez diferente a los integrantes del tribunal de juicio. Este juez debe fundamentar su rechazo o admisión de los testimonios ofrecidos, los que igualmente podrán ser aceptados por el tribunal.²⁴⁴ El tribunal de juicio no puede conocer previamente el caso y se prohíbe la introducción por lectura de documentos que no sean absolutamente indispensables; las excepciones a la oralidad están restringidas legalmente.²⁴⁵

²³⁹ CPPC 335; CPPCH 278; CPPBA 273.

²⁴⁰ CPPC 335; CPPBA 334.

²⁴¹ CPPC 363, 364; CPPBA 338.

²⁴² CPPC 365, 385, 397, 396.

²⁴³ CPPBA 366.

²⁴⁴ CPPCH 293, 295, 297, 299.

²⁴⁵ CPPCH 300, 313, 314.

Los testigos y peritos serán interrogados por las partes en el juicio: en primer lugar, quien lo hubiere propuesto y, después, la contraparte. A solicitud de alguna de ellas se podrá autorizar un nuevo interrogatorio y, en caso de contradicción, el juez podrá permitirles que utilicen la lectura de declaraciones o informes anteriores.²⁴⁶ En Chubut, los jueces no podrán suplir las preguntas de las partes, mientras que en Córdoba y Buenos Aires intervienen más activamente, puesto que el presidente del tribunal cuenta con facultades para interrogar a los testigos e incluso para invitarlos a “declarar espontáneamente” antes de ser interrogados por las partes.²⁴⁷

Chubut es la única provincia cuya legislación distingue el interrogatorio directo del contrainterrogatorio.²⁴⁸ Regula la utilización de preguntas sugestivas o indicativas como herramienta de contrainterrogatorio, y prohíbe su utilización durante el examen directo. Córdoba y Buenos Aires regulan los testimonios como una prueba que se produce durante la etapa de investigación (con la técnica legislativa propia de los modelos procesales inquisitoriales) y no distinguen entre interrogatorio y contrainterrogatorio, debido a que, en dicho modelo, quien interrogaba era el juez de instrucción. Las diferencias de legislación impactan en las posibilidades de ejercer en juicio, de modo robusto, la contradicción y el control de la prueba de la contraparte.

La CSJN consideró que incorporar por lectura testimonios de cargo producidos durante la investigación sin control del imputado, impide su “oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra” y violenta el derecho a la defensa efectiva.²⁴⁹ También el TSJ reconoce el derecho “de ofrecer prueba a su favor y, asimismo, asistir y controlar la producción de aquella que se pretenda incorporar al proceso en su contra, en igualdad de condiciones” que la fiscalía,²⁵⁰ pero, a la vez, sostiene que los informes técnicos de la Policía Judicial “para hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares mediante exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica, no requiere control de las partes”.²⁵¹

²⁴⁶ CPPC 396; CPPCH 325; CPPBA 364.

²⁴⁷ CPPC 396; CPPCH 192; CPPBA 364.

²⁴⁸ En la Provincia de Buenos Aires, a finales del año 2013 se aprobó una Ley de Juicio por Jurados. La ley ha introducido cambios en las reglas de producción de pruebas durante el juicio y avanza en la regulación diferenciada del interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos. La ley está en proceso de implementación.

²⁴⁹ CSJN, *Benítez, Aníbal Leonel*, cit.

²⁵⁰ TSJ, Sentencia 178, *Sánchez, Luis Gerardo p.s.a. homicidio culposo agravado - Recurso de Casación*, 30 de julio de 2010.

²⁵¹ TSJ, Sentencia 259, *Druetta, Hilda Haydée y otros p.ss.aa falsedad ideológica, etc.*, 2 de noviembre de 2009. Los efectos de este tipo de concepciones, en un contexto de regulación del juicio oral donde

Por su parte, el TCPBA reconoce como corolario del principio de “igualdad de armas” que cada parte debe asegurar la producción de la prueba en el juicio oral y público.²⁵² El STJ sostuvo que cuando no se toman los recaudos legales para receptar la prueba irreproducible, desaparece la presunción de fe de los actos públicos.²⁵³

Los defensores entrevistados refieren que los jueces de control de garantías en la etapa de investigación tienden a confirmar las decisiones de los fiscales respecto a los testigos y la prueba propuestas por la defensa, debilitando la paridad de armas. Así, el fiscal domina la producción de pruebas en la etapa de investigación, con una débil posición de la defensa que suele quedar sometida a su criterio. La prueba así obtenida ingresará a la etapa de juicio, por lo que la primacía del fiscal también produce consecuencias durante el debate, en el que, además (salvo en Chubut), los jueces guiarán el debate de acuerdo con la teoría del caso del fiscal.

En Córdoba y Buenos Aires es habitual incorporar durante el juicio, como prueba testimonial, las actas de las declaraciones de testigos ante las autoridades durante la etapa de investigación, sin la presencia del acusado y/o su defensor. Esto suele realizarse sin que los testigos comparezcan al juicio. Se trata de registros que no son textuales ni versiones estenográficas de dichas declaraciones, sino interpretaciones hechas a menudo por los dependientes de las fiscalías, sin que siquiera consignen claramente las preguntas junto con las respuestas. Este tipo de práctica no cubre los requisitos de control de la prueba testimonial propios de un sistema de juicio oral.

Un problema adicional, especialmente en Córdoba, es el carácter de documento público atribuido a los documentos de la Fiscalía, que obliga a la defensa a plantear una impugnación especial (la “redargución de falsedad”) extremadamente exigente y rara vez exitosa, lo que fortalece la posición relativa de la acusación.

En todas las jurisdicciones es patente la desproporción entre los recursos materiales de la Defensa Pública y los fiscales, aunque está atenuada en Chubut por su dotación de recursos y su organización institucional orientada a la eficacia de la defensa. La cuestión cultural, relativa a la falta de prácticas efectivas de interrogatorio, también aplica para estas consideraciones.

Un comentario especial requieren las prácticas relativas a la producción de testimonios de víctimas de delitos sexuales, niños, niñas y otros testigos vulnerables. Se

no se establecen con claridad facultades para contrainterrogar utilizando preguntas sugestivas, son claramente dañinos para el ejercicio del control por parte de la defensa.

²⁵² TCPBA, *Z., S. F. s/ Recurso de Casación*, sentencia de 29 de junio de 2010.

²⁵³ STJ, *Zaleski, Cesar*, sentencia de 4 de agosto de 1999.

han extendido prácticas sumamente inadecuadas de utilización de la cámara Gesell, sin mediar protocolos que sigan las recomendaciones internacionales en la materia, ni tomar precauciones para preservar los equilibrios del proceso en su utilización. Junto con ello, se observa la utilización de técnicos, profesionales y equipos completamente inadecuados. Las consideraciones sobre este punto excederían la extensión y los límites del trabajo.²⁵⁴

Es claro que en estas circunstancias no puede sostenerse que exista una paridad de armas real. Acaso solamente Chubut puede razonablemente acercarse a ella, particularmente cuando interviene la Defensa Pública.

3.4.4. Derecho a contar con un intérprete de confianza y a la traducción de documentos y pruebas

En las tres provincias, la ley garantiza el acceso a un intérprete cuando sea necesario traducir textos o declaraciones en idioma distinto al nacional.²⁵⁵ Su designación compete tanto al fiscal como al abogado defensor. Sin embargo, si el imputado pretende nombrar un intérprete o traductor de confianza, deberá abonarle sus honorarios.²⁵⁶

La Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia de Chubut ante la Justicia garantiza los intérpretes a los miembros de los pueblos originarios y a los extranjeros,²⁵⁷ y, además, la justicia penal deberá adoptar decisiones oportunas y asignar los recursos necesarios para cumplir con estos derechos.²⁵⁸

La CNAPC había sostenido que la asistencia de intérprete cuando se trate de actos de defensa debe preservarse al extremo, pero, luego, la CSJN impuso a la defensa la carga de explicar los perjuicios concretos causados por la ausencia de intérprete que le hiciera conocer al imputado sus derechos cuando fue detenido.²⁵⁹

Por otra parte, el TCPBA postuló que cuando el imputado no pueda conocer la naturaleza del caso por hablar corrientemente en idioma indígena, debe tener una nueva posibilidad de declarar, pero con la asistencia de un perito en su idioma;

²⁵⁴ Sobre el particular, véase Cerliani 2012.

²⁵⁵ CPPC 247; CPPCH 86; CPPBA 255.

²⁵⁶ CPPC 246.

²⁵⁷ En adelante, CDCCHJ, 31, 33.

²⁵⁸ CDCCHJ 45. La Carta refiere al STJ, el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, la Asociación de Magistrados y Funcionarios y los Colegios Pùblicos de Abogados.

²⁵⁹ CNAPC, *Hui He Jian s/ Inc. Ley 24.390*, Interlocutorio de 8 de abril de 1999. Posteriormente, CSJN, *Fabbrocino, Giovanni s/ extradición*, sentencia de 21 de noviembre de 2000.

en caso contrario, serán nulas las diligencias que sean consecuencia de la primera declaración.²⁶⁰

Los entrevistados en Córdoba y Buenos Aires manifestaron que rara vez tuvieron que recurrir a un intérprete o traductor, y que cuando los necesitaron fueron pagados por el Poder Judicial. Sin embargo, un caso reciente en Buenos Aires demostró que hay un número incierto de indígenas o inmigrantes presos que jamás comprendieron el idioma en que fueron juzgados, y que, por lo tanto, no pudieron defenderse razonablemente.²⁶¹

Chubut disfruta de una protección legal más extensa, y si bien no cuenta con tribunales que operen en lenguas indígenas, la colaboración con instituciones como la Pastoral Aborigen permite cumplir razonablemente con este derecho.

El esfuerzo realizado por Chubut, la única de las provincias estudiadas que mantiene una población importante que habla sus lenguas ancestrales además del castellano, la sitúa en línea con los estándares latinoamericanos. Sin embargo, la sinuosa jurisprudencia nacional pone en duda que Argentina pueda satisfacerlos en igual medida, puesto que admite numerosas excepciones al derecho a contar en todo momento con acceso a un traductor o intérprete. Ello puede tornar enteramente ineficaz esta garantía, si ya se han producido actos que determinen la suerte del imputado.

4. La cultura profesional de defensores particulares y públicos

4.1. Reglas y percepción sobre el rol de los abogados defensores y sus deberes hacia el cliente

4.1.1. El rol de los abogados en las leyes colegiales

En todas las provincias, la colegiación de los abogados es obligatoria. Los colegios de abogados son personas jurídicas públicas no estatales creadas por ley, gobernadas por los propios abogados mediante cuerpos representativos elegidos por sus pares periódicamente en elecciones libres.²⁶² Las leyes colegiales no describen el rol de los abogados, solo mencionan las facultades de asesorar, patrocinar, representar y defender, y afirman

²⁶⁰ TCPBA, Sala I, R., E. s/ Recurso de Casación, sentencia de 12 de mayo de 2009.

²⁶¹ Se trata de una mujer de nacionalidad boliviana perteneciente a la etnia Ki-Chwua que fue juzgada y condenada sin intervención de un intérprete. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-231199-2013-10-14.html>.

²⁶² LEPACO 1.4, 31, 38; LCPCH 2.b, 17, 23; Ley 5177 1.2, 18, 34.

que gozan del respeto y consideración debidos a los magistrados.²⁶³ En Córdoba y Buenos Aires se consideran colaboradores del juez y al servicio de la justicia, lo que confronta con la obligación de representar exclusivamente los intereses de sus clientes, como sí lo prevé la ley de Chubut.²⁶⁴ Solo esta incluye el deber de observar las constituciones nacional y provincial, que fundamenta un compromiso con el orden constitucional ausente en las otras leyes.²⁶⁵ Además, consagra un capítulo entero del código de ética a sus deberes hacia el orden jurídico-institucional.²⁶⁶ En Buenos Aires, este mandato está encomendado a los colegios de abogados departamentales.²⁶⁷

Casi todos los abogados entrevistados manifestaron que asumen una postura comprometida con la defensa de sus clientes, en muchos casos aun cuando no puedan pagarles; pero también denuncian extendidas prácticas perjudiciales, como la de mentir a los clientes o no proveerles información completa y actual, o no molestarse en investigar y preparar el caso. Esto es confirmado por funcionarios judiciales que mencionan prácticas como la presentación de escritos notoriamente inconducentes para aparentar una mayor labor profesional y el habitual abandono de la defensa cuando el cliente ya no tiene dinero.

Las personas presas entrevistadas corroboran que muchas veces sintieron que sus abogados estaban “arreglados” con la policía, fiscales y jueces, aunque no dieron ejemplos concretos de ello. No obstante, el hecho de que los clientes tengan esta percepción evidencia problemas en el goce del derecho a contar con un abogado de confianza.

4.1.2. Normas éticas y sanciones disciplinarias

Las leyes que regulan el ejercicio de la abogacía contemplan solo dos deberes para con los clientes: guardar el secreto profesional sobre los hechos conocidos con motivo de su intervención y atender los juicios mientras mantenga su defensa, informando a sus clientes con antelación si la abandonará.²⁶⁸ También enumeran faltas éticas, a las que solo la ley de Chubut agrega la ineptitud manifiesta u omisiones graves en el cumplimiento de sus deberes profesionales.²⁶⁹ Su Código de Ética establece el deber general

²⁶³ LEPACO 16.1, 17; LCPCH 5; Ley 5177 56.

²⁶⁴ LEPACO 19.1; Ley 5177 58. LCPCH, Anexo 1, 17.h.

²⁶⁵ LCPCH 6.a.

²⁶⁶ LCPCH, Anexo A, 5-8.

²⁶⁷ Ley 5177 19.9.

²⁶⁸ LEPACO 19.7 y 8; LCPCH 6.g; Ley 5.177 58.

²⁶⁹ LEPACO 21; Ley 5.177 25; LCPCH 48 c y d. Son faltas éticas abultar maliciosamente la importancia del caso para aparentar mayor labor profesional, abandonar o descuidar inexcusablemente la

de atender permanentemente su capacitación profesional y ordena que los abogados velen por la preservación de los derechos y garantías constitucionales del cliente, especialmente en cuestiones penales.²⁷⁰

Todos los entrevistados coinciden en que hay una significativa proporción de abogados que incumplen estas reglas. Los funcionarios judiciales mencionan escritos mal fundados, casi inexistente estrategia defensiva y recursos mal planteados o inoportunos; coinciden con las personas presas entrevistadas en que varios abogados particulares cobran a los imputados, presentan un par de escritos y luego se desentienden del caso. Una abogada relata que parte de su éxito profesional consiste en cumplir tareas elementales como investigar el caso, que, por lo general, está mal planteado por las fiscalías; por lo tanto, señala que no hay excusa para el comportamiento indolente de otros colegas.

Los defensores públicos y algunos abogados particulares aseguran que hay abogados que sobornan a policías para que los contacten con los detenidos, y a fiscales y jueces para obtener la libertad o desvinculación del caso. La omisión de restituir fondos y documentos constituye un delito, y al menos en Córdoba no es infrecuente que abogados penalistas sean juzgados y condenados por ello.

Quien se vea perjudicado por una defensa notoriamente defectuosa deberá iniciar un engorroso procedimiento que incluye denuncia, confirmación por escrito, notificación al acusado, presentación de pruebas, alegatos y resolución con su etapa recursiva, todo ello con el rigorismo propio del proceso judicial. Es comprensible el cuidado del derecho de defensa del abogado cuestionado, pero la complejidad y el tiempo que insume cualquier planteo son fuertes obstáculos para cualquier ciudadano, especialmente si ya ha sido perjudicado por una mala defensa. Esto, junto con la falta de controles de calidad profesional periódicos, estandarizados e independientes, incentiva la despreocupación y el bajo nivel general percibido de la profesión jurídica, a la vez que explica la situación de vulnerabilidad de las víctimas de mala praxis jurídica.

El Tribunal de Disciplina de Abogados de Córdoba no pudo informar cuántas de sus sanciones se aplicaron a abogados penalistas.²⁷¹ Solo indica que la mayoría de ellas

defensa, renunciar intempestivamente al patrocinio sin dar al cliente el tiempo suficiente para que lo reemplace, demorar injustificadamente la entrega o restitución de fondos o documentos confiados por los clientes, informar falsa y maliciosamente sobre el estado de la causa en que intervenga y violar los deberes de secreto profesional.

²⁷⁰ LCPCH, Anexo I, 9.c, 17.

²⁷¹ Durante 2012 atendió 310 casos, de los que resolvió 112; informa que entre febrero y marzo de 2013 dictó 29 sentencias con 20 sanciones: aplicó 5 apercibimientos privados, 11 apercibimientos

se impusieron en la ciudad capital, lo que sugiere que allí la práctica está más degradada, o que denunciar a un abogado es más difícil en el interior, o una combinación de ambas cosas. El Colegio de Abogados de La Plata tampoco distingue sanciones aplicadas a penalistas.²⁷²

Los jueces pueden solicitar a estos órganos que apliquen sanciones o multas a los abogados, pero no lo hacen regularmente. Se advierte un comportamiento muy corporativo de la abogacía: las entrevistas confirman que mientras en privado los jueces suelen criticar genéricamente el nivel del ejercicio profesional, no se registran (sino excepcionalmente) pedidos de sanciones o aplicaciones de multas. Los propios jueces suelen justificar su intervención en el proceso a favor del imputado (y excediendo sus facultades), por considerar que la defensa no trabaja adecuadamente; aunque, al mismo tiempo, no piden sanciones disciplinarias en tales casos. Como contracara, los abogados también se quejan frecuentemente y en privado acerca del comportamiento de los jueces, pero muy pocas veces los denuncian o usan los recursos legales con que cuentan para acusarlos.

4.2. Los colegios de abogados y su rol

En cada circunscripción judicial de las tres provincias existen colegios de abogados de matriculación obligatoria cuyo rol es gobernar el ejercicio de la profesión de abogado y cumplir funciones gremiales, garantizando el libre ejercicio de la profesión.²⁷³ A pesar de sus funciones declaradas,²⁷⁴ los abogados entrevistados los perciben como instituciones distantes de su experiencia profesional cotidiana. Rara vez defienden consistentemente el derecho a ejercer una defensa de calidad, y casi exclusivamente cuando los problemas sufridos por los abogados adquieren resonancias escandalosas. Por el contrario, no reaccionan frente a las prácticas judiciales que atentan contra la defensa

públicos, 2 multas y 2 suspensiones. Informe del Tribunal de Disciplina de Abogados de la Provincia de Córdoba, 3 de julio de 2013.

²⁷² Con 9.064 abogados activos durante 2012 han aplicado solamente 2 suspensiones, 2 advertencias individuales y 2 advertencias en presencia del Consejo Directivo. Informe del Colegio de Abogados de La Plata, 1 de febrero de 2013.

²⁷³ LEPACO 1.2; LCPCH 2.b; Ley 5.177 18.

²⁷⁴ Asumen la defensa y asistencia jurídica de personas sin recursos; denuncian las irregularidades y deficiencias en el funcionamiento de los organismos públicos, y las situaciones que requieran la defensa del valor justicia para el aseguramiento de los derechos constitucionales; y fijan las bases para un sistema de ayuda judicial que permita el acceso a la justicia. LEPACO 32; LCPCH 20; Ley 5.177 19.

efectiva de los imputados, como el sistemático desconocimiento de los plazos procesales por parte de las fiscalías, las dificultades para acceder a la información relativa a sus casos o la falta de justificación de la prisión preventiva.

Tampoco les atribuyen un rol relevante en el cuestionamiento y diseño de políticas públicas para el acceso a la justicia, ni la promoción de conocimiento jurídico relevante o de actividades de capacitación de alto nivel. Los pocos abogados que mencionan haber tomado cursos dictados por los colegios admiten que fueron de nivel modesto y solo útiles al inicio de la carrera profesional.

4.3. Responsabilidad de los colegios profesionales en la asistencia jurídica gratuita

Los colegios profesionales deben contribuir a la asistencia jurídica gratuita de personas sin recursos, aunque en el caso específico de Trelew (Chubut), la defensa penal está excluida de sus incumbencias, y los otros informaron que no atienden casos penales, los que derivan directamente a las defensorías públicas.²⁷⁵ Ninguno de los abogados privados entrevistados fue citado jamás por los colegios para asistir gratuitamente a una persona sin recursos, lo que solamente ocurriría en los pueblos del interior de las provincias.²⁷⁶

Según los defensores públicos, únicamente colaboran con abogados particulares cuando defienden a distintos imputados en el mismo caso, y suelen acordar estrategias defensivas conjuntas o compatibles. Eventualmente, también los consultan cuando defienden sucesivamente al mismo imputado. En Chubut, los abogados privados suelen ser contratados por la Defensoría Pública para atender casos en poblaciones donde no resulta justificado contar con un defensor público de tiempo completo, o en casos de conflictos de intereses (por ejemplo, en casos de violencia policial, si los imputados solicitan defensa gratuita y la Defensoría Pública interviene como querellante).

²⁷⁵ LEPACO 32.15; LCPCH 20.d; Ley 5.177 19.2; Reglamento Interno del Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio Público de Abogados de Trelew, art. 7. Según informe verbal del director del Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio de Abogados de Córdoba, informe del Colegio de Abogados de La Plata ya citado, e informes de 5 y 13 de agosto, respectivamente, de los Colegios de Abogados de Comodoro Rivadavia y Trelew.

²⁷⁶ En 2005, INECIP junto con otras organizaciones de Córdoba creó un programa de Extensionismo Jurídico, pero el Colegio de Abogados amenazó con una denuncia penal que alejó a varios actores comprometidos con el acceso a la justicia y debilitó el proyecto. Luego, la conducción del Colegio en pleno admitió que el programa no constituía un ejercicio ilegal de la profesión, pero mantendrían su posición pública por la inminencia de las elecciones colegiales.

4.4. Mecanismos de control de calidad del servicio jurídico

No existen en Argentina mecanismos de control de la calidad de los servicios jurídicos privados. La labor de los abogados solo será revisada por tribunales disciplinarios en casos extremos de una grosera falta disciplinaria o ética, pero no existen herramientas para monitorear y garantizar estándares mínimos de trabajo, ni corregir problemas estructurales de las prácticas forenses.

El Tribunal de Disciplina de Abogados de Córdoba es independiente del Colegio de Abogados, sus miembros no pueden integrar el directorio del Colegio,²⁷⁷ tiene la responsabilidad exclusiva de tratar las cuestiones disciplinarias y procede de oficio o por denuncia. Por el contrario, en Chubut y Buenos Aires, el mismo Colegio asume la función de fiscalizar el correcto ejercicio profesional y ejercita el poder disciplinario con independencia de la responsabilidad civil, penal o administrativa de los matriculados.²⁷⁸

Ninguno de los abogados entrevistados manifestó haber sido supervisado o controlado jamás en el ejercicio de su profesión. Admiten que han recibido quejas de sus clientes, pero lo consideran un evento natural de la profesión, generalmente debido a malentendidos o a la ansiedad de imputados y sus familiares por obtener la libertad rápidamente. Únicamente uno de ellos manifestó haber sido denunciado al Tribunal de Disciplina, que desestimó la queja.

Casi todos los entrevistados manifiestan realizar cursos, que en Chubut son obligatorios. Pero pocos de esos cursos son de entrenamiento profesional aplicable a un caso concreto y suelen ser interrumpidos por falta de tiempo o de recursos para completarlos.

4.5. La independencia profesional de los abogados defensores

Las leyes colegiales enuncian a la defensa del libre ejercicio de la profesión como una de las funciones de los colegios.²⁷⁹ La ley de Chubut agrega que la protección de la libertad y dignidad de la profesión de abogado forma parte de sus finalidades.²⁸⁰ Las leyes de Chubut y Buenos Aires agregan que la oficina del abogado es inviolable en resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio, y no podrá ser allanado,

²⁷⁷ LEPACO 55. A pesar de ello, existen fuertes vínculos entre ambas instituciones.

²⁷⁸ LCPCH 43; Ley 5.177 19.3.

²⁷⁹ LEPACO 32.4; LCPCH 21.J; Ley 5177 19.4, 42.5.

²⁸⁰ LCPCH 1; Anexo 1, 4.

ni molestado en su ejercicio; mientras en Córdoba solo deberá informarse al Colegio antes de un allanamiento.²⁸¹ El código de ética de Chubut agrega la obligación de respetar rigurosamente todo secreto profesional y oponerse ante los jueces u otra autoridad que pretenda su revelación..²⁸²

Los abogados particulares señalan que algunos colegas renuncian a esa independencia para no “enfrentarse” con jueces y fiscales, tolerando prácticas que perjudican su defensa. Argumentan que el cliente pasa, pero uno debe continuar litigando en el mismo fuero y ante los mismos funcionarios. En esos casos surge una clara incompatibilidad de intereses: un cliente puede necesitar una estrategia defensiva agresiva, pero su abogado deberá recordar que si se enfrenta con los fiscales o jueces, sus chances de éxito en futuros casos seguramente decrecerán. De tal modo que se someten los intereses concretos de clientes a cálculos de beneficio propio para el abogado o para futuros clientes.

5. Derechos de los pueblos originarios

5.1. Reconocimiento normativo de los pueblos originarios

Existen grandes poblaciones indígenas en las tres provincias, pero en Argentina no hay normas nacionales específicas que contemplen sus particulares necesidades de defensa penal, a pesar del expreso mandato constitucional conferido al Congreso de la Nación.²⁸³ Solo Chubut asume la diversidad cultural y regula los derechos de los pueblos originarios en su Constitución Provincial y el CPPCH.²⁸⁴

La Defensa Pública de Chubut suscribió un convenio marco de cooperación técnica con el Equipo Nacional de Pastoral Aborigen para difundir y defender los derechos de los pueblos originarios,²⁸⁵ y se compromete a promover la formación

²⁸¹ LEPACO 33; LCPCH 7.e; Ley 5177 69.

²⁸² *Ibid.*, Anexo 1, 9.h.

²⁸³ Desde la reforma constitucional de 1994, el Congreso de la Nación tiene la atribución de “[r]econocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizar el respeto de su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural [...] [a]segurar su participación en la gestión referida a [...] los demás intereses que los afecte” (CN 75.17). Según el Atlas de los Pueblos Indígenas del Ministerio de Educación, habría en Argentina 600.329 personas pertenecientes o descendientes de aborígenes de primera generación.

²⁸⁴ Ambas refieren al Convenio OIT 169 9.2: CCH 34; CPPCH 33.

²⁸⁵ Véase, Convenio Marco suscripto en diciembre de 2003, que prevé: 1) Asistencia técnica recíproca. 2) Diseño y ejecución de campañas de promoción sobre mecanismos nacionales y provinciales de

constante de los agentes que integran el organismo. Asimismo, el Defensor General ha resuelto “adoptar desde las Oficinas de la Defensa medidas especiales para garantizar una atención adecuada a los ciudadanos indígenas y sus comunidades, respetando y haciendo respetar sus pautas culturales, lengua, religión y organización social”.²⁸⁶ La Defensoría incluyó entre sus lineamientos estratégicos la sensibilización de su personal en cuestiones de derecho indígena, y dispuso que una abogada adjunta especialista tenga intervención en casos de vulneración de estos derechos.²⁸⁷

5.2. Instituciones específicas para la defensa de miembros de pueblos originarios

No existen instituciones específicas en Córdoba ni Buenos Aires. Solo Chubut ha entrenado a la Defensa Pública para cumplir este rol, nombrando abogados con especialidad en derecho indígena con sede en la ciudad de Esquel, pero con incumbencia en toda la provincia.²⁸⁸

No hay registros de jurisprudencia en esta materia. Los tribunales del país ocasionalmente han obligado a los gobiernos a disponer organismos o políticas públicas

protección de derechos de las comunidades, organizaciones, pueblos indígenas y sus miembros. 3) Articulación de recursos materiales, humanos y de cualquier tipo. 4) Promoción de legislación y prácticas administrativas, legislativas y jurisdiccionales nacionales y provinciales, en armonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos. 5) Presentación conjunta de dictámenes, proyectos normativos, denuncias, acciones administrativas y judiciales, y en particular asumir la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Disponible en: www.defensachubut.gov.ar.

²⁸⁶ Véase Anexo a la Resolución del Defensor General 25/06 de fecha 23 de marzo de 2006: *Atención especial a grupos vulnerables*, art. 2. Disponible en: www.defensachubut.gov.ar.

²⁸⁷ Véase Resolución del Defensor General 88/11 de fecha 7 de abril de 2011. Disponible en: www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2804. Sobre los programas de Sensibilización y Capacitación de Operadores Claves del Derecho Indígena en Chubut, véase www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2845.

²⁸⁸ Véase Resolución 99/11 de fecha 14 de abril de 2011. Disponible en: www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2803. Para evitar que la sobrecarga de trabajo limite su eficacia, la abogada solo recepta casos que involucran a indígenas, y se dispuso que su traslado para intervenir en los lugares que lo requieran será de la forma más desburocratizada posible. Los abogados y funcionarios entrevistados no recibieron ningún entrenamiento específico para abordar cuestiones indígenas, incluyendo los jueces, fiscales y defensores públicos de Chubut (aunque ninguno de ellos trabaja en Esquel). Algunos funcionarios sostuvieron que la única formación recibida surge de la práctica que los pone en contacto con miembros de minorías.

específicas para la promoción de derechos de los pueblos originarios, pero no en materia de defensa penal.²⁸⁹

Hay en Esquel una frecuencia diaria de atención de personas pertenecientes a pueblos originarios, tanto individuales como de las autoridades comunitarias. Estiman unas 200 consultas de más de 30 comunidades, y constantemente ingresan nuevos casos.²⁹⁰

5.3. Abogados especializados en la defensa de miembros de pueblos originarios

La Defensa Pública de Chubut informó que en la provincia hay varios abogados particulares especializados en la defensa de pueblos indígenas, y que al menos dos de ellos trabajan en Esquel.²⁹¹ En Buenos Aires, la Comisión Provincial por la Memoria mantiene un programa de pueblos originarios y migrantes que procura la aplicación de la interculturalidad en diversos estamentos del Estado.²⁹² Esta organización detectó la presencia de miembros de pueblos originarios detenidos que no pudieron darse a entender en su idioma nativo.²⁹³

Aparte de ellos, existe a nivel nacional una Asociación de Abogados y Abogadas de Derecho Indígena (AADI) que procura promover el reconocimiento de Argentina como una república plurinacional; impulsar el pleno reconocimiento y eficacia del derecho indígena; fomentar la investigación jurídica; obtener el reconocimiento de la

²⁸⁹ En un caso de usurpación en Chubut, la CSJN pudo haber tratado las necesidades específicas de defensa penal de los grupos indígenas y sus derechos sobre las tierras que históricamente ocuparon, pero lamentablemente omitió hacerlo; solo anuló por arbitraría una resolución que mantenía a los imputados sometidos a un proceso penal. El caso de todos modos refleja la vulnerabilidad de los grupos originarios porque la persecución penal de los imputados fue insistentemente promovida por la querella particular mediante recursos constantes, a pesar de que el Ministerio Público había sobreseído a los imputados en cuatro oportunidades. CSJN, *F. Mauricio s/ Causa 2061*, Dictamen del Procurador Fiscal, de fecha 31 de octubre de 2007, al que adhirió la Corte. Disponible en: www.defensachubut.gov.ar/?q=node/3039.

²⁹⁰ Informe de la Defensoría Pública de Chubut, de fecha 7 de octubre de 2013.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Disponible en: www.comisionporlameoria.org/comision.php?a=7. Para mayor información sobre el caso, véase: www.congresoestudiosposcoloniales.wordpress.com/2013/10/14/mujer-pobre-boliviana-indigena-garantias-para-una-condena-segura/.

²⁹³ Tribunal Oral 1 de la Ciudad de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, *Maraz Bejarano Reina, Tarija Juan Carlos y Vilca Ortiz Tito s/ Delitos: Homicidio Agravado “criminis causa”, Homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas*. No ha sido posible encontrar las resoluciones pertinentes.

autonomía científica del derecho indígena; y proteger a los defensores de los derechos indígenas.²⁹⁴ Esto es importante, puesto que el amedrentamiento que sufren las comunidades se hace extensivo a los abogados que las defienden.²⁹⁵

Sin embargo, se destaca la renuencia de los jueces a aceptar peritos o intérpretes en lenguas aborígenes, así como la insuficiente cantidad de abogados en condiciones de defender eficazmente los derechos de las comunidades.²⁹⁶

5.4. Audiencias en lenguas ancestrales

En ninguna de las jurisdicciones existen normas que permitan audiencias en lenguas ancestrales, ni siquiera en Chubut, a pesar de su amplio desarrollo, aunque es la provincia con mayores probabilidades de implementarlas. La Defensa Pública informa que ocasionalmente algunos miembros de los grupos utilizan su lengua ancestral en las audiencias.

5.5. Reconocimiento de penas impuestas por tribunales indígenas

Tampoco existe ninguna norma que contemple el reconocimiento de penas impuestas por tribunales indígenas. No existen tribunales penales ordinarios compuestos por miembros de pueblos originarios, y las instancias de procesamiento de conflictos interétnicos entre los pueblos que las poseen no cuentan con reconocimiento legal por parte del Estado nacional o de las provincias.

Los jueces argentinos tienen severos problemas para reconocer sanciones impuestas por comunidades originarias y para balancear derechos fundamentales con el respeto a la diversidad cultural. En ocasiones han pretendido prestar atención a las culturas ancestrales sin detenerse a estudiarlas ni consultarlas, derivando en una denegación de justicia.²⁹⁷

²⁹⁴ Véase, AADI. Disponible en: www.derechosindigenas.org.ar/.

²⁹⁵ Véase, AADI 2011, p. 29.

²⁹⁶ *Ibid.*, pp. 34-35. Del relato periodístico sobre el *Caso Maraz Bejarano* surge que la imputada solo accedió a una intérprete del idioma quechua, luego de estar detenida durante más de tres años, y que solamente obtuvo la posibilidad de una nueva declaración asistida por la intérprete.

²⁹⁷ Así, han llegado a absolver a un imputado por considerar que mantener relaciones sexuales con una niña de 9 años es una práctica aceptada por la comunidad en que viven, a pesar de que las mismas mujeres de la comunidad cuestionaron fuertemente esta asunción. Véase Corte de Justicia de Salta, *Ruiz, J.F.*, sentencia de 29 de septiembre de 2006, analizado por Guiñazú 2010, p. 271.

En otro caso extremo, dos jueces sostuvieron, en disidencia, la absolución de tres imputados por violar a una niña indígena. Alegaron que “el llamado ‘chino’ es una pauta cultural de nuestro

La AADI advierte que “el código penal no recepta el respeto a las costumbres indígenas en la materia”, y que “los códigos de procedimientos carecen de normas especiales de protección de la cultura indígena, desconocen sus derechos colectivos y desvalorizan sus instituciones y tradiciones, las que siempre se hallan en desventaja frente a conflictos con el Estado o particulares de la cultura hegemónica”.²⁹⁸ El Estado desconoce tanto los procesos comunitarios que imponen sanciones como la sanción en sí misma, por lo que los miembros de las comunidades están expuestos a ser penados dos veces por el mismo hecho: primero por sus comunidades y luego por el Estado.

6. El compromiso político para la defensa penal efectiva

6.1. La cuestión penal en el discurso público

La cuestión criminal ocupa el centro de las preocupaciones públicas y el discurso político, con un correlato desproporcionado entre los delitos graves (que parecen declinar) y las tasas de encarcelamiento, que no cesan de crecer.²⁹⁹ Una encuesta muestra que la preocupación más grave para los argentinos era la delincuencia, con un 35% de incidencia en las respuestas.³⁰⁰ Un reciente estudio sobre los problemas del gobierno de Córdoba otorga a la inseguridad el 32% de incidencia, a la que debe sumarse el narcotráfico (3,9%), la violencia entre jóvenes (1,3%), la trata de personas (1,3%) y la

oeste provincial. Se trata de jóvenes criollos que salen a buscar ‘chinitas’ (aborígenes niñas o adolescentes) a las que persiguen y toman sexualmente por la fuerza. Se trata de una pauta cultural tan internalizada que es vista como un juego juvenil y no como una actividad, no ya delictiva, sino denigrante para las víctimas”. Disidencia de los jueces Tievas y Hang, Tribunal Superior de Justicia de Formosa, fallo *González, Rubén Héctor – Bonilla, Hugo Oscar – Santander, Sergio Andre (prófugo) s/ abuso sexual*, sentencia de 29 de abril de 2008.

²⁹⁸ AADI 6-7 y 34-35.

²⁹⁹ Entre los años 2002 y 2009 (último publicado), la evolución de la tasa de homicidios registrados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos mostraba una curva descendente. Véase www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-en-materia-de-criminalidad.aspx. Al mismo tiempo y para el mismo período, las estadísticas del Servicio Penitenciario muestran una curva ascendente, véase SNEEP 2012, p. 3.

³⁰⁰ Latinobarómetro 2013. Fleitas (2010, p. 14) cita una encuesta de Mora y Araujo de 2009 que refiere que para el 77% es el problema más acuciante. Una encuesta de Management & Fit, publicada en el periódico *Tribuna de Periodistas* (8 de agosto de 2012), confirma que “la inseguridad ocupa el primer puesto de las preocupaciones argentinas, con un 83,3%”. No fue posible acceder directamente a las encuestas citadas por las fuentes.

violencia familiar (1,0%).³⁰¹ La cuestión ocupa un espacio central en las propuestas de los candidatos, que suelen merodear sobre los mismos tópicos: mayor equipamiento para la policía, incrementar el número de agentes, endurecer las penas y extender el uso de la prisión preventiva.

En Buenos Aires, la seguridad constituye un tema ineludible en las campañas electorales; los sectores políticos con discursos más duros las basaron casi totalmente en propuestas extremas.³⁰² En 2009, el gobernador Daniel Scioli presentó un proyecto de reformas al Código Contravencional, que su ministro de Seguridad justificó en la necesidad de que “la policía recupere la calle”.³⁰³ En 2013, un prominente diputado presentó, junto con Rudolph Giuliani, sus propuestas de “tolerancia cero al delito y la droga”, a la vez que pretendía reformar el proceso penal “para terminar con la puerta giratoria, para que los delincuentes no entren por una puerta y salgan por la otra”.³⁰⁴

La prensa suele difundir detalles macabros de los crímenes que cubre y tratar a los sobreseimientos y absoluciones como muestras de impunidad, generalmente sin explicar las razones legales para la liberación de los imputados.³⁰⁵

6.2. Los procesos de reforma. Situación actual

Argentina se encuentra aún en un momento de transición entre el modelo inquisitorial tradicional y un modelo acusatorio y adversarial respetuoso de los estándares internacionales. Aun cuando este proceso de reformas se desarrolla en una tensión permanente entre pulsiones sociales a favor de resguardar mayores garantías, y otras a favor de recortar derechos en pos de la eficacia, en términos generales, desde la recuperación de la democracia, los sistemas de justicia han avanzado hacia el respeto de una defensa penal efectiva.

³⁰¹ Córdoba 2013, p. 4. Según la misma encuesta, más del 71% desaprueba la gestión de la policía provincial (véase p. 19) en el inicio de un escándalo que derivó en la renuncia del ministro de Seguridad, el jefe de la Policía, la detención del jefe de la División de Drogas Peligrosas y otros cuatro directivos, la muerte de dos policías implicados y el traslado de 70 agentes de esa división.

³⁰² Un candidato a gobernador sostuvo la necesidad de “meter bala a los delincuentes”.

³⁰³ Diario *La Nación*, 8 de noviembre de 2009. En 2010, el Senado provincial expresó en audiencia pública un contundente rechazo a este proyecto.

³⁰⁴ Declaraciones de Sergio Massa, ganador de las elecciones de 2013, en el diario *La Nación*, 21 de octubre de 2013. El mismo diputado logró paralizar el tratamiento de un anteproyecto de reforma del Código Penal con el argumento de que favorecía a los delincuentes, aunque ningún dato serio respalda esa afirmación.

³⁰⁵ INECIP-OSF 2012, p. 91, *Relevamiento de Medios de Comunicación*.

El movimiento de reformas está en un estado dinámico, con una intensa participación de sectores de la sociedad civil comprometidos con el fortalecimiento del Estado de derecho. En el momento de la preparación de este informe, varias provincias se encuentran enmarcadas en procesos de reformas, con diversos niveles de intensidad.³⁰⁶

La provincia de Córdoba está atascada en un modelo judicial correspondiente a las primeras generaciones de reforma, con graves dificultades para garantizar derechos relativos a una defensa penal efectiva. Está en marcha un plan piloto para implementar avances hacia el modelo acusatorio en San Francisco (una ciudad pequeña de la provincia) mediante la oralización de las audiencias, las salidas alternativas y la reorganización de las fiscalías de un modo similar al de Chubut.³⁰⁷ Según el fiscal general adjunto, esto permite que “dentro de un lapso de cinco días la persona detenida [sea] llevada ante un juez, un fiscal y su abogado defensor para que se controle si su detención es correcta. El sistema es mucho más garantista que el anterior, cuando una persona podía estar detenida 15 días sin tener respuesta alguna”.³⁰⁸ Sin embargo, este funcionario afirma que “no podríamos poner el mismo sistema en esta ciudad (capital)”, debido a la mayor complejidad de su realidad criminal.

Chubut muestra el proceso más exitoso de reforma del sistema de justicia para adecuarlo a los estándares internacionales de debido proceso. No obstante, el nuevo código fue rápidamente alterado para admitir la prisión preventiva, si el juez supone que el imputado cometerá nuevos delitos;³⁰⁹ introduce la palabra “ordenatorio” (y, por lo tanto, de nulo efecto real) al plazo para decidir la apertura de la investigación;

³⁰⁶ Se trata de Buenos Aires, Entre Ríos, Chaco, Santa Fe, Corrientes, Salta, Jujuy, Tucumán, La Rioja, Santiago del Estero, Córdoba, La Pampa, Neuquén, Río Negro, Chubut y la Jurisdicción Federal. Un aspecto central de los procesos de reforma en los últimos años refiere a la implementación del sistema de *juicios criminales con jurados*, adoptado del modelo de *jurado clásico* vigente en la mayoría de los países de *common law*. En 2013, la PBA aprobó una Ley de Juicio por Jurados que se encuentra en proceso de implementación. En Neuquén se puso en vigencia un nuevo Código Procesal Penal en el mes de enero de 2014, que incluye un modelo de enjuiciamiento con jurados. Actualmente, jurisdicciones como Río Negro, Chubut y Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentran en proceso de discusión sobre la implementación de jurados.

³⁰⁷ Soria 2012.

³⁰⁸ Diario *Comercio y Justicia*, 4 de abril de 2011, *El plan piloto en San Francisco superó las expectativas*, entrevista con José Gómez Demmel.

³⁰⁹ Esta reforma normativa, contraria a la propia CCH 49, no fue aplicada por los jueces.

y amplió a 48 horas el plazo para controlar la aprehensión del imputado, aunque la Constitución ordene que se concrete “inmediatamente”.³¹⁰

El sistema procesal de Buenos Aires, implementado en 1998, también pertenece a la primera generación. La complejidad y extensión de la provincia y su volumen de población han sido un problema desde el inicio, junto con una implementación claramente desordenada. Desde su entrada en vigencia, este código ha sufrido reformas orientadas a recortar garantías a los imputados. La última, a iniciativa del Poder Ejecutivo, limita las excarcelaciones en caso de portación ilegítima de armas de fuego.³¹¹ Como contracara, recientemente se ha aprobado una ley que incorpora el juicio con jurados para casos criminales. Su implementación comenzó en 2014 y hay grandes expectativas de que contribuya a mejorar la calidad del sistema de justicia y su transparencia, fortaleciendo los derechos de los acusados. Por otra parte, se ha reformado la ley que organiza el servicio público de defensa, tal como hemos comentado.

6.3. Otras penalidades: los códigos de faltas

Los sistemas de faltas o contravenciones requieren un tratamiento específico, especialmente en Córdoba, cuyo Código de Faltas (en adelante CFCOR) es fuertemente cuestionado. El CFCOR es aplicado directamente por la policía, que detecta las contravenciones e impone las sanciones.³¹² Solo interviene un juez de faltas, si el imputado apela la sanción impuesta o si esta supera los 20 días de arresto.³¹³ La policía puede detener preventivamente a una persona, si no tiene domicilio en la ciudad y en caso de merodeo, por 24 horas para identificarla.³¹⁴ No requiere la asistencia de un abogado, aunque la policía debe informar al imputado que puede contratar uno o pedir la intervención del defensor público; si el imputado confiesa, su sanción podrá reducirse a la mitad.³¹⁵ Las figuras más utilizadas son la de merodeo y la negativa a identificarse o a brindar a la policía los informes que pida.³¹⁶

³¹⁰ CPPCH 220.3, 269, 219 respectivamente, modificados por la Ley 5817 del 27 de noviembre de 2008. CCH 47. Véase Heredia 2010, p. 5.

³¹¹ El proyecto fue aprobado en la Cámara de Diputados en septiembre de 2012. Véase *Diario Diagonales*, 27 de septiembre de 2012.

³¹² CFCOR 114, 115, 117, 123.

³¹³ CFCOR 119, 120.

³¹⁴ CFCOR 123.

³¹⁵ CFCOR 15 y 19.

³¹⁶ CFCOR 98, y 79. Son sancionadas con 5 y 3 días de arresto; o con 5, y 10 unidades de multa respectivamente. La unidad de multa equivale a \$ 25 (unos USD 4,8). El merodeo consiste en per-

El Código de Faltas de Chubut (CFCH) establece penas de entre 1 y 120 días, pero excluye la pena de arresto mientras no existan establecimientos separados para los procesados y condenados, y para los menores.³¹⁷ No existen figuras como el merodeo, pero sanciona la prostitución escandalosa con una pena desproporcionada (20 a 60 días),³¹⁸ lo que favorece el acoso policial.

La privación de libertad solo se realiza para hacer cesar la infracción, y por el tiempo que esta contención demande.³¹⁹ A diferencia de Córdoba, su aplicación corresponde a los jueces de paz, que son escogidos por el Consejo de la Magistratura y suelen ser abogados. La imputación se realiza en una audiencia oral y pública, y el acusado debe ser asistido por un defensor de confianza o defensor público.³²⁰ Al igual que en el sistema procesal penal, Chubut ubica a la oralidad y la publicidad como los vértices de un sistema de defensa efectiva. Tal vez por ello ha sido elegido como base para un proyecto legislativo de reforma del Código de Faltas de Córdoba.³²¹

En Buenos Aires, la Ley 13.482 (CFBA) prevé la detención por averiguación de identidad (DAI) sin orden judicial.³²² Se ha reformado el CFBA para otorgar competencia a los jueces de paz en el juzgamiento de las faltas.

El 70% de los detenidos en Córdoba son jóvenes varones de entre 18 y 25 años y pertenecen a barrios urbano-marginales.³²³ La mayoría de las detenciones ocurren en las avenidas más transitadas y en condiciones de obvia visibilidad por parte de los transeúntes.

Un entrevistado afirmó que fue detenido varias veces sin motivo, que si apela la sanción recibirá apremios y malos tratos y será detenido nuevamente apenas recupere la libertad. Este relato es habitual. La práctica fue denunciada como arbitrarria e inmotivada, y con el objetivo de cumplir una determinada cantidad de arrestos: un policía ha denunciado que su superior lo obligaba a realizar cinco arrestos diarios para no sufrir una mayor recarga horaria y guardias interminables.³²⁴ El superior ha sido procesado.

³¹⁷ manecer sin razón atendible, en forma sospechosa y generando intranquilidad en los propietarios. CFCH, Ley 4145 36, 35, 37.

³¹⁸ CFCH 81.

³¹⁹ Disponible en: <http://www.defensachubut.gov.ar/prensa/?q=node/3192>.

³²⁰ CFCH 181, 186, 187.

³²¹ Véase *La Mañana de Córdoba*, 13 de octubre de 2011.

³²² Ley 13.482, 15.c.

³²³ Véase *La Voz del Interior*, 17 de noviembre de 2012.

³²⁴ Véase *La Mañana de Córdoba*, 18 de agosto de 2005. La situación se mantuvo en el tiempo y dio lugar a acciones penales en contra de los comisarios que ordenan las detenciones masivas. Véase *La Voz del Interior*, 17 de febrero de 2012.

En 2011 se detuvieron 73.100 personas (unas 42.700 solo en la ciudad capital), es decir, cerca de 200 detenciones diarias,³²⁵ cantidad que va en aumento. Un fiscal general llegó a sostener que, a pesar de ser inconstitucional, era una herramienta adecuada para la política criminal del Gobierno.³²⁶

En contraste, el CFCH no ha sido utilizado para imponer penas de arresto a nadie en sus 14 años de vigencia porque no existen lugares específicos para cumplir esta pena, separados de los detenidos por causas penales.

En Buenos Aires, “a pesar de poner en cabeza de los juzgados de paz el juzgamiento de las faltas, en sus prácticas cotidianas la policía sigue contando con amplias facultades para detener”.³²⁷ Sin embargo, la judicialización del sistema contravencional bonaerense replica los problemas del sistema penal: los jueces de paz recurren al mero trámite escrito, sin audiencias públicas ni contacto directo con la información del caso, que llega mediatizado por la policía a través del sumario que le sirve de sostén.

7. Conclusiones

Cada una de las provincias estudiadas –Córdoba, Chubut y Buenos Aires– muestra las características propias de su tiempo; su complejidad deriva en gran medida de sus procesos políticos, que difícilmente se puedan alinear en un sentido unívoco en dirección a la reforma, no solo por la autonomía de cada provincia sino también por sus propios conflictos y vaivenes internos. Por otra parte, esta misma diversidad permite replicar las experiencias más exitosas y contar con un amplio repertorio de prácticas instaladas que puede beneficiar a las demás provincias: a partir de 1940, Córdoba ha inspirado a la mayoría de las reformas, y ahora Chubut ocupa ese lugar, junto con otras provincias como La Pampa, Neuquén y Santa Fe.

³²⁵ Véase *La Voz del Interior*, 3 de noviembre de 2012, y datos oficiales en el mismo diario.

³²⁶ Declaraciones de Gustavo Vidal Lazcano en *La Mañana de Córdoba*, 19 de agosto de 2005, p. 2. Fuente: Horacio J. Etchichury, “Preso sin abogado, sentencia sin juez. El Código de Faltas de la Provincia de Córdoba”.

³²⁷ Informe CPM 2009, p. 458. El informe sostiene que “los titulares de las dependencias policiales caracterizaron a la DAI como una efectiva herramienta de prevención de delitos. Así afirman que el personal policial intercepta y detiene [...] a personas en actitud sospechosa, evitando así muchas veces la comisión de delitos [...] La jefa de la Sección Estadísticas del COP (Centro de Operaciones Policiales) Claudia Cherecheti, afirmó que: ‘no hay estadísticas ni información registrada sobre DAI, porque al tratarse de una actuación simple, y de un simple “conducido” que no es ni siquiera una aprehensión, no se registra, tampoco las departamentales registran nada, ya que no es obligatorio que las dependencias comuniquen las DAI a la estructura del Ministerio de Seguridad’”.

En todo caso, en el estudio se pudieron identificar varias áreas en las que aún persisten retos importantes.

En primer lugar, se encuentran los problemas derivados directamente del diseño de la regulación. Existen regulaciones procesales que generan disfunciones y afectan la defensa efectiva: la incorporación por lectura en juicio de constancias de la investigación; la asignación de plena fe a documentos producidos por funcionarios públicos, afectando la garantía de contradicción en el ejercicio de la defensa; las normas que regulan deficientemente o restringen el contraexamen en lógica adversarial, normalmente prohibiendo el uso de preguntas sugestivas. Las normas orgánicas y procesales perpetúan el expediente formalizado como instrumento de trabajo y permiten a los tribunales de juicio recibirlos y controlarlos antes del comienzo del juicio, atentando contra la imparcialidad del juez.

Otro problema serio es que los códigos definen delitos inexcarcelables o presunciones legales absolutas o relativas basadas en el monto de pena previsto o el tipo de delito. También lo es la jurisprudencia que avala su validez, que los fiscales puedan dictarlas sin control inmediato y efectivo del juez, que no se recurra a audiencias públicas ni adversariales para resolver su imposición o su duración. La interpretación de los plazos como ordenatorios favorece la excesiva duración de los procesos, que a su vez fomenta el abuso del juicio abreviado y la prisión preventiva, generando presos sin condena y condenados sin juicio. La subutilización de medidas cautelares alternativas incide notablemente en el abuso del encierro. Nuevamente, estos problemas son mucho más graves en Córdoba y Buenos Aires, marcando un contraste rotundo con Chubut. No debe sorprender que la prisión preventiva deje de ser una excepción y se convierta en la regla en una cantidad desproporcionada de casos, porque los jueces autorizan una interpretación extensiva de su procedencia.

Las prácticas que hay que desplazar en un proceso de reformas suelen sobrevivir al cambio normativo, repitiéndose bajo otro nombre. El estudio empírico mostró con crudeza que, a pesar de que los jueces deberían limitarse a dirigir el debate, en Córdoba y Buenos Aires intervienen excediendo el marco de sus ya extensas facultades.³²⁸ Que los jueces estudien el “expediente” antes del juicio oral, y que ello se considere un indicador de responsabilidad, muestra que no han comprendido en absoluto su rol de decisor imparcial ni el impacto causado en una defensa efectiva.

Los sistemas de justicia no están siendo capaces de construir sistemas de información adecuados que faciliten la posibilidad de monitorear y hacer auditables el cum-

³²⁸ Soria 2012, p. 43.

plimiento de estándares relativos a la vigencia efectiva del derecho de defensa. Los indicadores que se utilizan a nivel público son precarios y los sistemas de información carecen de datos en cantidad y calidad. Asimismo, tampoco existen políticas fuertes para el financiamiento de monitoreos o estudios por parte de universidades u otros organismos técnicos de la sociedad civil.

En segundo lugar, existen problemas relacionados con la aplicación de las normas vigentes. En efecto, uno de los principales problemas identificados es la dificultad de los imputados para acceder a la asistencia jurídica durante los primeros momentos de la detención. De ello se derivan múltiples afectaciones a sus derechos, por ejemplo: derecho a ser informado de las causas de su arresto, de sus posibilidades defensivas y derechos (a guardar silencio y ser asistido por un traductor en caso de desconocer el idioma, por ejemplo), y de conocer las evidencias de cargo existentes en su contra desde el primer momento. Cuando una persona es puesta a disposición de un juez o un fiscal, su defensa funciona más o menos adecuadamente, pero hasta entonces no existen dispositivos concretos que garanticen dicho acceso. Córdoba constituye el caso más grave, porque esta situación puede prolongarse hasta diez días o más, si la persona carece de medios para contratar a un abogado particular.

Cada uno de los actores del sistema penal aduce tener razones para desarrollar prácticas que dificultan la defensa efectiva, aunque llama la atención hasta qué punto estas prácticas están naturalizadas y se vuelven invisibles. La deficiente regulación de la defensa explica solo una parte de estas prácticas, pero fundamentalmente muestra que estas no pueden ser reemplazadas por una simple reforma normativa. En el enfrentamiento entre los estándares latinoamericanos y la idiosincrasia inquisitiva, esta tiende a prevalecer en casi todos los casos.

En tercer lugar, existen problemas relacionados con la formación de los abogados y defensores, y la supervisión del ejercicio de la profesión. Para empezar, ni los colegios de abogados ni las defensorías cuentan con mecanismos de supervisión de la tarea profesional, aun cuando el trabajo es percibido como algo falso de calidad.

Los colegios son los grandes ausentes en este proceso, y no pudieron evitar la crisis del mercado de servicios legales.³²⁹ Los entrevistados agregan que no reciben adecuada asistencia cuando la defensa se presenta más compleja; y los justiciables, que

³²⁹ Se trata de una crisis caracterizada por la existencia de “cada día más abogados, con menos trabajo, con mayores dificultades para que los abogados jóvenes puedan montar sus oficinas, una creciente necesidad de asesoramiento técnico y, finalmente, cada día más gente indefensa”, conf. Binder 2005, p. 63.

directamente no son registrados por los colegios. La alta calidad del servicio prestado por la Defensa Pública circunscribe este problema a quienes tienen ciertos ingresos, pero no pueden pagar un abogado capacitado, y deben conformarse con aquellos pertenecientes a los estratos inferiores de la abogacía. La cultura del trámite también se explica porque los abogados están más formados “para el trámite y la complicación que para el litigio y la simplificación”,³³⁰ lo que conecta la enseñanza del derecho con la práctica de los abogados y, consiguientemente, con su forma de organización gremial.

La educación universitaria enseña el proceso como una serie gradual y concatenada de trámites burocratizados, y no como una herramienta de resolución de casos. Las universidades no han acompañado los procesos de reformas de modo claro.³³¹ De las respuestas de los entrevistados se deduce que su incomprendimiento del sistema acusatorio proviene en gran medida de una educación formal orientada hacia procesos inquisitoriales y escritos.³³²

Casi todos los funcionarios asumieron carecer de formación específica para atender grupos con necesidades judiciales especiales. Es revelador que varios funcionarios consideren que la formación se adquiere en la práctica, que (como dijo uno de ellos) “es la mejor escuela”. Ello explica la supervivencia de prácticas inquisitoriales y problemas de acceso a la justicia de los sectores vulnerables, a pesar del importante gasto en el sector justicia. Es revelador también que solo en Chubut los cursos de formación son obligatorios, lo que explica sus indiscutibles avances.

Los entrevistados refieren que el ajetreo de la vida profesional dificulta lograr el tiempo y los recursos para completar un curso, salvo para quienes además son docentes universitarios, que tienen mayor entrenamiento académico y han integrado el estudio a su vida profesional. Estos suelen ser más receptivos a los fundamentos de las prácticas, y más proclives a orientar su práctica según los principios del sistema acusatorio.

³³⁰ *Ibid.*, p. 65.

³³¹ Se sostiene que “esta forma de enseñar derecho tiende a privilegiar la memorización de textos legislativos”, antes que desarrollar destrezas analíticas. Böhmer 2005, p. 35.

³³² Los cursos de litigación oral y adversarial causaron un impacto claro en los estudiantes que accedieron a ellos, pero cuando son optativos su impacto se reduce. Aún hoy, en Córdoba y Buenos Aires siguen teniendo un alcance limitado. Los colegios de abogados y las defensorías tampoco han asumido esta situación como un problema que hay que solucionar. Existen excepciones a esta realidad, dado que hay universidades que han incorporado la enseñanza del litigio oral como parte de la currícula regular: dentro de las jurisdicciones estudiadas, la Universidad Nacional de la Patagonia, sede Trelew. En el resto del país ocurre lo mismo en las universidades nacionales de La Pampa, del Comahue, de La Rioja, en la Universidad del Mar y en la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. Por otra parte, hay muchas universidades donde ha comenzado a instalarse como cursos optativos.

Se ha confirmado que los abogados no investigan, los servicios de defensa no cuentan con investigadores y tampoco se han formado investigadores privados. La ausencia de investigación tiene relación profunda con la falta de prácticas de contrainterrogatorio. En cuarto lugar, se encuentran los problemas relacionados con la disponibilidad y utilización de recursos económicos. En este ámbito, aun cuando los recursos de las defensorías puedan ser escasos, tampoco se advierten esfuerzos por utilizarlos racionalmente. La defensoría carece de una organización razonable, el sistema de asignación de casos responde al azar y no a un criterio que permita una distribución correcta del trabajo, se contratan abogados que cumplen los mismos requisitos objetivos que para ser defensor y, en lugar de destinarlos a litigar, se los relega al trámite burocrático o a suplir el trabajo de los defensores titulares. En todos los sistemas se advierte una importante incorporación de recursos humanos, pero la incorporación de investigadores no es parte de la agenda.

No puede pensarse en una reforma real sin partir de un concepto de sistema de enjuiciamiento penal que incluya el reentrenamiento profesional de todos los operadores para internalizar la visión del sistema como instrumento de pacificación que contribuya a la gobernabilidad democrática. Tampoco, sin cambios pedagógicos en las escuelas de derecho orientadas hacia la práctica de la defensa y no hacia el trámite; en la regulación del ejercicio de la abogacía para que los defensores atiendan primordialmente el interés de su cliente; en la organización de las oficinas judiciales para suprimir la delegación de funciones por parte de los jueces; y en la función de las policías en su rol de investigación y prevención del delito.

Solo Chubut ha avanzado consistentemente en varios de estos puntos, en contraste con Córdoba, abandonada a la inercia y al retroceso, y con Buenos Aires, que apenas puede contener las demandas del populismo punitivo. Sin desconocer la particularidad de cada jurisdicción, este estudio muestra que la defensa efectiva en Argentina solo es posible cuando los actores institucionales toman decisiones concretas para poner en vigencia en el plano de la realidad las previsiones constitucionales y legales. Las pulsiones autoritarias que persisten deben ser atendidas con una política criminal eficiente que enfrente y reemplace el paradigma de ley y orden por el de seguridad democrática.

Recomendaciones

1. Introducir y fortalecer mecanismos concretos para garantizar el acceso efectivo a representación legal de calidad para las personas detenidas dentro de

las 24 horas siguientes a su detención, mediante obligaciones y dispositivos concretos implementados por las autoridades, y por agencias independientes, en beneficio de personas representadas por defensores particulares y públicos. Incluir audiencias públicas de control jurisdiccional de las detenciones, dentro de las 24 horas siguientes a la detención. Debe garantizarse la comunicación entre abogado y cliente en sitios adecuados para la preparación de una defensa.

2. Desarrollar iniciativas para fortalecer una cultura de mayor profesionalismo en el ejercicio de la abogacía, tanto pública como privada. Especialmente, deben fortalecerse el trabajo proactivo en el desarrollo de investigaciones independientes durante las etapas previas al juicio, garantizando el acceso a información relevante; el establecimiento de instancias eficaces de capacitación continua; mecanismos efectivos de control y monitoreo de la calidad del trabajo de los defensores públicos y privados. Tanto los servicios públicos de defensa como los colegios de abogados deben promover el desarrollo de estándares mínimos de desempeño profesional y garantizar su monitoreo.
3. Asegurar la independencia funcional y presupuestaria de los servicios públicos de defensa penal, enfocada en los intereses de los destinatarios del servicio, sin subordinación a prioridades institucionales, y asegurando que cada defensor mantenga una carga de trabajo razonable para no afectar la calidad de sus servicios.
4. Las legislaciones y prácticas judiciales deben abandonar definitivamente los expedientes formalizados. Toda decisión jurisdiccional debería ser resuelta en una audiencia pública y adversarial. Se debe asegurar el principio de contradicción a través de contrainterrogatorios efectivos, abandonando categorías de prueba tasada (como el valor de verdad de documentos públicos o pericias oficiales).
5. Establecer medidas legales y prácticas efectivas que restrinjan la prisión preventiva como recurso verdaderamente excepcional. Desterrar legislativa y/o judicialmente su aplicación por decisión de los organismos de investigación (fiscales o jueces de instrucción). Introducir y fortalecer medidas cautelares alternativas y desarrollar organismos específicos para su aplicación y control. Reconocer como único ámbito válido para la aplicación de prisión preventiva, una audiencia pública y adversarial, dentro de las 48 horas de producida una detención, frente a un tribunal imparcial. Garantizar proce-

- sos rápidos de revisión de las decisiones sobre prisión preventiva, a través de una audiencia ante un tribunal diferente.
6. Promover y fortalecer la producción de información y datos oficiales, en calidad y cantidad suficientes, acerca del funcionamiento del sistema de justicia penal y de la vigencia efectiva del derecho de defensa. Promover la producción de investigaciones académicas independientes.

8. Bibliografía

- Autores Varios. *Informe sobre la situación de los pueblos indígenas. La agenda pendiente. Para el Relator de los Pueblos Indígenas, James Amaya*. Diciembre de 2011. Disponible en: www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat_view/19-informes-y-dictamenes?start=5.
- Autores Varios. *Relevamiento sobre código de faltas*. Disponible en: www.lavoz.com.ar/files/Relevamiento_Codigo_de_Faltas.pdf.
- Autores Varios. *Informe anual 2009*. Comisión por la Memoria. Buenos Aires, 2009. Disponible en: www.comisionporlameoria.org/comite/informes/anuales/webinforme09.pdf.
- Autores Varios. *Informe de gestión de la defensa penal. Fuero penal criminal y correccional 2012*, Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires, 2012.
- Autores Varios. *El estado de la prisión preventiva en Argentina. Situación actual y propuestas de cambio*. Buenos Aires: INECP - Open Society Foundations, 2012. Disponible en: www.inecip.org/index.php/2013-03-05-13-14-58/otros-titulos/68-el-estado-de-la-prision-preventiva-en-la-argentina-situacion-actual-y-propuestas-de-cambio.
- Barone, Arnaldo Hugo y otros. “Aportes para la organización de una defensa pública proactiva en la provincia del Chubut”, *VII Seminario de Gestión Judicial, CEJA - Superior Tribunal de Río Negro*, Argentina, 2010. Disponible en: www.defensachubut.gov.ar/?q=node/292.
- Barroso Griffiths, Rodolfo Daniel y Nieto Di Biase, Marcelo Fernando. “La reforma procesal penal en Chubut. Implementación de una nueva gestión judicial”, en *Reformas de la justicia en América Latina: experiencias de innovación*. Santiago de Chile: CEJA, 2010.

- Bertone, Fernando Martín. *La individualización judicial de la pena*. Córdoba: Alveroni, 2010.
- Binder, Alberto. "El mercado de los servicios legales y la crisis de la abogacía". *Revista Sistemas Judiciales Revista 9* (2005).
- Binder, Alberto. "Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la carrera judicial", *Justicia penal y Estado de derecho Revista 1* (2002).
- Böhmer, Martín. "Metas comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en Argentina". *Revista Sistemas Judiciales 9* (2005).
- Cecchi, Horacio. "Sin intérprete y en manos de la justicia". *Página 12*, 15 de octubre de 2013. Disponible en: www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-231199-2013-10-14.html.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. *Derechos humanos en Argentina - Informe 2008*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 2008.
- Centro de Investigación y Formación de la Central de Trabajadores Argentinos. *Informe de Coyuntura 16*. Piedras: Centro de Investigación y Formación de la República Argentina, 2014. Disponible en: www.cta.org.ar/IMG/pdf/informe_de_coyuntura_no_16_adelanto_-2.pdf.
- Centro de Investigación en Políticas Públicas. *Informe 2013 del Observatorio de Pobreza*. Córdoba: CIPPES, 2013. Disponible en: www.cippes.org/observatorio-de-pobreza.php?pub=263.
- Cerliani, Carla y Soria, Patricia. *Planeación y litigación estratégica en materia de trata de personas y delitos conexos | Explotación sexual*. Buenos Aires: INECIP, 2012. Disponible en www.abrepuestas.inecip.org/admin/noticias/pdf/publicacion-inecip-litigacion1.pdf.
- Colegio de Abogados de Comodoro Rivadavia. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación*. Chubut, Argentina, 5 de agosto de 2013.
- Colegio de Abogados de La Plata. *Respuesta al informe solicitado por los autores en el marco de la investigación*, La Plata, Argentina, 1 de febrero de 2013.
- Colegio de Abogados de Trelew. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación*. Chubut, Argentina, 13 de agosto de 2013.
- Cóppola, Patricia. *Informe de Córdoba, Argentina. Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina*. Córdoba: CEJA, 2003.

Córdoba, Gustavo. *Encuesta Córdoba - Septiembre de 2013*. Disponible en: www.gustavocordoba.net/cbaset2013/.

Defensoría General de Chubut. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación*. Chubut, Argentina, 23 de agosto de 2013.

Demmel, José Gómez. "El plan piloto en San Francisco superó las expectativas". *Comercio y Justicia*, 4 de abril de 2011. Disponible en: www.comercioyjusticia.com.ar/2011/04/04/el-plan-piloto-en-san-francisco-supero-las-expectativas/.

Diagonales, 27 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://diagonales.infonews.com/Content.aspx?Id=188299>.

Directora del Área Administración del Poder Judicial de Córdoba. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación*. Córdoba, Argentina, 2013.

El Litoral. "Organismos de DDHH impugnan la candidatura de un fiscal en Corrientes", 30 de julio de 2013. Disponible en: www.ellitoral.com.ar/es/articulo/266732/Organismos-de-DDHH-impugnan-la-candidatura-de-un-fiscal-en-Corrientes.

Fleitas, Diego. *La seguridad ciudadana en Argentina y su relación con el contexto regional*. San José: FLACSO, 2010. Disponible en: www.app.org.ar/wp-content/uploads/2011/04/La-Seguridad-Ciudadana-en-Argentina-y-su-Contexto-Regional-FLEITAS-FLACSO-1.pdf.

Ginzberg, Victoria. "La Argentina ahora es un país más seguro", *Página 12*, 15 de abril de 2011. Disponible en: www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-166333-2011-04-15.html.

Gobierno de la Provincia de Córdoba. *Planta de personal. Presupuesto año 2013. Córdoba: Personal CBA*, 2013. Disponible en: www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2012/11/plantadepersonal.pdf

Gobierno de la Provincia de Córdoba. *Presupuesto año 2013*. Buenos Aires: PresCba, 2013. Disponible en: www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2012/11/monotosporprogramas.pdf.

Guiñazú, Claudio. "El sistema penal frente a la diversidad cultural: el caso Ruiz, J.F.". *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos*. Eds. Rossetti, Andrés y Álvarez, Magdalena I. Córdoba: Advocatus, 2010.

Heredia, José Raúl. "Nueva reforma en Chubut. Cuando los fiscales se apropiaron del proceso penal". *Revista Pensamiento Penal* 112 (2010). Disponible en: www.pensamientopenal.com.ar/node/26455.

INECIP y otros. *Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas*. Informe presentado en el 146 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington, 2012. Disponible en: http://www.adc.org.ar/sw_contenido.php?id=948.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. *Informe 2013*. Buenos Aires: INDEC, 2013. Disponible en: www.indec.gov.ar/desaweb/uploads/informesdeprensa/pob_tot_1sem13.pdf.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Sitio web oficial. Disponible en: <http://www.indec.gov.ar/>.

La Mañana de Córdoba. “Proponen modificación del Código de Faltas”, 13 de octubre de 2011. Disponible en: www.lmcordoba.com.ar/nota.php?ni=71768.

La Nación. “Rudolph Giuliani, invitado por el Frente Renovador: ‘Le veo un gran futuro a Sergio Massa’”, 21 de octubre de 2013. Disponible en: www.lanacion.com.ar/1630864-rudolph-giuliani-dijo-invitado-por-el-frente-renovador-le-veo-un-gran-futuro-a-sergio-massa.

La Voz del Interior. “Muestran cifras críticas contra el Código”, 17 de noviembre de 2012. Disponible en: www.lavoz.com.ar/ciudadanos/muestran-cifras-criticas-contra-codigo.

Langer, Máximo. *Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Santiago de Chile: CEJA, 2008.

Latinobarómetro. *Informe 2013*. Santiago de Chile: Corporación Latinobarómetro, 2013. Disponible en: www.infobae.com/2013/11/02/1520861-la-inseguridad-y-la-inflacion-son-las-principales-preocupaciones-los-argentinos.

Leonelli, Laura, “Imputan a comisario por ordenar detenciones para mejorar las estadísticas”. *La Voz del Interior*, 17 de febrero de 2012. Disponible en: www.lavoz.com.ar/ciudadanos/imputan-comisario-ordenar-detenciones-para-mejorar-estadisticas.

López Puleio, Fernanda. “El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos”. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Ed. Abramovich, Víctor y otros. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.

Macchione, Nicolás. “La defensa pública en Córdoba. Parte II”. *Comercio y Justicia*, 2012. Disponible en: www.comercioyjusticia.com.ar/2012/12/17/la-defensa-publica-en-cordoba-parte-ii.

Mella Seguel, Eduardo. *Los Mapuche ante la justicia: la criminalización de la protesta indígena en Chile*. Citado en: <http://labournet.de/internationales/cl/mapuche1.html>.

Ministerio de Educación de la Nación. *Atlas de los pueblos indígenas*. Buenos Aires: MINEDU, 2013. Disponible en: www.mapaeducativo.edu.ar/pueblos_indigenas/index.php/component/content/article?id=17.

Ministerio de la Defensa Pública, Provincia del Chubut. Sitio web oficial - Programa Institucional. Disponible en: <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2>.

Ministerio de la Defensa Pública, Provincia del Chubut. Sitio web oficial - Estructura de la Organización. Disponible en: <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/110>.

Ministerio de la Defensa Pública, Provincia del Chubut. Sitio web oficial - Planificaciones. Disponible en: <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/112>.

Ministerio de la Defensa Pública, Provincia del Chubut. Sitio web oficial - Publicaciones. Disponible en: <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/292>.

Ministerio de la Defensa Pública, Provincia del Chubut. Sitio web oficial - Publicaciones. Disponible en: <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/134>.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. *Estadísticas en materia criminal*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2013. Disponible en: www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-en-materia-de-criminalidad.aspx.

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. *Consideraciones relevantes sobre el nuevo aumento del salario mínimo*. Buenos Aires: Mintes, 2013. Disponible en: www.trabajo.gov.ar/downloads/destacados/130726_salario_informe.pdf.

Ministerio Público de la Defensa. *Informe sobre la situación de las personas privadas de libertad en la provincia del Chubut. Mayo 2013*. Buenos Aires: DEFCH, 2013. Disponible en: www.defensachubut.gov.ar/userfiles/file/Prevencion%20Violencia/Detenidos/Informe_PRESOS_CHUBUT_Mayo_2013.pdf.

Ministerio Público de la Defensa. *Ojos que no ven, corazón que no siente. Informe del monitoreo de los centros de detención de la provincia de Chubut. Marzo de 2012*. Buenos Aires: MNPCH, 2012. Disponible en: www.defensachubut.gov.ar/userfiles/file/Prevencion%20Violencia/ObsVidaCarcelaria/informe_monitoreo_2013_solo_contenido.pdf.

Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. *Respuesta al informe solicitado por los autores en el marco de la investigación*, Buenos Aires, Argentina, 4 de abril de 2013.

Morosi, Pablo y Obarrio, Mariano. “Stornelli: ‘Hay que volver a un régimen de contravenciones’, *La Nación*, noviembre de 2009. Disponible en: www.lanacion.com.ar/1196798-stornelli-hay-que-volver-a-un-regimen-de-contravenciones.

Norte de Corrientes. “DD.HH: se oponen a que Carlos Schaefer se convierta en fiscal federal correntino”, 25 de julio de 2013. Disponible en: www.nortecorrientes.com/article/2241/ddhh-se-oponen-a-que-carlos-schaefer-se-convierta-en-fiscal-federal-correntino.

Página 12. “No sabían, y Bonfatti no lo votaría”, 25 de octubre de 2013. Disponible en: www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/rosario/9-41137-2013-10-25.html.

Procuración General de la Provincia de Buenos Aires. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación*, Buenos Aires, Argentina, 28 de diciembre de 2012.

Rodríguez Rescia, Victor Manuel. “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, vol. 110 (1998).

Schiappa Pietra, Luis A., “Prisión preventiva y reforma procesal penal en Argentina”, *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina*, vol. 2. Santiago de Chile: CEJA, 2011. Disponible en: www.cejamerica.org/index.php/es/biblioteca/publicaciones-ceja.

Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena. *Informe anual 2012*. Buenos Aires: SNEEP, 2012. Disponible en: www.infojus.gov.ar/_pdf/sneep/InformeSNEEPARGENTINA2012.pdf.

Soria, Patricia. *Plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en San Francisco, provincia de Córdoba, Argentina*. Santiago de Chile: CEJA, 2010. Disponible en: www.cejamerica.org/index.php/component/content/article/2-uncategorized/565-plan-piloto-para-la-profundizacion-del-sistema-acusatorio-san-francisco-provincia-de-cordoba-argentina.html.

Soria, Patricia y otros. “Informe sobre la reforma procesal penal en Córdoba”. *Revista Pensamiento Penal* 152 (2013). Disponible en: www.pensamientopenal.com.ar/articulos/informe-sobre-reforma-procesal-penal-cordoba.

Subsecretaría de Administración de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación*, Buenos Aires, Argentina, 8 de julio de 2013.

Tribuna de Periodistas. “Según una encuesta, la inseguridad está al tope de las preocupaciones”, 8 de agosto de 2012. Disponible en: www.periodicotribuna.com.ar/11820-segun-una-encuesta-la-inseguridad-esta-al-tope-de-las-preocupaciones.html.

Tribunal de Disciplina de Abogados de la Provincia de Córdoba. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación*, Córdoba, Argentina, 3 de julio de 2013.

Universidad Nacional de Córdoba. *Estadísticas sobre Código de Faltas en Córdoba*. Buenos Aires: UNCCFCOR. Disponibles en: www.lavoz.com.ar/files/En_cifras.pdf.

Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho procesal penal*, t. 1. Buenos Aires: Ed. Lerner, 1969.

Villocio, María Fernanda y Marengo, Bettina. “Policías salen a la calle con orden de hacer cinco detenciones diarias”. *La Mañana de Córdoba*, 18 de agosto de 2005. Disponible en: www.lmcordoba.com.ar/ed_ant/2005/05-08-18/2_politica_01.htm.

Isadora Fingermann
Maíra Zapater
Rafael Custódio

CAPÍTULO 4. BRASIL¹⁻²

1. Introducción

1.1. Contexto político, social y cultural de la formación del sistema de justicia brasileño

Brasil es un Estado federal con forma de gobierno presidencial. La federación brasileña está compuesta por 26 estados y un distrito federal, donde se encuentra la capital, Brasilia. Todas las entidades de la federación (Unión Federal, estados, municipios y Distrito Federal) están sujetas a la Constitución Federal de 1988, que define sus atribuciones. Su competencia legislativa se describe en los artículos 22, 23 y 24.

El artículo 22, inciso I, establece que las leyes penales y procesales deben ser elaboradas por el Poder Legislativo Federal –el Congreso Nacional, compuesto por la Cámara de Diputados y el Senado Federal–, de manera que toda la legislación que define las conductas delictivas, sus respectivas penas y las reglas procesales penales aplicables en todo el territorio nacional, es de competencia federal. Hay que destacar que, aunque la Ley de Ejecución Penal³ es de alcance federal, las normas de derecho penitenciario (que regulan cuestiones específicas del sistema carcelario de cada estado) pueden ser establecidas por los estados miembros, el Distrito Federal y la Unión Federal.

¹ Este capítulo fue revisado por Vivian Calderoni y Ludmila Vasconcelos Leite Groch.

² La investigación de campo de la que da cuenta este capítulo fue finalizada en julio de 2013.

³ Ley 7.210/1984, que regula las normas para la ejecución penal y establece las reglas para el cumplimiento de la pena.

El Código Penal vigente fue promulgado por el Decreto Ley 2.848 de 1940 (en vigor desde el 1 de enero de 1942), y el Código Procesal Penal, por el Decreto Ley 3.689 de 1941 (igualmente en vigor desde el 1 de enero de 1942).⁴

La Constitución Federal de 1988,⁵ elaborada y promulgada durante el proceso de redemocratización después del régimen militar dictatorial (1964-1985), regula de manera enfática los derechos y las garantías individuales (enumerados en el artículo 5º a través de 78 incisos, de los que el § 2º indica que los derechos y garantías expresamente previstos no excluyen otros derechos derivados de los principios adoptados por el ordenamiento jurídico brasileño o de los tratados internacionales suscritos por Brasil).

Debido a esto, es posible presumir que existen divergencias entre la Constitución Federal democrática de 1988 y los textos originales del Código Penal y del Código Procesal Penal que fueron promulgados durante la dictadura, aunque se ha considerado que fueron recogidos por la Constitución y, por lo tanto, se encuentran vigentes. El Código Penal sufrió una profunda reforma en 1984 –es decir, antes de la promulgación de la Constitución Federal vigente–, a través de la Ley 7.209/1984, que modificó los artículos 1º a 120.⁶ Aun así, existen varias divergencias entre el Código y la Constitución, lo que implica realizar esfuerzos de interpretación del código en función de la norma constitucional y efectuar modificaciones a los **textos** legales, tal como lo evidenciaremos con ejemplos en este **texto**. El Código Penal, por ejemplo, pasó por

⁴ El Código Penal y el Código Procesal Penal brasileños fueron promulgados durante el gobierno del presidente Getúlio Vargas, que instauró un régimen dictatorial inspirado en el fascismo italiano. En la visión del politólogo e historiador José Murilo de Carvalho (2007), el periodo dictatorial bajo el gobierno del Presidente Getúlio Vargas, comprendido entre 1930 y 1945 –durante el cual se elaboraron el Código Penal y el Código Procesal Penal vigentes hasta el día de hoy en Brasil– se caracterizó a la vez por la restricción de los derechos civiles y políticos, y por la ampliación de los derechos sociales, especialmente los derechos laborales (Carvalho 2007, pp. 88 y 120). La cultura dictatorial no dejó de impactar la legislación penal: los dos códigos fueron creados por decretos leyes, es decir que fueron impuestos unilateralmente por el Poder Ejecutivo y entraron en vigor sin ningún tipo de deliberación legislativa.

⁵ Despues de la Constitución de 1937, Brasil promulgó tres constituciones más (una democrática, en 1946, y dos en el periodo de la dictadura militar, en 1967 y 1969).

⁶ El Código Penal Brasileño se divide en dos partes: en la Parte General (arts. 1º a 120) se establecen los conceptos generales relativos a la aplicación de la ley penal, modalidades de delitos, imputabilidad penal, concurso de personas, penas y efectos de la condena, medidas de seguridad, acción penal, y causas de extinción de la punibilidad; en la Parte Especial se tipifican las conductas delictivas (arts. 121 a 360). A la vez, entró en vigor la Ley de Ejecución Penal (7.210/1984), que judicializó la ejecución de las penas y estableció derechos y deberes de los condenados a pena privativa de libertad.

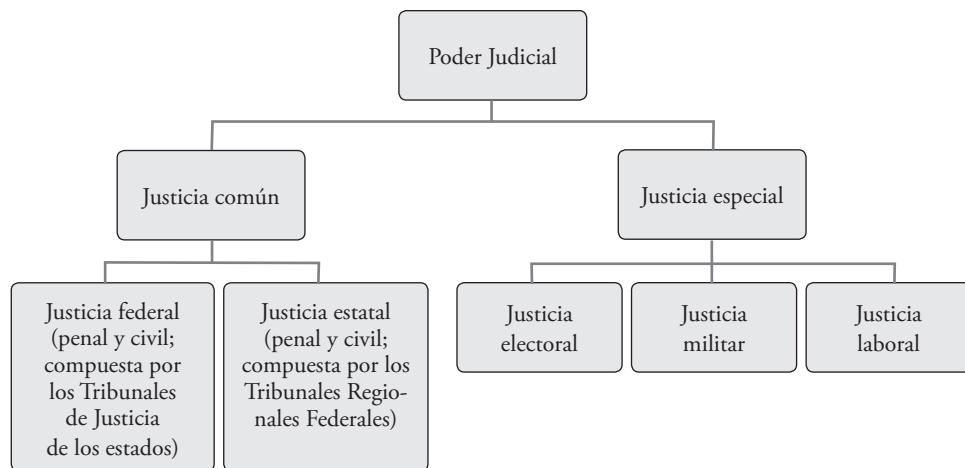
una modificación puntual, relativa a delitos sexuales, con la promulgación de la Ley 12.015/2009.⁷ Además, desde 1988 se han elaborado diversas leyes penales, externas al Código Penal, y algunas previeron conductas delictivas. Por su parte, el Código Procesal Penal ha tenido reformas específicas y significativas. A continuación citamos aquellas estrechamente relacionadas con el derecho a la defensa. Se promulgó la Ley 10.792/2003, que consagró el interrogatorio del acusado como medio de defensa, en lugar de ser considerado exclusivamente un medio de prueba. Esta Ley hizo obligatoria la presencia del defensor durante el interrogatorio del acusado y confirió a las partes el derecho a formular y hacer preguntas directamente al acusado (lo cual era hasta entonces una atribución exclusiva del juez). Esta modificación promueve el principio de una amplia defensa contenido en la Constitución (art. 5º, LV).

También se promulgó la Ley 11.719/2008 que realizó diversas modificaciones en el procedimiento penal común. Una de gran relevancia fue que el interrogatorio del acusado se desplazó al final de la instrucción procesal en observancia de los principios de amplia defensa y debido proceso (art. 5º, LV y LVI). Igualmente, la Ley 12.403/2011 creó medidas cautelares alternativas a la detención preventiva (tales como la obligación de comparecer al juzgado periódicamente, el no acercamiento a la víctima, el monitoreo electrónico, etc.), debido a los altos índices de encarcelamiento provisional en Brasil y a que es innecesario privar provisionalmente de la libertad a un acusado en situación de poca peligrosidad.

1.2. Síntesis de la estructura y el procedimiento de la justicia penal brasileña

La organización del Poder Judicial brasileño está regulada en los artículos 92 a 126 del Capítulo III de la Constitución Federal. La división de los órganos del Poder Judicial se hace teniendo en cuenta la materia asignada a cada uno de ellos y puede ilustrarse de la siguiente forma:

⁷ A este respecto, cabe señalar que el antiguo título denominado “Delitos contra las costumbres” fue rebautizado como “Delitos contra la dignidad sexual”, de modo que el bien jurídico tutelado integra el principio de la dignidad humana, previsto en el artículo 1º, III, de la Constitución Federal actual.



Los asuntos penales que no sean de competencia de las justicias especiales serán tramitados por la justicia común. Esta se divide en justicia federal⁸ y justicia estatal, y su competencia territorial se divide entre cada estado miembro de la Federación y el Distrito Federal.

El enjuiciamiento penal se divide principalmente en dos etapas:

- (i) La investigación policial: Procedimiento investigativo destinado a obtener los elementos de autoría y materialidad del delito que sirven para fundamentar la propuesta de acción penal, y que inicia después de una detención en flagrancia, por orden del comisario de policía, o través de una solicitud del juez o del fiscal. Esta investigación es competencia de la Policía Judicial y es dirigida por el comisario de Policía. Por su parte, al Ministerio Público le compete el control externo de la actividad policial⁹ y las solicitudes de investigación policial y de realización de diligencias de investigación.¹⁰

⁸ El artículo 109 de la Constitución Federal define los delitos de competencia de la justicia federal penal en los incisos IV (delitos políticos o practicados contra la Unión Federal, sus órganos o su patrimonio), V (delitos previstos en tratados internacionales y ejecutados en territorio brasileño), V-A (delitos relativos a causas de derechos humanos), VI (delitos contra la organización del trabajo, el sistema financiero o el orden económico), IX (delitos cometidos a bordo de navíos o aeronaves) y X (delitos de ingreso o permanencia irregular de extranjero). Todos los delitos previstos en la legislación penal brasileña que no incurran en las hipótesis mencionadas serán de competencia de la justicia penal estatal.

⁹ Constitución Federal, art. 129, inc. VII.

¹⁰ Constitución Federal, art. 129, inc. VIII. El Código Procesal Penal brasileño establece reglas solo para la investigación realizada por la Policía, y no dice nada acerca de la posibilidad de que los

Debido a que la investigación comprende las declaraciones de acusados, víctimas y testigos, la ley¹¹ dispone que el comisario de policía interroga al acusado. En este interrogatorio policial, se aplican, *en lo pertinente*, las garantías previstas en el interrogatorio judicial, tales como el derecho a guardar silencio, a tener un abogado y a tener una conversación privada con este.¹² Adicionalmente, dado que la ley establece que las disposiciones del interrogatorio judicial previstas en el artículo 185 del Código Procesal Penal son aplicables al interrogatorio policial, se puede interpretar que existe la obligación legal de que el abogado defensor esté presente en el acto. No hay disposición normativa que regule la presencia del Ministerio Público en las declaraciones realizadas en la fase policial y, aunque no está prohibido, no ocurre en la práctica.

Es importante destacar que todos los actos realizados durante la investigación policial deben, necesariamente, ser registrados en un documento escrito. También, la policía lleva a cabo la investigación preliminar en la mayoría de casos, aunque no es obligatorio para iniciar la acción penal.

- (ii) La acción penal: La acción penal es pública y su titular es el Ministerio Público. Se presenta en la jurisdicción penal en primera y en segunda instancia, con aplicación de los derechos de contradicción y amplia defensa. La regla general, con algunas variaciones, es que el procedimiento siga el siguiente orden:¹³ una vez instaurada la acción penal, se concede al acusado la oportunidad de responder por escrito la acusación que se le hace, lo cual,

delitos sean investigados por otros órganos o instituciones. Eso significa que, aunque no exista una previsión legal, tampoco hay prohibición expresa para que la investigación sea realizada por otros órganos. Sin embargo, la investigación policial puede ser dispensada, si los datos sobre el eventual delito pueden obtenerse por otros órganos que tengan atribución (determinada por la Constitución Federal o por una ley) para investigar, como las comisiones parlamentarias de investigación (que se ocupan de hechos de todo tipo: administrativo, político, civil y hasta penal, y pueden remitir esos datos a la institución responsable de la sanción correspondiente). Acerca de la posibilidad o no de investigación por el Ministerio Público, véase el apartado 3.4.1.

¹¹ Código Procesal Penal, art. 6º, inc. V.

¹² Según consta en el Código Procesal Penal (art. 6º inciso V), que trata de las diligencias realizadas por el Comisario de Policía en la conducción de la investigación policial, mientras que el inciso V se refiere específicamente al interrogatorio del acusado en esta etapa.

¹³ La descripción que aquí se hace se refiere al procedimiento común ordinario, utilizado para procesar y juzgar los delitos cuya pena máxima prevista sea igual o superior a cuatro años de prisión; por eso se aplica a la mayoría de los delitos previstos en la ley brasileña, además de servir de modelo para los demás tipos de procedimiento.

en situaciones excepcionales, conlleva el cierre anticipado del proceso con la absolución sumaria del acusado. Cuando el proceso continúa, se toma declaración primero a los testigos del acusador, luego a los de la defensa,¹⁴ y por último se interroga al acusado. Al final, las partes pueden solicitar otras diligencias cuando se requiera alguna aclaración adicional sobre las pruebas producidas en audiencia. Terminada la instrucción y después de escuchar las alegaciones finales de las partes, el juez profiere sentencia condenatoria o absolutoria, y contra ella cabe recurso de apelación.¹⁵ El artículo 617 del Código de Procesal Penal brasileño impide la revisión en perjuicio del acusado cuando solo recurre la decisión la defensa.

- (iii) Ejecución de la pena: Despues de que finaliza la fase de enjuiciamiento penal, si hay condena con pena privativa de libertad, continúa la etapa de ejecución de la pena. Este procedimiento es de naturaleza judicial y administrativa, y es conducido por el juez de ejecución penal y el director del establecimiento carcelario donde se cumple la condena. En esta fase es obligatorio respetar las garantías constitucionales de debido proceso, igualdad procesal, contradicción, amplia defensa, publicidad (el derecho a saber la duración de la pena en prisión, por ejemplo) y el doble grado de jurisdicción.

En teoría, sobre todo con la alteración al Código Procesal Penal (CPP) de 2008, el juez no puede fundamentar su decisión exclusivamente en las pruebas de la investigación, salvo que sean pericias y otras pruebas irrepetibles. Sin embargo, en diversas ocasiones, este impedimento se esquiva teniendo en el juicio solo los testimonios de los policías responsables de la detención en flagrancia o de conducir la investigación penal. Muchas veces, esos policías pueden revisar la información que consta en la investigación antes de declarar en el juicio, lo que influye ciertamente en su testimonio en juicio.

¹⁴ De manera general, los testigos de defensa son indicados en esta fase, casi siempre sin contacto del defensor con el acusado preso, lo que frecuentemente perjudica la producción de pruebas de la defensa en la fase de instrucción.

¹⁵ La apelación podrá ser juzgada por el Tribunal de Justicia de los estados en el caso de los delitos de competencia de la justicia estatal, o por el Tribunal Regional Federal competente, en el caso de los delitos de competencia de la justicia federal, conforme se explica en la nota 5. Para este informe, todas las menciones a la fase de recurso se refieren al Tribunal de Justicia del estado de São Paulo, debido a la delimitación de la zona escogida para esta investigación.

1.3. Justificación de la delimitación geográfica y metodología de la investigación

Según los datos del Censo de 2010, Brasil tiene 196.655.014 habitantes: 96.745.275 hombres y 99.909.739 mujeres. La población es mayoritariamente urbana (86,91%), mientras que 13,09% es rural. Respecto del criterio étnico-racial, cerca de 91 millones declararon ser blancos, 15 millones dijeron ser negros, 82 millones pardos, 2 millones amarillos y 817.000 indígenas.¹⁶ En términos porcentuales, eso significa que el 47,7% de la población declaró ser blanca, mientras que el 50,7 declaró ser negra o parda, siendo la primera vez que la proporción de personas que se declara negra o parda sobrepasa la de quienes se declaran blancas.

Los órganos oficiales no ofrecen datos sistematizados ni actualizados sobre las estadísticas delictivas nacionales, por lo que es necesario recurrir a otros estudios. La ausencia de información oficial disponible es en sí misma un dato relevante: implica que hay una dificultad para diagnosticar las causas de la violencia y de la delincuencia, así como para proponer políticas públicas de prevención adecuadas.

Después de hacer esta salvedad, se puede decir que según el Mapa de la Violencia de 2012,¹⁷ la tasa nacional de homicidios es de 26,2 por cada 100.000 habitantes. En el estado de São Paulo, esta tasa es de 13 homicidios por cada 100.000 habitantes; y la tasa nacional más alta se encuentra en el estado de Alagoas (región nordeste de Brasil), con 66,8 homicidios por cada 100.000 habitantes. Aunque no existen datos nacionales sistematizados, se estima que el delito que más encarcelamientos provoca entre los hombres es el robo (28,3%), seguido del tráfico de drogas (23%)¹⁸; pero la tasa de encarcelamiento por tráfico de drogas crece más que las demás.¹⁹ En cuanto a las mujeres, la mayoría están presas por tráfico de drogas (40%). En el estado de São Paulo, el 36% de los hombres están presos por robo y el 28% por tráfico de drogas, mientras que el 35% de las mujeres están presas por tráfico de drogas y el 8,3% por delitos en contra del patrimonio.²⁰

¹⁶ Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, Censo de 2010.

¹⁷ Waiselfisz 2012, pp. 18-22.

¹⁸ Departamento Penitenciario Nacional del Ministerio de Justicia (DEPEN), datos de diciembre de 2012.

¹⁹ También es alta la incidencia de detención por el delito de hurto, que alcanza cerca del 35 % de las detenciones. Instituto Sou da Paz 2012.

²⁰ Departamento Penitenciario Nacional del Ministerio de Justicia, datos de diciembre de 2012.

Según datos del Ministerio de Justicia (Sistema Infopen 2012²¹),²² existe un perfil definido de la población reclusa: son hombres (93,6%), jóvenes (48,5% tiene entre 18 y 29 años), y en su mayoría negros o pardos (53,83%). En el estado de São Paulo, los datos del Ministerio de Justicia indican una realidad similar: el 93,52% de los presos son hombres, el 47,17% tiene entre 18 y 29 años, y el 46,74% son negros o pardos. La posibilidad de que haya una relación entre el perfil racial y el encarcelamiento es algo que preocupa desde hace tiempo, y se han realizado diversos estudios sobre ello: uno en los noventa²³ recopiló gran cantidad de datos estadísticos que permiten concluir la existencia de un tratamiento diferenciado entre acusados blancos y negros. Dado que la proporción de presos negros y pardos es alta, se puede afirmar que existen indicios que apuntan una relación entre encarcelamiento y discriminación racial. Los autores de ese estudio manifiestan que es más probable que ello se derive de mayor vigilancia policial y un tratamiento selectivo de todo el sistema de justicia penal sobre la población negra.

Ahora bien, en la presente investigación se seleccionó el estado de São Paulo como área de estudio, por ser el más poblado del país, ya que tiene 41.262.199 habitantes (Censo de 2010).

Dado que la competencia de la justicia estadual abarca la mayor cantidad de los delitos previstos en el ordenamiento jurídico brasileño y que la administración del sistema penitenciario es de competencia estadual, la investigación fue elaborada a partir de la recopilación de datos y la observación de la *justicia estadual penal del estado*,²⁴ escogido por su representatividad, ya que además de tener la mayor cantidad

²¹ *Ibid.*

²² En el Informe Nacional del Estado Brasileño presentado en el Mecanismo de Revisión Periódica Universal del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2012) consta que los presos son mayoritariamente hombres (93,6%), jóvenes (53,6% tienen entre 18 y 29 años) y en su mayoría negros o pardos (57,6%). Secretaría de Derechos Humanos.

²³ Estudio *Racismo, criminalidade violenta e justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa* [Racismo, criminalidad violenta y justicia penal: acusados blancos y negros en una perspectiva comparativa], realizado por el Núcleo de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo entre 1992 y 1993.

²⁴ Es importante indicar que los datos recolectados se refieren a la justicia destinada a los acusados adultos, pues los niños y adolescentes acusados penalmente se someten a la Ley del Estatuto del Niño y del Adolescente que prevé un procedimiento diferente.

de población de Brasil, tiene el mayor número de procesos,²⁵ la estructura más grande del Poder Judicial²⁶ y la mayor cantidad de presos.²⁷

La investigación de campo comprendió el seguimiento *in situ* de las actividades de las siguientes instituciones:

- Juzgados del Tribunal Central de Barra Funda. Estos tienen competencia para procesar y juzgar delitos con penas de reclusión y con detención que se susciten en el área de competencia territorial de la circunscripción central.²⁸
- Departamento de Interrogatorios Policiales y Corregidurías de la Policía Judicial (DIPO).²⁹ Estos tienen competencia sobre las decisiones judiciales que deben tomarse en una investigación policial, tales como la decisión que convierte la detención en flagrancia en prisión preventiva, la que cesa la detención en flagrancia o concede libertad provisional, las órdenes de búsqueda y captura, las interceptaciones telefónicas, entre otras. De esa manera, el DIPO es el órgano que, al estar en la populosa ciudad de São Paulo, ejerce el control judicial de la entrada del mayor número de personas

²⁵ Según el Informe de 2012 del Consejo Nacional de Justicia, el estado de São Paulo registró 543.183 nuevos procesos penales en 2011, de un total nacional de 1.541.536, es decir, constituyeron alrededor del 35%.

²⁶ Según el Informe de 2012 del Consejo Nacional de Justicia, el estado de São Paulo tiene 3.384 magistrados, entre jueces titulares y sustitutos, y de primera y segunda instancia. Dado que hay 15.337 magistrados en la justicia estadual en Brasil, el estado de São Paulo concentra el 22% de los jueces activos del país.

²⁷ Actualmente, Brasil tiene una población reclusa aproximada de 550.000 personas. De ellas, 195.000 están en prisión provisional, es decir que más del 35% de la población carcelaria espera su juicio en prisión. En el estado de São Paulo, esa proporción es cercana al porcentaje nacional: de los 190.828 presos, 62.843 (casi el 33%) están encarcelados provisionalmente. Datos del Departamento Penitenciario del Ministerio de Justicia.

²⁸ El Código Penal brasileño establece reclusión para penas más largas previstas para los delitos más graves, y detención para penas de menor duración previstas para los delitos menos graves. Aunque la Ley de Ejecución Penal determina que deben ser cumplidas en lugares distintos, en la práctica no se observa esta distinción. La única diferencia es el régimen inicial de cumplimiento de la pena, ya que, inicialmente, las penas de reclusión, por lo general, se cumplen en régimen cerrado, mientras que la detención siempre se cumple en régimen semiabierto.

²⁹ Órgano responsable de la centralización de todos los autos de detención en flagrancia e investigaciones policiales de la capital de São Paulo (con excepción de aquellos que son crímenes dolosos contra la vida y las infracciones de menor potencial ofensivo, que son remitidos directamente al Juzgado Especial Penal), que, cuando concluye la investigación, son distribuidos a los juzgados penales. Es específico del estado de São Paulo, creado por el Consejo de la Magistratura, y con organización establecida por Provisión del Consejo Superior de la Magistratura.

al sistema carcelario. Además, es un órgano cuyos jueces son elegidos por indicación del Tribunal y no se les garantiza inamovilidad.

- Sección Penal del Tribunal de Justicia. Está constituida por siete grupos, cada uno con dos salas penales, es decir, catorce en total. Cada una está compuesta por cinco jueces de segunda instancia (denominados *desembargadores*),³⁰ responsables de decidir los recursos interpuestos contra los fallos dictados por jueces penales en primera instancia, así como los procesos de hábeas corpus y los recursos de amparo.

La investigación de campo incluyó entrevistas en profundidad, visitas al Tribunal Penal de Barra Funda y al Tribunal de Justicia de São Paulo, con el fin de observar las instalaciones físicas y asistir a audiencias de instrucción (primera instancia) y a deliberaciones sobre hábeas corpus y recursos (segunda instancia). La investigación realizada fue de naturaleza cualitativa, por lo que sus resultados no pueden ser generalizados, ya que fueron entrevistados pocos profesionales de cada área debido a las limitaciones temporales y espaciales del proyecto. Sin embargo, el resultado presentado también se basa en las observaciones emprendidas sobre el terreno y en la experiencia de Conectas Direitos Humanos y del Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) en el ámbito de la justicia penal brasileña.

En total se realizaron 15 entrevistas, entre enero y marzo de 2013, con profesionales de las tres etapas del enjuiciamiento penal:³¹ tres comisarios (responsables de las comisarías de policía ubicadas en barrios con poblaciones de diferentes perfiles socioeconómicos), tres fiscales, tres jueces, tres defensores públicos, dos abogados particulares y un abogado de oficio.³² Todos los entrevistados respondieron las mismas preguntas, referidas a las dos etapas del enjuiciamiento penal (policial y judicial) y a la ejecución penal, con el fin de obtener la visión de los diferentes profesionales del derecho sobre cada una de esas fases, así como del sistema de justicia penal en su conjunto.

³⁰ Nomenclatura utilizada para identificar a los magistrados que juzgan en segunda instancia.

³¹ No fue posible entrevistar a un miembro del Ministerio Público que actuara en la fase policial, pues no se obtuvo respuesta de los intentos de contacto que emprendimos.

³² Los abogados de oficio son los que integran el convenio de asistencia Judicial, celebrado entre la OAB y la Defensoría Pública. Esto es explicado detalladamente en el punto 2, sobre asistencia judicial.

2. Asistencia judicial

La presencia de un abogado que represente al acusado en la fase judicial y en la fase de ejecución de la pena es obligatoria.³³ Esta exigencia, unida al derecho a la asistencia jurídica,³⁴ tiene por objeto asegurar, por lo menos en teoría, que todos los acusados, especialmente los pobres, tengan acceso a los servicios gratuitos de un defensor.³⁵ Cuando el acusado no nombra a un abogado de su elección, el Código de Procedimiento Penal³⁶ determina que el juez le designa un defensor público o de oficio.³⁷ La ley³⁸ permite que, en cualquier momento, el acusado nombre un abogado de confianza, aunque el juez le haya asignado un defensor público o de oficio en una fase anterior.

³³ Código de Procedimiento Penal, art. 261.

³⁴ Garantizado a quienes carecen de recursos, según lo dispuesto en la Constitución Federal, art. 5, LXXIV.

³⁵ Aunque no hay un umbral económico para garantizar el derecho a la defensa en materia penal, el artículo 263 del Código de Procedimiento Penal determina que si la persona no es pobre y utiliza los servicios de asistencia jurídica, debe pagar los honorarios.

³⁶ Código Procesal Penal, art. 263.

³⁷ En 1988, la Constitución Federal estableció que la asistencia jurídica a la población carente en casos de la justicia estadual debe ser realizada por las defensorías públicas de los estados. El estado de São Paulo, sin embargo, solo instituyó su Defensoría Pública en el año 2006; hasta esa fecha, la asistencia jurídica pública la brindaba la Procuraduría de Asistencia Jurídica (PAJ), vinculada a la Procuraduría General del Estado (responsable de la representación del estado de São Paulo ante los tribunales) y, de forma complementaria, los abogados participantes en el convenio suscrito entre el Colegio de Abogados de Brasil (OAB) y la PAJ. Con la creación de la Defensoría Pública de São Paulo, los procuradores de asistencia jurídica tuvieron la opción de migrar a la carrera de defensor público. Esto fue elegido por 87 de los 350 procuradores que trabajaban en la Asistencia Jurídica (Según divulgado en el sitio Consultor Jurídico). De acuerdo con la Defensoría Pública, en 2013, después de la realización de cinco concursos, el estado contaba con 606 defensores: 301 en la capital y 305 en los demás distritos judiciales. El 13 de julio de 2013, cuando ya estaba finalizada la observación de campo de esta investigación, se publicó la convocatoria al 6º concurso de ingreso a la carrera de defensor público en São Paulo, para cubrir 90 vacantes. De estos, 185 trabajan en el área criminal del estado, 88 de los cuales están en la capital.

Es importante decir, que en una menor escala, las facultades de derecho también establecen oficinas modelo, donde los estudiantes trabajan, bajo la orientación de abogados licenciados quienes son los legalmente responsables de los procedimientos. Esta actividad se presta a través de un convenio firmado con la Defensoría, así como con otras organizaciones no gubernamentales e incluso públicas, como el caso de la “Fundação de Amparo ao Preso (FUNAP) (responsable de la asistencia jurídica en la fase de ejecución penal, junto con la Defensoría Pública).

³⁸ Código de Procedimiento Penal, art. 263.

Los defensores públicos son funcionarios licenciados en Derecho, sometidos a un concurso público y previa aprobación del examen de acceso al Colegio de Abogados de Brasil.³⁹ Su remuneración inicial es de USD 5.000 mensuales aproximadamente.⁴⁰

Por su parte, los defensores de oficio son abogados que se inscriben en un convenio celebrado entre la Defensoría Pública y el OAB-SP,⁴¹ y se ponen a disposición para ser nombrados en los casos remitidos por la Defensoría Pública⁴² cuando el acusado no tiene abogado para atenderlo a través del convenio. La única exigencia legal de calificación⁴³ para participar en el convenio es que hayan aprobado el examen de OAB. No hay injerencia de la Defensoría en la prestación de estos servicios, a pesar de que legalmente existe control de calidad por parte de la Contraloría de la Defensoría Pública. Los honorarios de los abogados de oficio son USD 367,48 (en un procedimiento judicial en el área penal) y USD 152,28 (en la fase de ejecución).⁴⁴

En el trabajo de campo se observó que el número de defensores no es proporcional a la demanda que tienen las subdivisiones del área penal, pues algunas zonas⁴⁵ carecen de defensores públicos, lo que genera una sobrecarga de trabajo extrema. Por ejemplo, el sector de la Defensoría que trabaja con el Departamento de Investigaciones Policiales cuenta solo con cuatro defensores, responsables de todas las investiga-

³⁹ El Colegio de Abogados de Brasil representa a los abogados y regula el ejercicio de la profesión. El ejercicio de la profesión de abogado en el área contenciosa está sujeto a la aprobación del examen de acceso a OAB, al que deben someterse los profesionales para poder ejercer, exigencia que se extiende a los defensores públicos.

⁴⁰ No hay desglose de los datos de financiación por área en la Defensoría Pública.

⁴¹ Defensoría Pública y Colegio de Abogados de Brasil.

⁴² Como el convenio funciona de forma suplementaria, la Defensoría Pública envía a los abogados de oficio los casos que superan su capacidad.

⁴³ En São Paulo, el Acuerdo del convenio suscrito entre la Defensoría Pública y el OAB establece, en su cláusula 2, párrafo 10, los requisitos específicos para la actividad ante el Jurado (prueba de participación en sesiones y en un programa en la Escuela Superior de Abogacía), y en el párrafo 11, la realización de un programa específico en la Escuela Superior de Abogacía como requisito para ejercer en el área de Infancia y Juventud.

⁴⁴ La recepción de esos honorarios puede ser fraccionada en porcentajes del 70%, 60% y 30%, según el éxito del abogado en la causa: en caso de condena, el profesional recibirá parte del pago en la fecha de la sentencia, y el resto cuando se publique el fallo de la apelación. Según la observación de campo y las entrevistas, esta forma de pago desalienta a menudo a los abogados de oficio a apelar las sentencias condenatorias, pues no necesitan esperar el fallo de la apelación (que puede tardar años) para recibir honorarios. Datos de la Defensoría Pública de São Paulo.

⁴⁵ Incluso en los juzgados penales del Foro Central, donde hay dos defensores públicos por juzgado, existe sobrecarga de trabajo, aunque de manera menos crítica que en las etapas de la investigación policial y de la ejecución penal.

ciones policiales⁴⁶ de la capital cuando el acusado no nombre un abogado. Otra área con extrema sobrecarga, según las entrevistas, es la de asistencia jurídica en la fase de ejecución penal.⁴⁷

El convenio para la prestación de asistencia jurídica suplementaria celebrado entre la Defensoría Pública y el OAB tiene por objeto suplir la demanda donde los servicios de la Defensoría son insuficientes.⁴⁸ El envío de los casos a los defensores de oficio varía según la demanda y la realidad de cada lugar.⁴⁹ La mayor parte de los servicios de asistencia jurídica (incluyendo otras áreas además de la penal)⁵⁰ en el Estado de São Paulo se realiza en el marco del convenio con el OAB. Esta situación resulta problemática. En primer lugar, porque la atención del convenio con el OAB

⁴⁶ Este dato no se ha obtenido, pero uno de los jueces entrevistados que trabaja en la fase de Investigación Policial declaró que recibe en promedio 240 autos de prisión por flagrancias al día y mil a la semana. Ocho jueces trabajan en el DIPO (Departamento de Investigaciones Policiales). El informe de actividades de la Defensoría de 2013 mencionó que recibió 28.730 autos de prisión por flagrancias en los servicios judiciales en el año 2012. Esos defensores ejercen también ante el Juzgado de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer y el Juzgado Especial Criminal.

⁴⁷ En la capital, solo 17 defensores actúan en nombre de 70.000 presos, tanto en procedimientos judiciales como administrativos. El concurso más reciente, que fue concluido en 2013, priorizó la cobertura de vacantes en el área de ejecución penal, según las entrevistas y lo anunciado en prensa por el gobierno del estado de São Paulo. En la etapa de ejecución penal, los condenados también cuentan con el convenio establecido con FUNAP, tal como se explica con más detalle en la nota 37. Datos del Instituto de Investigación Avanzada 2013.

⁴⁸ Según el OAB/SP, hay 44.513 abogados inscritos. De las asignaciones realizadas en 2011, aproximadamente un 19% fueron para casos penales. El estado de São Paulo tiene 645 municipios y 282 distritos judiciales, y las 23 unidades de la Defensoría Pública que están instaladas atienden todas las áreas de asistencia jurídica, no solo la penal, en varios municipios. Las deficiencias en la estructura de la asistencia jurídica en São Paulo son antiguas, pues, por ejemplo, el convenio existe desde 1986. Como se verificó en la investigación de campo, uno de los criterios para enviar casos al convenio es que el servicio sea insuficiente en los distritos judiciales donde la Defensoría Pública no está instalada, o cuando está instalada porque tiene un número insuficiente de defensores para atender la demanda. El convenio también atiende casos en los que se verifica un conflicto de intereses entre el usuario que es atendido por la Defensoría y un tercero.

Los datos completos están disponibles en el informe Datos Generales de la Defensoría Pública de julio de 2012 (aún disponible en línea).

⁴⁹ Defensoría Pública de São Paulo.

⁵⁰ El área criminal tiene 185 defensores en todo el estado, de los cuales 88 están en la capital. Dado que la población que tiene renta familiar de hasta tres salarios mínimos en el estado de São Paulo alcanza aproximadamente los 29.543.517, hay un defensor para cerca de 49 mil personas, y un abogado del convenio para 663 personas, aproximadamente. Esto coincide con el hecho de que la Defensoría Pública no puede atender la mayoría de los casos nuevos que llegan a la institución, y con el elevado porcentaje de casos que se envían para ser atendidos en el convenio.

debería ser un servicio suplementario de asistencia jurídica. En segundo lugar, porque se puede presumir que existen mayores riesgos de baja calidad técnica de los servicios que se prestan en el marco del convenio, debido a los términos en los que se establece la cooperación. En efecto, no hay criterios de evaluación de la formación jurídica ni fiscalización del trabajo realizado por los abogados. Los bajos valores de los honorarios fuerzan a los participantes del convenio a asumir una gran cantidad de casos en todas las áreas del derecho, lo que probablemente compromete la calidad técnica de su trabajo. Además, la posibilidad de recibir los honorarios fraccionados cuando hay condena, genera que muchos profesionales no apelen las decisiones para que la decisión se vuelva definitiva y se recaben los honorarios. Es más, no se ofrece ningún tipo de orientación profesional a los abogados que entran en el convenio, lo que certamente dificulta su trabajo, en especial cuando los abogados tienen menos experiencia, incluso si poseen buena formación jurídica.

Tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita las personas cuya renta familiar no supera los USD 900 mensuales o el equivalente a tres salarios mínimos.⁵¹ En cuanto a la existencia de un umbral económico para la atención de la Defensoría Pública, existen dos situaciones distintas:

- (i) Los casos que se presentan ante la Defensoría Pública son sometidos a evaluación, y solo se admiten aquellos de personas cuya renta familiar sea inferior a tres salarios mínimos (aproximadamente USD 900).
- (ii) Los acusados en un procedimiento penal que no nombran a un abogado privado tienen derecho a un defensor público, independientemente de su renta familiar. Sin embargo, el Código de Procedimiento Penal establece⁵² que si el acusado no es pobre y utiliza los servicios del defensor público, debe pagar sus honorarios.

La atención cubre a las personas detenidas en flagrancia, a las que se están procesando o en libertad sin condena y a las condenadas.⁵³ Según se observó en la investigación de campo, la forma de atención varía según la fase del procedimiento penal:

⁵¹ Defensoría Pública de São Paulo. Todos los valores expresados en dólares estadounidenses fueron calculados según el tipo de cambio dólar/real de julio de 2013.

⁵² Código de Procedimiento Penal, art. 263.

⁵³ Aunque la Defensoría no dispone de datos exactos sobre la población elegible para ser atendida (el Censo calcula aproximadamente las familias con renta de dos a cinco salarios mínimos, y la Defensoría propone atender a personas con renta familiar no superior a tres salarios mínimos), hay datos, obtenidos en un estudio realizado por el Instituto de Investigación Avanzada en 2013, que indican que el estado de São Paulo tiene entre 40 y 157 mil personas que son elegibles por cada defensor.

- En cuanto a los detenidos en flagrancia, la mayoría de los casos que llegan a los defensores son puestos en conocimiento por el Comisario de Policía, quien envía una copia de los documentos relacionados con la detención cuando el acusado no tiene abogado.⁵⁴ A veces, un familiar busca el servicio en nombre del acusado.
- Los casos de las personas procesadas que tienen un procedimiento judicial en trámite se remiten a los defensores que trabajan en los juzgados penales⁵⁵ después de que el Ministerio Público presenta la denuncia⁵⁶ y la persona ha sido citada, cuando se inicia el plazo para presentar la defensa por escrito.⁵⁷ A veces se envía el caso al defensor, meses después de la presentación de la denuncia, pues ese tiempo se usa en la localización y la citación personal del defendido. Según las entrevistas e investigaciones recientes,⁵⁸ la mayoría absoluta de los procedimientos se tramitan con la persona presa, y no hay contacto de los defensores públicos con su defendido antes de la elaboración de la defensa escrita y de la elección de los testigos. Esto se debe a que no hay unidades de la Defensoría Pública en las instituciones penitenciarias, y el defensor público del caso no está dispuesto a visitar al defendido con anterioridad a preparar la defensa escrita y elegir los testigos, ni tampoco a solicitar al juez que lleve al defendido al juzgado para conversar en privado.
- El primer contacto personal entre el defendido preso y el defensor público se da solo momentos antes de la audiencia previa al juicio, en la puerta de la sala de audiencia, es decir, 150 días después de la detención.⁵⁹ En ese momento,

⁵⁴ El artículo 306, párrafo 1, del Código de Procedimiento Penal determina que si la persona detenida en flagrancia no informa el nombre de su abogado, la autoridad policial debe enviar una copia completa del auto de prisión en flagrancia a la Defensoría Pública.

⁵⁵ En la ciudad de São Paulo, cada juzgado penal cuenta con dos defensores públicos –uno que trabaja con el juez titular y otro con el sustituto– y la Defensoría orienta al usuario a que busque directamente al defensor a cargo del procedimiento en el juzgado. Sin embargo, esta orientación podrá variar según la ciudad, ya que no todas tienen una estructura idéntica a la Defensoría Pública.

⁵⁶ Documento que inicia el procedimiento judicial criminal.

⁵⁷ Código de Procedimiento Penal, art. 393.

⁵⁸ Una investigación realizada por el Núcleo de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo sobre prisiones en flagrancia por el delito de tráfico de drogas indicó que en el 88,64% de los casos, el procedimiento se tramitó con la persona presa. Otro estudio, realizado por el Instituto Sou da Paz sobre prisiones en flagrancia constató que, entre los casos observados, solo el 12,1% de los presos capturados en flagrancia fueron liberados provisionalmente en la etapa policial.

⁵⁹ Como se observó en el estudio realizado por el Núcleo de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo, mencionado en la nota anterior.

es cuando se lleva a cabo el interrogatorio. Este escenario muestra que la defensa ofrecida a los acusados carentes de recursos es meramente formal.

En los casos de personas condenadas, los autos se envían al defensor de la ejecución tan pronto se registra la sentencia.⁶⁰ Otra posibilidad es que un familiar busque asistencia de la Defensoría para que defienda a la persona procesada. En ambos casos, el defensor rara vez conoce al defendido personalmente.

Según el convenio, los abogados de oficio son nombrados a través de la Defensoría. De acuerdo con la información obtenida en la investigación de campo, los abogados de oficio son llamados a partir de la citación para que presenten una respuesta escrita a la acusación. Al igual que los defensores públicos, usualmente no tienen contacto personal alguno con su cliente (esté en libertad o no) sino hasta la audiencia, y tampoco se les dice que deben hacerlo, lo que compromete la calidad de la defensa presentada.

Por otro lado, la ley prevé la posibilidad de nombrar un defensor en el mismo acto procesal (nombramiento *apud acta*), que se hace en el interrogatorio y sin necesidad de otorgar poder.⁶¹

3. Los derechos legales y su implementación

3.1. Derecho a la información

En la legislación brasileña, aunque el derecho a la información está garantizado en todas las etapas del proceso y la ejecución penal, su ejercicio tiene diferentes previsiones legales y constitucionales según la fase del procedimiento.

⁶⁰ Incluso con la apelación a la espera de resolución, ya que se puede iniciar la ejecución provisional de la pena. Esto se mencionará con más detalle en las conclusiones.

⁶¹ Código de Procedimiento Penal, art. 266. Es importante mencionar las entrevistas con abogados, respecto de las audiencias celebradas en cumplimiento de las cartas rogatorias (documento emitido por el juez competente a un juez de otra localidad, para realizar una medida procesal en ese distrito judicial, según el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal), sin la presencia de un abogado. Dado que, en estos casos, los abogados o defensores usualmente ejercen en la ciudad de origen del procedimiento, no se desplazan siempre a la otra donde se celebra la audiencia. A menudo, los abogados de oficio van a las salas de audiencia ofreciéndose como defensores *ad hoc* en las deposiciones, pero los abogados entrevistados relataron que esas audiencias muchas veces se celebran sin abogado. A pesar de la grave afrenta que esto implica en contra de los derechos constitucionales, es importante decir que este fue el único acto procesal donde se mencionó que se celebra sin abogado.

En la fase policial, las previsiones legales acerca de la información de la naturaleza y la causa de la acusación varían según la forma en la que inicia la investigación. En las investigaciones iniciadas a partir de una detención en flagrancia, la formalización del acto de prisión incluye la entrega de la nota de culpa al sospechoso en un máximo de 24 horas.⁶² Esta es la comunicación formal del motivo de la prisión, el nombre de la persona que realizó la detención y sus testigos, y la firma de la autoridad policial responsable.⁶³ Según las entrevistas a los defensores, aunque siempre conste que el preso fue informado de sus derechos, esa comunicación con frecuencia no se presenta en el acto de la prisión. Además, tanto los jueces como los defensores mencionaron que la nota de culpa es estandarizada, por lo que no se puede inferir cómo se realiza realmente la actuación en la que se le informan al demandado sus derechos en la comisaría de policía en el momento de la detención.⁶⁴

En cambio, en las investigaciones iniciadas mediante orden del comisario de policía, la ley no menciona cómo debe comunicarse la acusación al procesado. Por disposición legal, la investigación policial es un acto reservado⁶⁵ y, en principio, ni siquiera el investigado tiene acceso personal a los autos de la investigación. La regla de reserva comenzó a flexibilizarse a partir de la entrada en vigor del Estatuto de la Abogacía,⁶⁶ que en su artículo 7º, inciso XIV, incluye expresamente el derecho del abogado a examinar los autos de investigación policial en las dependencias policiales. Finalmente, en 2009, el Supremo Tribunal Federal (STF) apaciguó la cuestión,⁶⁷

⁶² Los comisarios relataron que la nota de culpa en general se expide en un plazo de 24 horas, lo que permite presumir que el preso muchas veces responde al interrogatorio policial sin ser informado de sus derechos.

⁶³ Código Procesal Penal, art. 306, § 2º. El texto constitucional, promulgado con posterioridad al Código Procesal Penal, establece en su artículo 5º, LXIV, que el preso tiene derecho a identificar a los responsables de su detención o de su interrogatorio policial.

⁶⁴ Se recuerda que no hay defensores públicos presencialmente en las comisarías de policía.

⁶⁵ Código Procesal Penal, art. 20. Hay que resaltar que el decreto de reserva de la investigación policial es constitucional, pues asegura el éxito de la investigación y resguarda la imagen y el honor del procesado, de conformidad con la Constitución Federal, en su artículo 5º, X.

⁶⁶ Ley 8.906/1994.

⁶⁷ Por medio de la publicación del Boletín de jurisprudencia vinculante nº 14. El boletín de jurisprudencia puede definirse como la manifestación de un posicionamiento de los tribunales superiores acerca de una determinada cuestión jurídica, que haya sido recurrentemente sometida a juicio por la corte en cuestión y que funcione como indicativo de la interpretación que se debe adoptar en casos semejantes. El boletín de jurisprudencia vinculante solo puede ser emitido por el Supremo Tribunal Federal. Recibe esa denominación porque vincula a todos los demás tribunales de instancias inferiores a juzgar en el mismo sentido preconizado por el STF.

garantizando al investigado y al abogado defensor acceso amplio a los elementos de la investigación realizada por la policía judicial. Así, si se interpreta la ley en consonancia con lo dispuesto por el Supremo Tribunal Federal, el contenido de la acusación formulada en la notificación llega al conocimiento del acusado a través de su abogado. Según la investigación de campo, eso es lo que ocurre en la práctica, pues aunque nada impide que el investigado acceda directamente a los autos, eso sucede raramente.

Además de estas cuestiones, los defensores y abogados entrevistados citaron otros obstáculos para una defensa de calidad, como, por ejemplo, las investigaciones policiales que tienen solicitudes de diligencias por parte del Ministerio Público en autos apartados, incluso con proceso judicial en curso. Esto requeriría el cierre de la investigación policial.

En la fase procesal, el acceso a los autos es generalmente público,⁶⁸ y es obligatoria la comunicación de la naturaleza de la acusación. Esta última se hace a través de la citación, que es el acto en el que se informa al detenido (que se conoce como acusado a partir de ser citado) acerca del enjuiciamiento de la acción, se le imputa una infracción y se permite su oportuna defensa. Esta obligación constitucional⁶⁹ y legal⁷⁰ debe ser cumplida de forma escrita y verbal, pues la ley determina que la cédula de notificación debe ser leída y entregada al acusado por parte del oficial de justicia;⁷¹ es obligatorio que este indique cómo se dio el acto en certificado posterior.

Sin embargo, en el trabajo de campo se verificó que no existe fiscalización del trabajo de los oficiales de justicia, pues se hace por fuera de las instalaciones del tribunal penal. Por ejemplo, no son raros los informes de profesionales del derecho acerca de que incluso los acusados que enfrentan un proceso en libertad (supuestamente citados de forma regular), no acuden a la Defensoría Pública ni designan abogados particulares. Este hecho pone de manifiesto la discusión en torno a cómo se cita y su nivel de comprensión por parte de los acusados.

Es importante destacar que cuando existe previsión legal (publicación del auto de prisión en casos de flagrancia, citación derivada de haber recibido una denuncia

⁶⁸ Excepcionalmente, el juez puede decretar secreto de justicia por interés público (como, por ejemplo, en delitos que involucran a niños o adolescentes, casos de violaciones del secreto bancario, fiscal o telefónico, o casos de connotación popular), pero no es oponible al acusado ni a su abogado.

⁶⁹ Constitución Federal, art. 5º, LXIV. De forma indirecta, también el inciso IV de la CF asegura el derecho a un proceso contradictorio y la amplia defensa, ya que su ejercicio depende de la comunicación eficaz del contenido de la acusación.

⁷⁰ El Código Procesal Penal regula la citación en los artículos 351 a 369.

⁷¹ Código Procesal Penal, art. 357.

y publicación de la sentencia condenatoria), el derecho a la información debe ser absoluto y respetado, incluso, cuando la persona está detenida. Sin embargo, algunos defensores entrevistados informaron que es frecuente que los acusados que están presos no sean notificados personalmente de su condena, pues cuando se dicta el proceso se transfiere al defensor de la fase de ejecución (es difícil que el defensor de la fase de ejecución haga esa comunicación) y el sistema precario de notificación no conduce a que el detenido sea informado. Mientras tanto, la persona sentenciada espera en prisión la decisión del recurso, aunque no tenga información sobre su condena.

En suma, no existe en la legislación brasileña un documento que funcione como carta de derechos. Sin embargo, documentos destinados a otras finalidades cumplen formalmente el papel de comunicar al acusado algunos derechos. Por ejemplo, la nota de culpa,⁷² entregada al final de la formalización de la detención en flagrancia, comunica⁷³ oficialmente al detenido la razón de la prisión, el nombre de la autoridad que formalizó el acto y de la persona que lo ha conducido a la comisaría de policía. La cédula de notificación, por su parte, informa a la persona que está siendo acusada en juicio y que tiene derecho a un abogado para actuar en su defensa.⁷⁴ Pero, dado que, según la previsión legal, la nota de culpa solo se entrega al acusado después de finalizar el procedimiento de flagrancia, la información por escrito sobre sus derechos se da después de realizado el interrogatorio.

Aunque el artículo 5º, LXIII, de la Constitución Federal prevé que el preso debe ser informado de sus derechos (por ejemplo, permanecer en silencio, ser asistido por un abogado y comunicar la detención a su familia), y el artículo 186 del Código Procesal Penal establece que durante el interrogatorio el acusado debe ser informado de su derecho a guardar silencio y a no responder las preguntas que se le formulan, se puede presumir que la gran mayoría (usualmente personas de escasos ingresos y de bajo nivel educativo) puede no comprender el contenido de los documentos que aseguran estos derechos, redactados en lenguaje jurídico. En todo caso, se menciona que en la investigación de campo no se identificó ninguna situación específica donde quedara claro

⁷² Código Procesal Penal, art. 306, § 2º.

⁷³ Es también un derecho constitucional previsto en la CF, art. 5º, LXIV.

⁷⁴ La cédula de notificación está prevista en el artículo 352 del Código Procesal Penal. Aunque la ley no determina que el derecho a un abogado debe constar en este documento, la doctrina entiende que a partir de las modificaciones legales derivadas de la Ley 11.689/2008 (cuando el acto de citación comunica al acusado acerca de su derecho a presentar defensa), ese derecho se debe expresar en la cédula de notificación.

que el acusado no había comprendido totalmente el contenido de la nota de culpa o de la cédula de notificación.

3.2. Derecho a la defensa y a la autodefensa

Antes de entrar en detalle sobre el derecho a la defensa, es importante aclarar que el término *autodefensa* se entiende de dos formas distintas en el ordenamiento jurídico brasileño:

- (i) Autodefensa como derecho a presentar su propia versión de los hechos a las autoridades. Se realiza en el interrogatorio del acusado. El derecho a la defensa amplia establecido en la Constitución debe contemplar dos aspectos: la posibilidad de autodefenderse en el momento en que se conduce a la persona ante autoridad policial o judicial para presentar su versión de los hechos (o mantenerse en silencio, si así lo desea); y la defensa técnica, ejercida por un abogado inscrito en la Orden de Abogados de Brasil, pues para postular a los órganos del Poder Judicial es necesario ser abogado.⁷⁵ Las fuentes del derecho que lo regulan son legales⁷⁶ y constitucionales (art. 5º, LV).
- (ii) La autodefensa como derecho a defenderse a sí mismo técnicamente durante el enjuiciamiento penal. Está autorizado por el artículo 263 del Código Procesal Penal en cualquier etapa (investigación policial, instrucción, recurso, ejecución de la pena), en la que el acusado está legalmente habilitado (es abogado inscrito en la OAB) para actuar como abogado de sí mismo. Esto ocurre muy raramente en la práctica y, cuando se da, está sujeto a las mismas reglas que se le imponen a la asistencia de un abogado.

Por este motivo, en este documento, el término *autodefensa* debe entenderse en el sentido de la primera acepción citada, es decir, *como el derecho a presentar una versión propia de los hechos durante el interrogatorio*. El término *defensa técnica*, por su parte, se entiende como la defensa hecha por un abogado (que puede ser incluso el propio acusado, cuando está licenciado y legalmente habilitado), y el ejercicio de este derecho sufrirá variaciones según la etapa del proceso penal.

En relación con el sospechoso que es enjuiciado, no existe mención expresa sobre su derecho a la asistencia de un abogado. Incluso hay autores⁷⁷ que sostienen que es

⁷⁵ Estatuto de la OAB, art. 1º, I.

⁷⁶ Código Procesal Penal, arts. 185 y ss.

⁷⁷ En este sentido, véase Fernando da Costa Tourinho Filho 2010, p. 546, v. 4.

absolutamente inadmisible la injerencia de un abogado designado en la fase preprocesal, pues el artículo 335 del Código Procesal Penal autoriza que el propio preso o alguien en su nombre (sin que se requiera que esté habilitado legalmente) se dirija al juez a través de una petición simple cuando hay demora de la policía en conceder la fianza, y porque cuando eventualmente existe la necesidad de pedir hábeas corpus no se exige capacidad postuladora. No obstante, como se mencionó, el abogado tiene derecho a examinar los autos de la investigación policial en dependencias policiales. Además, dado que el artículo 6º, V, del Código Procesal Penal determina que las disposiciones referidas al interrogatorio de la fase judicial se aplican al realizado en la fase policial, eso puede llevar a interpretar que es necesario contar con un abogado en ese momento.

Sin embargo, según la investigación realizada, existe usualmente una total ausencia de defensores en las actuaciones en las que se recolectan testimonios en la fase policial,⁷⁸ es decir, en la publicación de la detención en flagrancia y durante los interrogatorios policiales. El acto se da sin la presencia de un defensor, a quien posteriormente, por imperativo legal, se le remite una copia de los autos de prisión en flagrancia. En ese contexto, los pocos interrogatorios policiales en los que está presente un abogado son acompañados por uno particular contratado por el acusado. Sin embargo, los comisarios y abogados dijeron en las entrevistas que si el acusado está libre durante la investigación policial, lo más común es que el abogado no acompañe el interrogatorio. Durante la investigación de campo, no se observó ni relató ninguna situación en la que el comisario orientara a un acusado a llamar a un abogado.

Dada la omisión legal respecto del derecho a la defensa en la investigación policial, la ausencia de defensa en esa etapa es formalmente considerada regular. Sin embargo, se observaron en el terreno graves perjuicios ocasionados por la ausencia de defensa técnica en la primera fase del proceso, que acarrean consecuencias hasta la ejecución de la pena. Eso se debe a que lo primero que se cuenta sobre el hecho investigado influye sustancialmente en todas las derivaciones del proceso. Así, las irregularidades en la fase de la investigación policial en vez de ser corregidas en la fase judicial, se consolidan en ella. Sería posible –y necesario– interpretar el conjunto de dispositivos legales de forma que no se dé ningún impedimento legal para la asistencia de un abogado en la fase policial, aunque no haya previsión legal expresa en ese sentido. Más aún, aunque

⁷⁸ Hay que señalar que los defensores públicos que actúan en el DIPO hacen el seguimiento mediante consulta a los autos de las investigaciones que son remitidas al tribunal, sin establecer contacto personal con los acusados.

la ausencia de defensa técnica en esa etapa no ocasiona nulidad en la eventual acción penal, en la práctica se observan diferencias evidentes en el resultado de las acciones penales en las que hubo asistencia de un abogado en la etapa de investigación respecto de aquellas en las que no la hubo.

En la fase judicial, la defensa técnica es obligatoria en todos los actos procesales. Como ya se mencionó, el acusado tiene derecho a elegir, preferentemente, un abogado de su confianza, y solo en caso de que no lo tenga, le será asignado un defensor público o de oficio. En la citación, el acusado será informado de su derecho a contar con la asistencia de un abogado y, en caso de que no contrate al profesional de su preferencia, el defensor asignado será notificado por un oficial de justicia para que responda la acusación en el plazo de diez días.⁷⁹

Es precisamente en la fase judicial cuando surge el derecho expresamente reconocido⁸⁰ a una entrevista privada con el abogado. En las entrevistas realizadas se constató recurrentemente que los defensores públicos no tienen contacto con los acusados antes de la fecha de la audiencia; por lo general, el defensor y el asistido se conocen ese día en la puerta de la sala de audiencias. De esa manera, la respuesta a la acusación –elaborada antes de la celebración de la audiencia– se realiza sin que haya ningún tipo de comunicación entre el defensor y el acusado, lo cual evidentemente debilita ese acto de defensa en el que se deben incluir testigos y presentar o pedir la presentación de documentos u otras pruebas.⁸¹ Además, en todas las audiencias acompañadas en el marco de esta investigación, la conversación privada se hizo en pocos minutos en presencia del policía que escoltaba al defendido y en la puerta de la sala de audiencia.

En la etapa del cumplimiento de la pena es obligatoria la participación de un abogado. En la investigación de campo se verificó que la gran mayoría de los presos en São Paulo no tiene abogado particular y son asistidos por la Defensoría Pública y por la FUNAP⁸² en esta fase. La actuación inicia con la expedición del certificado de prisión y la formación del proceso de ejecución inmediatamente después de registrar la sentencia condenatoria ante notario, como se explicará detalladamente en el apartado 3.3.3. (derecho a la presunción de inocencia).

⁷⁹ Código Procesal Penal, art. 396.

⁸⁰ Código Procesal Penal, art. 185, § 5º.

⁸¹ Al respecto, véase también la deliberación 246 de la Defensoría Pública de São Paulo.

⁸² La Fundación Professor Manoel Pedro Pimentel, vinculada a la Secretaría de Administración Penitenciaria (estatal), realiza programas sociales en establecimientos penitenciarios, ofreciendo, entre otros servicios, asistencia judicial para los presos.

De todos modos, es importante hacer una salvedad respecto de los procesos que se tramitan en los tribunales especiales penales (procedimiento sumarísimo) que se centran en infracciones de menor potencial ofensivo.⁸³ Aunque no hay exigencia legal para contar con la presencia de un abogado en la fase preprocesal, dicha presencia es recomendable en la práctica. De hecho, en la audiencia en la que se proponen medidas despenalizadoras,⁸⁴ la ley exige la presencia de un defensor.

Pese a obligar la presencia de un abogado defensor en todos los procesos penales, la ley brasileña no establece reglas específicas para la asistencia judicial de los acusados pertenecientes a grupos vulnerables, tales como enfermos mentales, indígenas o minorías étnicas. Cabe recordar que los niños y adolescentes tienen un procedimiento legal especial⁸⁵ y tienen derecho a un abogado.

Aunque no existe una diferencia formal entre la defensa técnica realizada por abogados particulares, defensores públicos y abogados de oficio, la observación práctica y las entrevistas realizadas demostraron que los acusados que son defendidos por abogados particulares tienen una defensa de mejor calidad. A pesar de que los profesionales de la Defensoría Pública son seleccionados mediante un riguroso concurso público, actúan de manera masificada, pues no tienen contacto personal con el asis-

⁸³ Definidas por la Ley 9.099/95, art. 61.

⁸⁴ La Ley 9099/95 crea los juzgados penales especiales, y prevé tres medidas despenalizadoras para posibilitar alternativas al proceso penal y a la pena de prisión en delitos de menor potencial ofensivo, especialmente cuando los acusados no tienen antecedentes. Dichas medidas son, en primer lugar, compensación civil de los daños (prevista en el artículo 74 de la ley, y que consiste en la posibilidad de realizar un acuerdo entre víctima y acusado para compensar los daños. Puede extinguir el proceso cuando el Ministerio Público dependa de una autorización de la víctima para procesar –*acción penal pública condicionada a la representación*– o cuando dependa de una acción penal privada). En segundo lugar, existe la transacción penal, prevista en el artículo 76 de la ley. Es una propuesta del Ministerio Público para aplicar inmediatamente una pena restrictiva de derechos o de multa, en lugar de iniciar el proceso penal. La ventaja de la transacción penal es que su aceptación no genera reincidencia, y se registra solo para impedir nuevamente la concesión de este beneficio en los cinco años siguientes (art. 76, §4º).

El proceso penal inicia cuando no hay composición civil de los daños ni transacción penal, y, en ese momento, el juez analiza si el acusado cumple los requisitos para la suspensión condicional del proceso (artículo 89 de la ley) –como, por ejemplo, no estar siendo procesado ni haber sido condenado por otro delito–. Si se acepta la propuesta de suspensión, el proceso se suspende por un periodo de dos a cuatro años, y el acusado es sometido a ciertas condiciones (compensar el daño, comparecer regularmente al juzgado para justificar actividades, no ausentarse del lugar donde se tramita el caso). Concluido el periodo de suspensión con el adecuado cumplimiento de las condiciones, concluye el proceso con la extinción de la punibilidad del acusado.

⁸⁵ Estatuto del Niño y del Adolescente, Ley 8069/90.

tido para preparar una defensa individual. Además, no se aprecia en la Defensoría Pública una política institucional eficiente para la atención de los acusados que están presos, ni empeño por parte de los defensores públicos para visitarlos o solicitar al juez que trasladen al acusado al tribunal. Según el relato de jueces y defensores públicos, los acusados que dependen del convenio establecido por la OAB (defensores de oficio) suelen tener defensas de menor nivel técnico, debido a múltiples factores, principalmente porque no hay criterios de evaluación de la formación jurídica ni fiscalización del trabajo de los abogados del convenio.

Las peores prácticas fueron observadas en el marco del trabajo del convenio con la OAB. Según las entrevistas y las observaciones realizadas, se pueden identificar dos perfiles distintos entre los abogados que se inscriben para trabajar en el convenio. El primero, más frecuente entre los abogados de oficio de la capital, corresponde a profesionales recién formados, con poca o nula experiencia, que se inscriben para obtenerla antes de asentar su carrera de abogado particular o porque no aprobaron algún concurso público. El segundo, más frecuente en las ciudades del interior del estado donde hay menos mercado laboral para abogados privados, corresponde a profesionales para los que el convenio supone su fuente principal de ingresos, a pesar de los bajos honorarios, que asumen una gran cantidad de casos en todas las áreas. Esto frecuentemente compromete la calidad técnica de la defensa. Los jueces y los defensores indican que la posibilidad de pagar fraccionadamente los honorarios cuando hay condena lleva a que muchos profesionales no apelen a favor de sus clientes para tener el fallo final antes y recibir los honorarios sin demora. Por otra parte, no se ofrece orientación profesional a los abogados del convenio, lo que dificulta el trabajo de defensa.

Las entrevistas mostraron que los abogados de oficio, incluso si están comprometidos con el caso y dispuestos a estudiar para garantizar la calidad técnica, enfrentan dificultades para tratar con cuestiones prácticas. Muchas veces, estas se asocian con la experiencia o la falta de orientación por parte de un compañero más experto.

Por estas razones, hubo un consenso entre los entrevistados acerca de que los acusados con posibilidades económicas para financiar abogados tienen mejor defensa (por ejemplo, abogados más combativos en audiencia, o con mayor disponibilidad para dedicarse a los casos y explorar pruebas favorables, o que tienen experiencia en tribunales superiores realizando defensas orales).

Es importante resaltar que una defensa de mala calidad da lugar a la anulación del proceso, si se considera que el acusado estuvo indefenso, es decir, si su defensa fue ineficaz, aunque haya existido formalmente. No hay exigencia legal específica sobre la calidad técnica del abogado. Pero, el Código Procesal Penal determina que un abogado

penal ineficaz puede ser destituido por el juez, quien puede nombrar a un defensor público en su lugar, so pena de anular el proceso.⁸⁶ No obstante, este tipo de anulación es difícil de obtener porque debe demostrarse cómo y por qué el acusado se vio perjudicado por la defensa de mala calidad, lo que solo puede hacer un abogado de buena calidad técnica.

3.3. Derechos procesales

La mayor parte de los derechos procesales penales tienen estatus constitucional. Así, el derecho a una defensa amplia, al contradictorio, a la presencia de un abogado, a la presunción de inocencia, a guardar silencio, entre otros,⁸⁷ forman parte del conjunto de garantías individuales fundamentales.

Entre las diversas reformas del Código Procesal Penal, nuevamente nos referimos a la realizada por la Ley 11.719 en 2008. Pese a que el cambio fue positivo, ya que reconoce el interrogatorio como acto de defensa y de prueba pues lo coloca como último acto de la fase de producción de pruebas, la modificación implicó que no haya ningún tipo de contacto entre el defensor público y el acusado antes del día de la declaración de los testigos. A partir de la modificación realizada en 2008, la respuesta a la acusación que debe realizarse diez días después de la citación, se elabora sin que el defensor tenga contacto con su defendido que está preso.

Debido a que en el procedimiento previsto antes de la reforma el interrogatorio era el primer acto del proceso, el acusado que estaba preso (pobre, usualmente) se encontraba con el defensor al menos en esa ocasión y podía indicar testigos u otras pruebas para la audiencia de instrucción. Esto resulta más difícil hoy en día, pues la

⁸⁶ El Código Procesal Penal incluye previsión expresa en ese sentido en los juicios ante el Tribunal del Jurado. Pero, existe la concepción de que el control jurisdiccional de la eficiencia de la defensa debe ser ejercido en todos los distintos tipos de proceso, debido al derecho a la amplia defensa.

⁸⁷ El artículo 5º, incisos LIII al LXVI, de la Constitución Federal establece los derechos procesales en materia penal. Además de los ya mencionados, se encuentran: el derecho a ser procesado y sentenciado por la autoridad competente; el debido proceso legal; la prohibición de usar pruebas obtenidas por medios ilícitos; el no sometimiento de la persona civilmente identificada a la identificación penal; la publicidad de los actos procesales como regla; la exigencia de orden judicial para realizar la detención (salvo, la flagrancia); el derecho a la comunicación al juez competente y a la familia del detenido sobre la detención en flagrancia; el derecho a identificar a los responsables de la detención y del interrogatorio policial; el derecho a que cese inmediatamente la detención ilegal; el derecho a la libertad provisional mediante pago de fianza. El inciso LXVIII prevé también el derecho al hábeas corpus para los casos de detención ilegal o realizada con abuso de poder.

respuesta a la acusación es a veces un acto meramente formal, en el que la defensa no indica testigos ni pruebas documentales ni periciales que pretenda producir.

Para mejorar esa situación, la sociedad civil presionó intensamente a la Defensoría Pública hasta que emitió la Disposición 246 de 23/03/2012, que determina las reglas para la atención jurídica de personas presas provisoriamente. Según la disposición, el encuentro con el defensor público debe darse en las dependencias del tribunal (mediante solicitud de traslado de la persona presa hasta ese lugar) o en el establecimiento carcelario en que se encuentre el asistido, y siempre antes de la presentación de la respuesta a la acusación. Esto para posibilitar una mejor producción de pruebas y una defensa técnica de calidad en el caso concreto, en lugar de una defensa genérica y masificada. Pero, los defensores públicos generalmente no cumplen dicha disposición.

Actualmente, respecto del interrogatorio del acusado, el artículo 185 y ss. del Código Procesal Penal establecen que si este se encuentra en libertad, debe comparecer ante el tribunal para ser interrogado en la fecha que se informa en la notificación realizada por el oficial de justicia. Cuando los acusados están presos, la ley prevé que el juez, el Ministerio Público y el defensor deberían desplazarse hasta el establecimiento carcelario para realizar el interrogatorio, o hacerlo a través de videoconferencia (práctica repudiada por la sociedad civil, pues este medio no permite tener certeza de que el acusado está realmente solo o no está sufriendo amenazas. Además, no representa un contacto personal con el abogado y el juez). Cuando ninguna de esas dos formas es posible, el preso debe ser conducido hasta el tribunal.

Además, debido a la interpretación de los artículos 185, § 2º, III, 217 y 399 del Código Procesal Penal, el acusado tiene derecho a permanecer en la sala de audiencia durante toda la recepción de testimonios cuando es conducido al juicio, y solo puede ser retirado de la sala cuando su presencia altera el estado de ánimo de la víctima o los testigos, lo que afecta el testimonio. Igualmente, para evitar influir o intimidar a las personas que declaran, los artículos 201, § 4º, y 210, § único, del Código Procesal Penal determinan que los tribunales deben reservar salas separadas para esperar las audiencias.

En la práctica se observaron algunas situaciones recurrentes que comprometen la calidad de la defensa, aunque formalmente cumplan la ley. Así, por ejemplo, aunque el espacio físico del Tribunal Penal Central tiene salas separadas para los testigos de la acusación y la defensa en un edificio nuevo y bien conservado, las personas esperan en los pasillos. Durante las mañanas hay un aviso en las puertas de algunos juzgados indicando que hay un parlitorio en el tribunal, pero dichas dependencias no fueron utilizadas en ninguno de los interrogatorios observados.

También es recurrente que los principales o únicos testigos sean los policías militares que efectuaron la detención. Además, en pocas audiencias se vieron testigos de la defensa.⁸⁸ Por otro lado, en varias ocasiones los miembros del Ministerio Público se ausentaron durante algunos momentos de las audiencias. Los juzgados tienen muchos procesos y para realizar todas las audiencias del día, muchas veces realizan de forma apresurada las instrucciones, sin tener en cuenta la calidad técnica de la recepción de pruebas. En más de una ocasión, se vio prescindir de testigos debido a la falta de tiempo para producir las declaraciones testimoniales.

En las audiencias observadas, los acusados que estaban presos acudieron al tribunal esposados, escoltados y en uniforme de prisión. Posiblemente, esta imagen de los acusados afecta negativamente –aunque sean inconscientes– la percepción de parte de los intervenientes en las audiencias.

Ahora bien, en todos los casos que se observaron, los acusados ejercieron su derecho a hablar con su defensor antes del inicio de la audiencia y por fuera de la sala. Pero, la conversación no fue privada, ya que se hizo en la puerta de la sala de audiencia y junto al policía de escolta. Aunque no se vio a ningún juez limitar el tiempo de conversación, se observó que los abogados no quisieron tomarse mucho tiempo, pues los estaban esperando en la sala de audiencia para iniciar y, debido al alto volumen de audiencias programadas, existe presión para cumplir la agenda. En ninguna de las audiencias a las que asistimos durante la investigación los acusados participaron de las etapas de instrucción y debates, ya que siempre fueron reconducidos a la cárcel antes de su término.

Otro punto criticable es el reconocimiento personal del acusado por parte de la víctima o de los testigos.⁸⁹ Aunque el tribunal cuenta con salas propias para ello, usualmente el procedimiento se realiza solo con el acusado, o con este y otra persona, y todos visten el uniforme carcelario, vulnerando la disposición legal. Las preguntas que se realizan a la víctima o al testigo que van al reconocimiento son sesgadas (por

⁸⁸ Una investigación acerca de procesos penales en casos de flagrancia por tráfico de drogas, realizada por el Núcleo de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo en 2011, mostró que el 74% de los autos de prisión analizados tuvieron solo el testimonio de los policías que realizaron la detención y no hubo ningún testigo civil.

⁸⁹ El reconocimiento de personas es un medio de prueba previsto en el artículo 226 del Código Procesal Penal. En él se establece que i) la persona que tiene que hacer el reconocimiento debe ser invitada a describir a la persona que debe ser reconocida; ii) la persona cuyo reconocimiento se pretende será colocada, si es posible, junto a otras que tengan cualquier semejanza con ella, y a quien debe reconocerla se le pedirá que la señale.

ejemplo, solicitan que la víctima o el testigo simplemente confirmen si determinada persona es la autora del delito).

Dado que son escasas las investigaciones técnicas de calidad de la Policía Civil, se debe señalar que el reconocimiento es un método utilizado con mucha frecuencia en la fase policial que a menudo orienta toda la recepción de evidencia, luego validada en la fase judicial. Esto perjudica indirectamente el derecho de defensa. Así, la formación de la narrativa en el proceso penal comienza viciada. En efecto, lo que inicialmente llega a conocimiento del juez está en la denuncia del fiscal. Este se basa en la investigación policial como única fuente para elaborarla; y la investigación policial se fundamenta en el relato del acusado después de ser capturado en flagrancia (cuando no tiene abogado) y en los testimonios de los policías que realizaron la detención.

Los debates orales –cuando la fiscalía y la defensa presentan los argumentos centrales para convencer al juez de condenar o absolver al final de la audiencia– se hacen de forma automatizada a través de una simple lectura dictada al auxiliar. Solo en una audiencia se observó que los argumentos duraron los 10 minutos previstos legalmente. En las demás, hubo lecturas muy rápidas de textos en computadores portátiles (a veces, de menos de uno o dos minutos) e incluso casos en los que los defensores solo entregaron una memoria al auxiliar de justicia para que copiara el archivo en el acta. También, fueron frecuentes los casos en los que el juez no prestó atención a lo que se decía, e incluso realizaba otras actividades (por ejemplo, leer otro proceso o hablar por teléfono) durante los alegatos del fiscal y el defensor. Cabe añadir que en casos de extrema complejidad, el Código Procesal Penal prevé la posibilidad de convertir los debates en memorias escritas; pero en la práctica se observa que ello ocurre en procesos de instrucción probatoria sencilla en detrimento de la oralidad procesal.

En las audiencias observadas, los jueces generalmente se preocuparon por informar y explicar los derechos de los acusados; pero no es posible saber si ellos comprendieron realmente la jerga jurídica (siempre prevaleció el lenguaje técnico en la comunicación), a pesar de la buena voluntad de los magistrados. Es importante observar que, en ninguna audiencia, ni jueces ni defensores orientaron al acusado a leer el acta de la audiencia o su declaración, antes de firmar.

Respecto del derecho de defensa en segunda instancia, acceder al doble grado de jurisdicción no es un derecho expresamente reconocido en la Constitución. En todo caso, predomina la idea de que se trata de un derecho fundamental implícito derivado de la interpretación de las normas constitucionales y del derecho a una amplia defensa. Además, Brasil suscribió el Pacto de San José de Costa Rica, que prevé expresamente el derecho a la doble instancia. Sin embargo, la regla de la manifestación del

deseo de apelar prevista en el Código Procesal Penal⁹⁰ dificulta el ejercicio del derecho a recurrir.

En los juicios de apelación y algunos otros recursos realizados en segunda instancia, se faculta al defensor a presentar oralmente sus razones ante la sala juzgadora. En las sesiones a las que asistimos en la investigación, las defensas orales presentadas por la mayoría de abogados tenían un discurso de mala calidad técnica y, usualmente, no eran más que la lectura de las razones que motivaron la presentación de los recursos. Normalmente, los jueces no ponen atención a esa lectura, salvo en casos puntuales en los que los abogados son buenos oradores y de comportamiento luchador –por lo general, abogados particulares–. No se vieron defensas orales realizadas por defensores públicos y, según lo relatado por los defensores entrevistados, es raro que ello ocurra. El Ministerio Público en segunda instancia siempre se manifestó a favor de la fiscalía de primera instancia y en las sesiones observadas no se presenció un juicio de un recurso interpuesto por este, razón por la cual los defensores siempre iniciaron las exposiciones.

3.3.1. Derecho a estar en libertad durante el proceso y aspectos de la prisión durante el proceso

La Constitución Federal establece que solo el juez puede decretar la prisión de una persona como resultado de una condena penal o como medida cautelar,⁹¹ de oficio o a petición de parte según el caso.

La ley procesal penal prevé tres tipos de medida cautelar:

Detención en flagrancia. Está prevista en la Constitución Federal⁹² y en el Código Procesal Penal.⁹³ Es la única hipótesis en la que se admite la detención sin orden judicial previa, pues se realiza cuando: i) alguien está cometiendo un delito o

⁹⁰ El artículo 392 del Código Procesal Penal establece las reglas para la notificación de la sentencia. Para respetar el derecho a la amplia defensa, la regla general es que el acusado y el defensor sean notificados de la sentencia condenatoria. Pero, aunque esta es la interpretación más adecuada a lo establecido en la Constitución Federal, el inciso II del artículo 392 del Código Procesal Penal admite que si el acusado está en libertad, solo el abogado podrá ser notificado. Tanto el acusado como su defensor podrán manifestarse en torno a la condena, lo que no necesariamente ocurre concomitantemente y da lugar a divergencias entre el acusado y su abogado frecuentemente.

⁹¹ Constitución Federal, art. 5º, LXI.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Código Procesal Penal, arts. 301 y ss.

acabó de cometerlo; ii) fue perseguido inmediatamente después de haber cometido un delito; iii) fue encontrado portando instrumentos, armas o documentos relacionados con el delito después de que este se cometió. La autoridad judicial debe valorar la legalidad de la detención en flagrancia en un máximo de 24 horas y decidir si: i) pone en libertad al acusado cuando no se cumplen los requisitos de la detención preventiva; ii) cesa la detención en flagrancia que fue ilegal; iii) convierte la detención en flagrancia en detención preventiva o impone otra medida cautelar al acusado. Si la persona no designa un abogado, la documentación de la detención en flagrancia es remitida a la Defensoría Pública.⁹⁴

Prisión temporal. Es una especie de prisión provisional de naturaleza cautelar, que aplica en la fase de investigación policial. Su regulación es legal y no constitucional.⁹⁵ Puede ser solicitada por el Ministerio Público y el comisario de policía, pero no puede ser decretada de oficio por el juez. Tiene una duración máxima de cinco días (prorrogables por cinco días más en caso de extrema necesidad)⁹⁶ y puede decretarse en ciertos delitos (enumerados legalmente en la ley que regula la prisión temporal),⁹⁷ siempre y cuando sea imprescindible para las investigaciones y la persona no tenga residencia fija.

Prisión preventiva. Es una forma de prisión provisional que puede aplicarse en un espectro más amplio. Puede decretarse por iniciativa del juez, o a petición del Ministerio Público, del querellante o de la autoridad policial. Se aplica en la fase judicial y en la fase policial. La ley no establece un plazo específico en que puede estar vigente, y se limita a establecer que puede ser revocada por el juez, si no hay motivos para mantenerla.⁹⁸ Según la normativa,⁹⁹ la prisión preventiva solo procede en cuatro situaciones y cuando se trata de delitos dolosos (es inadmisible para delitos culposos): i) en los delitos castigados con una pena máxima superior a cuatro años; ii) cuando hay

⁹⁴ Código Procesal Penal, art. 306.

⁹⁵ Ley 7.960/1989.

⁹⁶ La Ley de **delitos Atroces** (8.072/1990) prevé un tratamiento más riguroso para determinadas conductas, como, por ejemplo, el robo a mano armada, la violación y el tráfico de drogas, entre otros. Esta dispone que en estos delitos la prisión temporal tiene una duración de 30 días (prorrogables por 30 más, si es necesario).

⁹⁷ Estos son: homicidio doloso, secuestro o cárcel privada, robo, extorsión, extorsión mediante secuestro, violación, epidemia con resultado de muerte, envenenamiento de agua potable o substancia alimenticia o medicinal con muerte, asociación de malhechores, genocidio, tráfico de drogas y delitos contra el sistema financiero, según el artículo 1º, inciso III de la Ley 7.960/1989.

⁹⁸ Código Procesal Penal, art. 316.

⁹⁹ Código Procesal Penal, art. 313.

reincidencia por delitos dolosos; iii) en casos de violencia doméstica para garantizar las medidas de protección a la víctima; y iv) en casos de duda sobre la identidad civil de la persona.

Cuando la prisión preventiva es admisible, su procedencia requiere verificar que se cumplen los requisitos¹⁰⁰ cautelares: i) los supuestos materiales e indicios de la autoría (el delito debe existir y debe sospecharse de manera fuerte quién es el autor); y ii) la demostración del riesgo existente, si se mantiene en libertad al acusado, debido a la necesidad de garantía del orden público o económico, la conveniencia para la instrucción penal y la garantía de la aplicación de la ley penal. Después de las modificaciones realizadas por la Ley 12.403/2011,¹⁰¹ hay quienes entienden que la prisión preventiva puede ser decretada por el incumplimiento de las medidas cautelares alternativas anteriormente impuestas.¹⁰²

Después de finalizar el procedimiento de formalización de la detención cuando el acusado es detenido en flagrancia, la documentación se remite al juez (en São Paulo es el juez del DIPO) para que analice la legalidad de la detención y la necesidad de decretar prisión preventiva. Si la detención ha cumplido los parámetros legales,¹⁰³ y no hay motivo legal alguno para mantener la privación cautelar de la libertad (en cuyo caso se decretaría prisión temporal o prisión preventiva), el juez debe conceder la libertad provisional, por medio de una fianza u otra medida cautelar de acuerdo con el artículo 310 del Código Procesal Penal. La fianza puede ser interpuesta por el comisario en delitos con condena de hasta cuatro años de prisión.

La decisión sobre conceder e imponer la fianza varía según la pena prevista para el delito:¹⁰⁴ mientras en las infracciones con pena máxima de prisión de cuatro años la fianza puede ser concedida por la autoridad policial, en todos los demás casos, el juez puede decidir en un máximo de 48 horas. La concesión de libertad bajo fianza depende de pagar el dinero. Incluso en relación con la libertad provisional en la etapa

¹⁰⁰ Código Procesal Penal, art. 312.

¹⁰¹ La Ley 12.403/2011 alteró el Código Procesal Penal. Posibilitó la aplicación de medidas cautelares restrictivas de la libertad (tales como comparecer al juzgado para justificar actividades y nuevas reglas en el pago de la fianza), cuando no es posible mantener al acusado en libertad plena (sin cautelares) durante el proceso.

¹⁰² Es importante destacar que a partir de la Constitución de 1988, la prisión por averiguación fue retirada del ordenamiento jurídico brasileño, y no existe previsión legal para mantener a alguien bajo custodia sin orden judicial (recordando que en el caso de detención en flagrante delito, para que esta sea mantenida, deberá ser ratificada por el juez en un máximo de 24 horas).

¹⁰³ Pues, de lo contrario, el flagrante deberá ser cesado y el acusado puesto en libertad inmediatamente.

¹⁰⁴ Código Procesal Penal, art. 322.

policial, es frecuente que su concesión esté condicionada a pagar un monto de fianza que sobrepasa las posibilidades económicas del acusado, lo que inviabiliza su libertad. En todo caso, existe una previsión legal para exonerar el pago del valor cuando el acusado no tiene medios económicos. Además, en la ciudad de São Paulo, el pago de la fianza se realiza a través de un formulario digital que se debe diligenciar en línea, lo que frecuentemente acarrea dificultades para los familiares de los acusados, quienes son poco instruidos, pobres y no tienen acceso a internet. En esas ocasiones, ellos dependen de la ayuda personal brindada por el defensor público del caso o un funcionario de la Defensoría.

No hay datos disponibles acerca de la proporción de personas condenadas que estuvieron en prisión preventiva durante el proceso, pero es posible afirmar que esta forma de detención se usa de manera excesiva debido a que las personas en prisión preventiva representan una proporción significativa de la población carcelaria (cerca de un tercio de la población reclusa en São Paulo).¹⁰⁵ Además, en las entrevistas se constató que las denuncias que dan inicio a la acción penal corresponden en su mayoría a casos de detenciones en flagrancia. Igualmente se constató la existencia de jueces con visión garantista que se oponen al uso excesivo, e incluso ilegal, de la prisión preventiva.

Por otro lado, respecto de las buenas prácticas identificadas en la investigación de campo realizada, se destacan dos. Primera, aunque se dispone de datos¹⁰⁶ acerca de la existencia de personas que se mantienen en custodia provisional en las comisarías,¹⁰⁷ su número ha decrecido; de hecho, en las comisarías visitadas no había ninguno. Segunda, de acuerdo con los entrevistados, en la fase policial las notas de culpa donde se comunican por escrito los derechos de la persona detenida en flagrancia son generalmente expedidas en el plazo legal de 24 horas (pero, posteriores al interrogatorio).

Posteriormente, otra cuestión derivada de la ausencia de defensa en la fase policial –y que tal vez haya sido la violación más grave entre todas las situaciones que nos relataron– son las detenciones temporales que no se comunican a la Defensoría Pública del DIPO. La Defensoría solo tiene conocimiento después, cuando la prisión temporal se convierte en prisión preventiva, pero ya ha pasado un periodo en el que el

¹⁰⁵ En diciembre de 2012, la población carcelaria del estado de São Paulo era de 190.828 personas, de las que 63.843 estaban presas provisoriamente, es decir el 33,4 % del total. Datos del Departamento Penitenciario del Ministerio de Justicia.

¹⁰⁶ Datos del Consejo Nacional de Justicia.

¹⁰⁷ En diciembre de 2012, el estado de São Paulo contabilizaba 4.867 presos bajo custodia de la Secretaría de Seguridad Pública. En Brasil, sin embargo, el total llegaba a 34.290 presos en comisarías de policía. Datos de Departamento Penitenciario del Ministerio de Justicia.

detenido está privado de su libertad sin ningún tipo de comunicación con un abogado o con su familia. Además, según las entrevistas, esas prisiones temporales frecuentemente se realizan sin orden judicial, pues esta se expide posteriormente.

3.3.2. Derecho a estar presente en el juicio

La ley procesal penal permite¹⁰⁸ que el acusado sea juzgado en ausencia. Esto se denomina *juicio en rebeldía*, y se presenta cuando se presume que el acusado conoce la imputación en su contra y es citado,¹⁰⁹ pero no comparece. El proceso seguirá sin su presencia, pero preservándole todas las garantías constitucionales fundamentales: presunción de inocencia,¹¹⁰ amplia defensa y el derecho constitucional a un proceso contradictorio,¹¹¹ debido proceso legal¹¹² y derecho a guardar silencio.¹¹³ Estas garantías se concretan especialmente en la exigencia de contar con la presencia de un abogado (defensor público, de oficio o privado) y en la garantía de no existir presunción de veracidad de los hechos alegados por la acusación, al menos teóricamente.

En la investigación de campo se vieron pocas audiencias de acusados en rebeldía, y en ellas siempre estuvo presente un defensor. Sin embargo, no existen datos disponibles acerca de los efectos posiblemente perjudiciales que para la defensa tiene la ausencia del acusado, ni sobre el número ni la proporción de juicios realizados en rebeldía, lo que requiere un análisis estadístico.

En la fase judicial, otro punto que merece mención es que el Código Procesal Penal de 2008¹¹⁴ reguló el interrogatorio por videoconferencia, y aunque el Tribunal Penal de Barra Funda posee la infraestructura, no se presenció ningún interrogatorio realizado en esas condiciones. Los defensores, jueces y fiscales entrevistados dijeron que esa modalidad se utiliza raramente, y no hay consenso acerca de su pertinencia, debido al perjuicio que puede causar a la defensa, pues evita el contacto personal entre el juez y el acusado en la única ocasión en que se ejerce el derecho a la autodefensa en la fase judicial.

¹⁰⁸ Código Procesal Penal, arts. 366 y 367.

¹⁰⁹ Se presume que está enterado porque el acusado puede haber sido citado por convocatoria pública, en lugar de personalmente.

¹¹⁰ Constitución Federal, art. 5º, LVII.

¹¹¹ Constitución Federal, art. 5º, LV.

¹¹² Constitución Federal, art. 5º, LIV.

¹¹³ Constitución Federal, art. 5º, LXIII.

¹¹⁴ Código Procesal Penal, art. 185.

3.3.3. Derecho a la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un derecho garantizado en el artículo 5º, inciso LVII, de la Constitución Federal, según el cual una persona solo puede considerarse culpable después de una condena en firme contra la que no cabe recurso alguno. Tiene implicaciones prácticas, jurídicas (libertad como regla general durante el proceso) y sociales (por ejemplo, la prohibición de exposición mediática del ciudadano que está acusado del delito, en particular en los casos de delitos dolosos contra la vida sometidos a juicio por jurado popular). En las entrevistas con los profesionales de la defensa (defensores públicos, de oficio y particulares), este derecho fue considerado el más importante, pero el más violado y el que requiere mayor protección, en especial, en la fase judicial. La observación realizada en la investigación de campo permitió verificar que, en la práctica, este se viola de diversas formas, principalmente a través del uso excesivo de la prisión provisional, mencionado anteriormente. En Brasil, el 41,8% de los presos no están condenados, y en São Paulo, esa cifra es del 33,4%.¹¹⁵

Además, hay jueces que determinan el comienzo del cumplimiento de la pena sin condena definitiva,¹¹⁶ a pesar de que esta práctica ha sido reconocida como inconstitucional por parte del Supremo Tribunal Federal. Esto no puede confundirse con la posibilidad de abonar el tiempo en prisión provisional a la pena, cuando los acusados estuvieron en la cárcel durante el proceso. Esta práctica positiva viabiliza la concesión de ventajas en la ejecución (como el cambio de régimen), aun cuando haya recursos pendientes.

3.3.4. Derecho a guardar silencio

En relación con el derecho a guardar silencio, aunque está garantizado en el artículo 5º, inciso LXIII, de la Constitución Federal de 1988, hasta el año 2003 el artículo 186 del Código Procesal Penal preveía que el silencio del acusado podía ser interpretado en su contra. En la investigación realizada se comprobó que este derecho, al menos formalmente, se respeta en las audiencias. Así, en las actuaciones observadas, el juez informó a los acusados sobre este derecho que los asiste antes de ser interrogados, aunque ninguno de ellos lo usó. No hay datos disponibles que permitan conocer el

¹¹⁵ Datos del Departamento Penitenciario del Ministerio de Justicia.

¹¹⁶ Véase juicio del hábeas corpus 84.078-7/MG, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, 05/02/2009.

impacto del derecho al silencio en las decisiones judiciales, cuando este es ejercido por los acusados.

3.3.5. Derecho a decisiones fundamentadas

Este derecho se encuentra previsto en el artículo 93, inciso IX, de la Constitución Federal e implica el deber del magistrado de fundamentar todas sus decisiones según la ley, de acuerdo con los hechos concretos del caso, y hacer públicos los fundamentos de su decisión. Aunque en las sentencias condenatorias o absolutorias usualmente hay fundamentación, su ausencia es evidente en algunas actuaciones, por ejemplo, en aquellas en las que se decreta la prisión preventiva por fuera de las hipótesis legales establecidas en el apartado 3.3.1.c.¹¹⁷

Por otro lado, la Ley 12.830/2013, publicada el 20 de junio de 2013, estableció que la decisión del comisario de policía de encausar a una persona en la investigación policial debe ser fundamentada, lo que parece positivo para el derecho a la defensa, al menos en un primer momento.

3.3.6. Derecho a la defensa durante la ejecución de la pena

La etapa de ejecución de la pena es de naturaleza judicial y administrativa. En ella no se puede prescindir de un abogado, dado que se refiere a cuestiones relacionadas con el derecho a la libertad, por ejemplo, el cambio de régimen, la libertad condicional, el efectivo cumplimiento de la pena, entre otras.

A partir del informe *Mutirão Carcerário do Estado de São Paulo*, realizado por el Consejo Nacional de Justicia en 2011,¹¹⁸ se puede afirmar que los presos con condenas en firme en el estado de São Paulo se encuentran prácticamente sin posibilidad de defensa en la ejecución penal, salvo aquellos que tengan un abogado privado. Según un entrevistado de la Defensoría Pública de ejecución penal, muchas veces la administración del establecimiento penal reclama los derechos del condenado. En el estado de

¹¹⁷ Es importante mencionar que es común la falta de fundamentación de las decisiones de segunda instancia, pues el fallo simplemente menciona que “adoptó las razones de la decisión de la sentencia”, y la transcribe. El artículo 252 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de São Paulo permite que la fundamentación del Tribunal se limite a la de la sentencia.

¹¹⁸ Datos de Consejo Nacional de Justicia.

São Paulo, aproximadamente 40 defensores¹¹⁹ actúan en la fase de ejecución penal, lo que es notoriamente insuficiente para atender la demanda, pues la población reclusa asciende a 180.000 personas (en la capital hay 17 defensores para cerca de 70.000 procesos en la fase de ejecución).¹²⁰

3.4. Derechos relacionados con la defensa efectiva

3.4.1. Derecho a investigar el caso

Según el artículo 4º del Código Procesal Penal y el artículo 144, § 4º, de la Constitución Federal, la actividad de investigación es una atribución de la policía judicial. No estaba prohibida legalmente la investigación particular hasta la promulgación de la Ley 12.830, publicada en junio de 2013, que definió que las investigaciones penales solo podían ser realizadas por la policía judicial.

La ausencia de una prohibición expresa de investigación por parte de órganos distintos a la policía originó un intenso y polémico debate en Brasil durante los meses en los que se elaboró esta investigación, en particular, respecto de la posibilidad de que el Ministerio Público investigue penalmente, pues, debido a la inexistencia de una disposición legal al respecto, hace algunos años lo viene haciendo. El debate culminó con la votación y el archivo de una propuesta de enmienda constitucional defendida por instituciones policiales,¹²¹ cuyo objetivo era establecer de manera expresa que las investigaciones delictivas fueran actividades reservadas a la policía federal y civil de los estados. Sin embargo, con la modificación legal contenida en la Ley 12.830/13, el comisario de policía tiene mayor grado de autonomía en la investigación delictiva, lo que probablemente genera conflictos de interpretación entre la ley y la Constitución Federal. Esta última continúa con el mismo texto pues la propuesta de enmienda constitucional fue archivada, lo que ocasiona las mismas interpretaciones sobre la ampliación de las atribuciones de la investigación penal.

¹¹⁹ Como se mencionó, la defensa técnica en la fase de ejecución también es hecha por abogados de la FUNAP que no fueron incluidos en nuestra investigación.

¹²⁰ Los defensores actúan no solo en el proceso judicial, sino también en los procesos disciplinarios impuestos a los presos condenados. La falta de garantía a sus derechos en ese campo también es frecuente.

¹²¹ El texto completo de la PEC 37 puede ser consultado en el sitio de la Cámara de Representantes.

Por otro lado, en el proceso penal, la carga de la prueba corresponde a la acusación.¹²² Esto se deriva de la ley y de la interpretación de los derechos a la presunción de inocencia, a guardar silencio y a respetar las hipótesis de absolución obligatoria, de acuerdo con el artículo 386 del Código Procesal Penal. Por ello, el juez debe absolver siempre que exista certeza de su inocencia o duda sobre su culpabilidad. En otras palabras, en el proceso penal brasileño, al menos formalmente, la fiscalía tiene la obligación de probar la culpa. La duda siempre debería ser aplicada en beneficio del acusado y dar lugar a su absolución.

Según las disposiciones legales, el acusado, a través de su defensa técnica, puede anexar documentos al proceso, pedir pericias y hacer preguntas en audiencia a los testigos previamente indicados por las partes. Toda la producción de prueba debe realizarse en el juicio, aunque se haya producido durante el interrogatorio policial, y por intermedio de un abogado, pues esos actos dependen de la capacidad postuladora. En relación con las pericias, el defensor puede solicitarlas cuando presenta su respuesta a la acusación, pero, dado que muchas pericias son de naturaleza urgente (una autopsia, por ejemplo), son realizadas en la fase de la investigación policial sin interferencia de los interesados. Es posible incluir una pericia contratada que contradiga las conclusiones de la pericia oficial.

Ahora bien, los obstáculos que, en la práctica, los ciudadanos acusados de cometer un delito encuentran en el acceso a una defensa técnica de calidad, perjudican la aplicación efectiva de las disposiciones legales. Según la investigación de campo realizada, el acusado tiene más dificultades para producir pruebas a su favor, que la fiscalía para probar su culpabilidad. En efecto, las pruebas periciales raramente son solicitadas por la defensa (especialmente, cuando los acusados son asistidos por la Defensería Pública o por los abogados de oficio), y difícilmente se encuentran testigos de la defensa (lo que se debe, en gran medida, a la ausencia de contacto entre el acusado y el defensor antes de la audiencia). Pero, en todas las audiencias observadas en el trabajo de investigación había testigos de la acusación, usualmente, los policías militares que participaron en la detención. También se detectó un problema relacionado con el reconocimiento del acusado que fue detenido de forma ilegal.

Así mismo, se presenta el problema de los llamados “registros de denuncia no penal”, esto es, el registro por parte de la Policía Judicial de la denuncia de violaciones de los derechos cuando no generan procesos penales (tales como pérdida de documen-

¹²² El artículo 156 del Código Procesal Penal establece que la prueba de la alegación incumbe a quien la haga; incluso el juez está facultado para requerir la producción de prueba.

tos y accidentes de vehículo sin víctimas). Eso ocurre, según se constató, porque existe la cultura de orientar a las personas a que se dirijan a las comisarías de policía para relatar cualquier tipo de violación de derechos, y se exige la presentación de la denuncia para conseguir reembolsos de aseguradoras de autos, o probar un fraude bancario en procesos civiles, entre otros. Según los comisarios entrevistados, esto aumenta excesivamente la demanda de trabajo en las comisarías de policía y afecta la dinámica de las investigaciones penales; además, no está fundamentado en ninguna previsión legal.

3.4.2. Derecho a contar con tiempo e instalaciones adecuadas para preparar la defensa

El Código Procesal Penal no establece ningún plazo determinado para preparar la defensa. Sin embargo, en el procedimiento ordinario,¹²³ la ley establece un intervalo máximo de 60 días entre la respuesta escrita a la acusación (presentada diez días después de la citación del acusado),¹²⁴ y la audiencia de instrucción y juicio. En el procedimiento sumario,¹²⁵ este plazo es hasta de 30 días, y en el sumarísimo¹²⁶ no hay plazo legalmente establecido, pero la ley dispone que se debe procurar la máxima celeridad. Los plazos no se alteran cuando hay cambio de abogado y no hay disposición legal que establezca aplazar la audiencia para preparar mejor la defensa.

En cuanto a la consulta en privado, el artículo 185, § 5º, del Código Procesal Penal establece que en cualquier modalidad de interrogatorio se garantiza el derecho a una primera entrevista privada con el defensor. Sin embargo, durante la investigación se observó que ella se realiza en pocos minutos en la puerta de la sala de audiencia y en presencia del policía de escolta. Esto, inevitablemente perjudica el ejercicio de este derecho.

3.4.3. Derecho a la igualdad de armas en la declaración de los testigos

A partir del momento de la citación del acusado, empieza a correr el plazo de 10 días para que el defensor presente la defensa escrita. Esta incluye el conjunto de testigos que se pretenden presentar en audiencia. La ausencia de contacto previo entre el acusado

¹²³ Aplicable a los delitos cuya pena máxima es igual o superior a cuatro años.

¹²⁴ Código Procesal Penal, art. 396-A.

¹²⁵ Aplicable a los delitos cuya pena máxima es inferior a cuatro años.

¹²⁶ Previsto en la Ley 9.099/95 y en la Ley 10.259/2011 para las infracciones cuya pena máxima es igual o inferior a dos años.

y el abogado prácticamente imposibilita el ejercicio de ese derecho. No hay ningún tipo de prohibición en cuanto a que el defensor se reúna previamente con potenciales testigos, especialmente para evaluar la utilidad y pertinencia de tomarles testimonio. Pero esto se presenta raramente, en particular en los casos que llevan los defensores públicos. Es importante tener en cuenta que el defensor solo tiene la prerrogativa de pedir la notificación a los testigos en la fase judicial, pues durante la investigación policial no hay derecho a la amplia defensa ni derecho a un proceso contradictorio.

Pese a que las leyes¹²⁷ y la Constitución Federal¹²⁸ prevén varias disposiciones para equilibrar la relación procesal que existe entre el acusado y el Estado, las múltiples deficiencias del acceso a la defensa técnica y la cultura profundamente punitivista, compromete la igualdad de armas en el proceso penal.

3.3.4. Derecho a tener traducción e intérprete cuando las personas no hablan la lengua nacional

El artículo 193 del Código Procesal Penal se limita a garantizar intérprete durante el interrogatorio judicial. Pero esa disposición legal puede extenderse vía interpretación y, por analogía legal, al interrogatorio en la fase policial.¹²⁹

En teoría, el juez debe convocar a un intérprete cuando el acusado no habla la lengua nacional. Según las entrevistas, en la práctica no existe dicho servicio en la fase policial, y el apoyo para que el acusado que no habla portugués comprenda lo que sucede depende principalmente de la buena voluntad de los funcionarios y los defensores públicos. En la fase judicial, los entrevistados dijeron que es raro recurrir a los servicios de intérpretes. El artículo 236 del Código Procesal Penal prevé la traducción de documentos en lengua extranjera por un traductor público o por una persona idónea. El derecho del acusado a traducir libremente los documentos no está regulado legalmente. La doctrina menciona que la traducción puede dejarse de lado, si las partes la consideran innecesaria y de acuerdo con el criterio del juez.¹³⁰ Durante la investigación de campo realizada, no se constataron situaciones que requirieran la traducción de documentos, probablemente debido al tipo de delitos mayoritariamente procesados (hurto, tráfico de drogas, y robos con poca violencia y sin uso de armas).

¹²⁷ Por ejemplo, Código Procesal Penal, art. 156.

¹²⁸ Por ejemplo, Constitución Federal, art. 5º, LV e LVII.

¹²⁹ Código Procesal Penal, art. 6º, V.

¹³⁰ En este sentido, véase Guilherme de Souza Nucci 2008, p. 318.

4. Cultura profesional de los abogados defensores y los defensores públicos

4.1. Las asociaciones profesionales de abogados

La principal asociación profesional de abogados es la Orden de Abogados de Brasil, debido al número de asociados que tiene y su influencia política, aunque existen otras asociaciones.¹³¹ Cuenta con 845.107 abogados inscritos en todo Brasil y 258.413 profesionales en la Sección del Estado de São Paulo.¹³² Su importancia se refleja principalmente en que está prohibido practicar la abogacía cuando no se pertenece a la Orden de Abogados de Brasil, de acuerdo con los artículos 1º y 3º del Estatuto de la OAB, y en que se requiere aprobar el examen de la OAB para estar inscrito en ella.¹³³ Además, la regulación de la profesión de abogado es responsabilidad exclusiva de la OAB.¹³⁴

La OAB es independiente de las instituciones gubernamentales. El artículo 44, § 1º, del Estatuto de la Abogacía establece expresamente que la OAB no tiene vínculo alguno, funcional o jerárquico, con la administración pública.

4.2. El papel del abogado en el procedimiento penal y su deber con los clientes

El artículo 133 de la Constitución Federal define al abogado como un profesional del derecho indispensable para la administración de la justicia, quien es inviolable por sus actos y manifestaciones en el ejercicio de su profesión dentro de los límites establecidos en la ley. El artículo 2º del Código de Ética reproduce dicha descripción constitucional, y añade que tiene un papel de defensa del Estado de derecho democrático, de la ciudadanía, de la moralidad pública, de la justicia y de la paz social. Además, el artículo 1º del Estatuto de la OAB define las actividades que son exclusivas de los abo-

¹³¹ En São Paulo existen: el Sindicato de Abogados, la Asociación de Abogados de São Paulo y la Asociación de Abogados Criminalistas del Estado de São Paulo. En otros estados hay asociaciones similares.

¹³² Datos de la Orden de Abogados de Brasil.

¹³³ Estatuto de la Abogacía (Ley 8.906/1994), art. 8º, inc. IV.

¹³⁴ Según el artículo 70 del Estatuto de la Abogacía (Ley 8.906/1994), el consejo seccional del territorio donde ocurre una infracción disciplinaria por parte de los abogados inscritos en la OAB es el competente para imponer la sanción. El juicio es realizado por el Tribunal de Ética y Disciplina del Consejo Seccional. Este procedimiento administrativo no excluye la responsabilidad civil y penal del abogado.

gados, es decir: la postulación a órganos del Poder Judicial y a los juzgados especiales (con la salvedad del hábeas corpus), actividades de consultoría, asesoría y dirección jurídica. El Estatuto añade que las actuaciones del abogado son de carácter público, y que este contribuye a solicitar una decisión favorable para su cliente y a convencer al juzgador.

La descripción y regulación de las obligaciones de los abogados con sus clientes se encuentran en el Estatuto de la Abogacía y en el Código de Ética y Disciplina de la OAB. Entre las principales, cabe mencionar el derecho a conservar en secreto lo que se le ha relatado en ejercicio de su trabajo, aunque puede utilizar la información en el marco de la defensa con la autorización del cliente.¹³⁵ El artículo 5º, § 3º, del Estatuto establece que cuando el abogado renuncia al mandato debe continuar representándolo durante los diez días siguientes a que notificó la renuncia, salvo que sea sustituido antes del plazo.

No se establecen diferencias entre las obligaciones según las áreas de actuación de los abogados. Pero hay una disposición específica sobre la defensa penal en el artículo 21 del Código de Ética, según la cual, el abogado tiene el deber y el derecho a asumir la defensa penal sin tener en cuenta su opinión acerca de la culpa del acusado.

Los clientes insatisfechos con el servicio de su abogado pueden solicitar un procedimiento disciplinario, que también puede ser abierto por iniciativa del Tribunal de Ética y Disciplina.¹³⁶ Existen datos disponibles (incluso en la web de la OAB¹³⁷) sobre los procedimientos disciplinarios iniciados. Sin embargo, los datos no están separados por especialidad, lo que no hace posible saber cuántas reclamaciones específicas hay en contra de abogados en materia penal.

La mayor parte de las percepciones obtenidas en la investigación de campo sobre abogados defensores se relacionan con los defensores públicos, debido al perfil de los acusados. Aunque no hay datos cuantitativos disponibles, según las entrevistas y las observaciones realizadas, existe la impresión de que hay más acusados representados por defensores públicos y de oficio que por abogados designados. De cualquier forma, muchas reglas del Estatuto y del Código de Ética se aplican a todos estos profesionales.

La Defensoría Pública es, en general, una institución valorada por los profesionales que actúan en otras instituciones del sistema de justicia y sus miembros son considerados preparados y combativos en su práctica jurídica. No obstante, en algu-

¹³⁵ Código de Ética, art. 27.

¹³⁶ Código de Ética y Disciplina de la OAB, art. 51.

¹³⁷ Datos de la Orden de Abogados de Brasil.

nas entrevistas con fiscales y jueces, se relató que esa combatividad de la Defensoría Pública a veces se manifiesta como “exceso de defensa”.¹³⁸

Los abogados particulares –y defensores– sienten que son mal vistos por la sociedad, lo que según los entrevistados, a veces, se refleja en una relación conflictiva con los jueces y fiscales. Los fiscales, a menudo, fueron descritos peyorativamente por los demás entrevistados –defensores, jueces y comisarios de policía– como “combatientes del crimen”.

4.3. Mecanismos de garantía e independencia profesional individual de los abogados de la defensa

Los abogados no sufren interferencias directas en las estrategias diseñadas para representar el mejor interés de sus clientes. Pero pueden ser destituidos por el juez y por su defendido cuando no realizan la defensa técnica satisfactoriamente, lo que generaría el nombramiento de un defensor público o de oficio.

El artículo 261, párrafo único, del Código Procesal Penal obliga expresamente al abogado de asistencia judicial o al defensor público a actuar de manera fundamentada. Esta obligación legal no es expresa para el abogado particular. No hay datos disponibles acerca de casos en los que se haya decretado la nulidad al considerar que el acusado estuvo indefenso, ni en las audiencias a las que se asistió se observó al juez ejerciendo control jurisdiccional sobre la calidad de la defensa.

5. Derechos de las poblaciones nativas

A pesar de que Brasil tiene 817.000 indígenas entre sus 196.655.014 de habitantes (Censo de 2010), las leyes específicas para este grupo poblacional son escasas. El Estatuto del Indio¹³⁹ menciona que la protección establecida en las leyes brasileñas incluye (a) a los indígenas y sus comunidades en los mismos términos que aplican a los demás

¹³⁸ Por “exceso de defensa”, los jueces y fiscales entrevistados se refieren a la insistencia –en su opinión “indiscriminada”– de las solicitudes de libertad provisional y peticiones de habeas corpus. En 2012, el Supremo Tribunal Federal restringió el uso de habeas corpus. Según la nueva interpretación, para cuestionar una decisión de instancia que niega la petición de habeas corpus, el acusado debe interponer un recurso ordinario constitucional, cuyo juicio tarda más que el de habeas corpus. A este respecto, léase: el juicio del habeas corpus 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, 1^a Turma, 07/08/2012.

¹³⁹ (Ley 6.001/1973), art. 1º, par. único.

brasileños, y (b) los usos, costumbres, las tradiciones y condiciones especiales reconocidos en el Estatuto. El procesamiento y juzgamiento de un delito cometido por un indígena se rige por el Código Procesal Penal.

Por otro lado, el artículo 26 del Código Penal establece que las personas con desarrollo mental incompleto son consideradas inimputables. Dado que no está definido legalmente quiénes son inimputables, la doctrina ha elaborado una definición. Existe consenso entre varios autores respecto de que el indígena que no está integrado a la cultura hegemónica debe ser considerado como una persona con desarrollo mental incompleto y, por lo tanto, inimputable.¹⁴⁰ Esta interpretación es raramente aplicada en el sistema de justicia penal, en especial en el estado de São Paulo, pues es difícil que converjan los factores requeridos.

En el estado de São Paulo, por sus características geográficas, sociales y culturales, la cuestión indígena no está del todo presente en los tribunales penales. Sin embargo, en los estados del norte¹⁴¹ y centro-oeste,¹⁴² donde está la mayor concentración de etnias indígenas, esta temática aparece con mayor frecuencia.

Con el fin de ilustrar un posible problema derivado de la diversidad cultural de etnias indígenas, se puede citar el caso del Cacique Véron,¹⁴³ que ocurrió en enero de 2003 en el estado de Mato Grosso do Sul (región centro-oeste de Brasil), cuando fue asesinado el cacique Marcos Véron en un ataque a un grupo de la etnia guaraní-kaiwoá que reivindicaba la tenencia de tierras indígenas. Después de que el Ministerio Público Federal reclamó la exclusión de personas del lugar como miembros del jurado encargados de los acusados del homicidio (el MP mencionó que el sospechoso tenía un gran poder económico y ejercía considerable influencia social; pero también tenía un intenso prejuicio racial contra los indígenas de la región), el caso fue trasladado a São Paulo con un procedimiento de transferencia a otra circunscripción.¹⁴⁴

El día del juicio se impidió a los testigos indígenas expresarse ante el tribunal en su propia lengua y a través de intérprete, pues se determinó que rendirían testimonio

¹⁴⁰ En este sentido, véase Guilherme de Souza Nucci 2005, p. 237; Cesar Roberto Bitencourt 2010, vol. 1, p. 417; Magalhães Noronha 1995, vol. 1, p. 164)

¹⁴¹ Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, Acre, Amapá y Tocantins.

¹⁴² Goiás, Mato Grosso y Mato Grosso do Sul.

¹⁴³ Véase: http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=13779 y <http://www.conjur.com.br/2010-mai-09/nota-ajufesp-apoia-juiza-suspendeu-julgamento-vero>.

¹⁴⁴ Esta disposición se encuentra contenida en el artículo 427 del Código Procesal Penal en los casos de juicio por jurado y posibilita transferirlos a otra jurisdicción cuando hay sospechas acerca de la necesidad de excluir los jurados.

en portugués y se utilizaría el intérprete solo en los casos en que los declarantes tuvieran dificultad para comprender algún término. Se justificó en el marco del artículo 223 del CPP, pues este dice que la necesidad de contar con un intérprete solo se presenta “cuando el testigo no conoce la lengua nacional”. Según la jueza, este no era el caso, ya que, durante el proceso, los indígenas habían rendido declaración en portugués, y constaba que ellos sabían leer y escribir en este idioma. El caso está pendiente de resolver el recurso de apelación presentado por los acusados.¹⁴⁵

Aunque el delito fue procesado y juzgado según las reglas especiales que se siguen en los casos de jurados (está fuera del alcance de esta investigación), y no se trata de un acusado sino de una víctima indígena, la situación anteriormente descrita ejemplifica que la falta de intérpretes de lenguas indígenas puede constituir un serio obstáculo en el ejercicio de la defensa de acusados pertenecientes a estas comunidades.

6. Compromiso político con la eficacia de la defensa

La opción política de no fortalecer las defensorías públicas de la manera que se requiere y se desea (siendo que presta asistencia jurídica a quien no tiene recursos financieros para pagarla), genera que una gran parte de la población que no puede pagar un abogado tenga una defensa material deficiente. Y la ausencia de control de calidad de la asistencia jurídica brindada por defensores de oficio genera los mismos efectos.

Algunos ejemplos permiten ilustrar el efecto de estas decisiones políticas en la práctica, de acuerdo con las observaciones realizadas en la investigación de campo. Primero, no existe defensa en la fase policial. Tal como se ha mencionado, dado que los autos de prisión de flagrancias son remitidos a la Defensoría Pública cuando las personas no tienen abogado, los defensores de oficio no actúan en esta fase en la capital de São Paulo y son muy pocos los detenidos con acceso a un abogado particular. La defensoría pública no está presente en las comisarías cuando se realizan los interrogatorios en la fase policial. Aunque esta situación es legal, compromete materialmente la garantía del derecho a la defensa. Además, los defensores públicos tienen un gran volumen de trabajo.

Segundo, en la fase judicial no hay contacto entre el defensor y el acusado antes de la audiencia, y la conversación privada se realiza de manera rápida y en presencia

¹⁴⁵ Proceso 2003.60.02.000374-2, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, Subsección Criminal, 2^a Turma, Tribunal Regional Federal de la 3^a Región.

del escolta policial. Pero, además, según los defensores entrevistados, debido al cambio legal ocurrido en el procedimiento penal ordinario en 2008, en casos de flagrancia es frecuente que el acusado esté preso y sin abogado a la espera del juicio, por lo que se le nombra un defensor. La ley establece que la respuesta a la acusación debe presentarse 10 días después, pero los defensores de la ciudad de São Paulo no conversan con sus defendidos en las cárceles ni buscan hacerlo en privado con ellos durante ese plazo y antes de presentar la respuesta. En general, no hay contacto personal entre el defensor y el acusado que está preso, y, por ello, no se analiza si existen testigos u otras pruebas favorables a la defensa. Antes de la reforma, el interrogatorio era el primer acto del proceso, y el acusado que estaba detenido (usualmente pobre) se encontraba en esa ocasión con su defensor y le podía indicar los testigos que podrían ser escuchados en la audiencia de instrucción. Esto actualmente es más difícil, y, a veces, la respuesta a la acusación se ha convertido en un acto de defensa formal.

Tercero, en la fase de ejecución hay diversos problemas estructurales. Según las entrevistas, suele pasar que la persona está presa en una ciudad diferente a la de la jurisdicción donde se tramita la fase de ejecución, y como las solicitudes de beneficios deben hacerse en la jurisdicción del proceso, eso acarrea, al menos, una de estas dificultades: a) si la persona tiene un abogado particular y este actúa profesionalmente en la misma ciudad donde se cumple la condena, el abogado debe trasladarse a la otra ciudad cada vez que solicita un beneficio (o para hacer seguimiento simple al proceso); b) la defensa es ejercida por un defensor público de la zona de ejecución destinado a otra comarca (es lo más frecuente) y, entonces, no tiene contacto personal con el asistido, pues los defensores públicos no van a las cárceles.

Cuarto, los gastos del sistema de justicia penal y de la asistencia judicial no se encuentran desglosados. De cualquier manera, según el informe *La justicia en cifras de la justicia estatal*,¹⁴⁶ el costo de la asistencia judicial gratuita en el estado de São Paulo es de USD 393.112,73, lo que corresponde al 0,017% del monto total del gasto en la justicia estatal, que asciende a USD 2.247.714,14. La reducida proporción asignada a la asistencia judicial gratuita y la ausencia de datos desglosados sobre el costo de la justicia penal y de la asistencia judicial en particular, muestra la escasa importancia que tiene esta área y la poca inversión que en ella se realiza.

Quinto, los abogados particulares son críticos del convenio con la OAB, aunque son conscientes de la importancia de la Defensoría Pública. Los abogados y los defensores públicos manifiestan unánimemente que las debilidades de la Defensoría

¹⁴⁶ Consejo Nacional de Justicia 2010.

perjudican la defensa e implica que esta sea masificada. Contrariamente, los jueces y fiscales entrevistados mencionaron usualmente que la estructura actual de la Defensoría Pública es suficiente y adecuada para la demanda que tiene.

En la investigación de campo realizada (especialmente en las entrevistas con fiscales y comisarios) resultó evidente que existe un fuerte discurso de preservación de la sociedad, ya que para abordar el problema de la criminalidad se habla más de *control social* que de *cuestión social*. Algunos entrevistados consideran que el sistema de justicia es un órgano represor de la crisis, encargado de castigar y reprimir el crimen para ejercer el control social. Dichos entrevistados no están satisfechos porque consideran que hay un blandamiento en la ley penal y en la posición del STF, y argumentan que actualmente es inadecuado el garantismo establecido en la Constitución Federal que remite al final de la dictadura.

Esta posición tiene apoyo popular. Según la encuesta realizada por el Instituto Brasileño de Opinión Pública y Estadística (Ibope), el Ministerio Público tiene popularidad, mientras que hay cierta falta de fe en la Policía (esto fue corroborado en las entrevistas con abogados; varias veces se calificó como “endémica” la corrupción en la Policía).

Es posible identificar la adopción de un discurso cada vez más punitivista en la población de Brasil y de São Paulo. Una encuesta, realizada en 2010 en las capitales brasileñas por el Núcleo de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo, comparó las respuestas a preguntas cuya finalidad era evaluar actitudes, valores, y normas culturales acerca de los derechos humanos y la violencia, repitiendo algunas preguntas formuladas en 1999. Llamó la atención el cambio frente a la respuesta a la siguiente afirmación: “Los tribunales pueden aceptar pruebas obtenidas mediante tortura”. En 1999, el 72,6% de los entrevistados afirmó estar en “completo desacuerdo”, mientras que en 2010, solo el 53,99% lo dijo.¹⁴⁷

Otra investigación, realizada por el Senado Federal acerca de la propuesta de reforma al Código Penal actualmente en trámite legislativo, reveló que el 89% de los entrevistados se declaró a favor de reducir la mayoría de edad penal,¹⁴⁸ y el 20% de quienes respondieron la pregunta defienden la idea de que cualquier persona, sin importar su edad, sea juzgada como adulta.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Los porcentajes se refieren a las entrevistas realizadas en la ciudad de São Paulo.

¹⁴⁸ La mayoría de edad penal en Brasil son los 18 años.

¹⁴⁹ Datos del Senado.

Además, se observa una mala interpretación del sistema de garantías constitucionales en materia procesal penal. Por ejemplo, en casos en los que se decreta prisión preventiva a acusados por el “clamor público que causa el delito” y su “gravedad”, aun cuando no haya previsión legal al respecto de estos criterios. En esos casos, la prisión no se fundamenta en la necesidad de cautelar el proceso de acuerdo con la ley, sino que, usualmente, se decreta por la connotación mediática del hecho o la gravedad del delito. El Supremo Tribunal Federal ha desautorizado dichas prisiones preventivas en innumerables decisiones pues no tienen respaldo legal. Así, el acusado pasa meses –a veces años– ilegalmente privado de su libertad hasta que el STF decide a su favor.

Aunque es precipitado afirmar de manera concluyente que en la población brasileña predomina una tendencia punitivista y opuesta a un sistema penal garantista, hay estudios importantes que han llegado a esa conclusión. Por ejemplo, los realizados por el Núcleo de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo (*Actitudes, normas culturales y valores en relación con la violencia*), o el del Senado Federal acerca de la Reforma del Código Penal.¹⁵⁰

En la investigación de campo realizada, y aunque no se formuló una pregunta específica, los entrevistados opinaron acerca del trato de los medios de comunicación a las noticias relacionadas con casos penales. Sin embargo, en 14 de las 15 entrevistas realizadas se dijo que su influencia es nociva para los resultados de los juicios penales, y que sus análisis son tendenciosos. Los comisarios de policía especialmente mencionaron que se sienten presionados para adoptar medidas no necesariamente acordes con la ley, debido a la extrema influencia que ejerce la exposición mediática.

7. Conclusiones

La Constitución Federal de 1988 que restableció la democracia inauguró un nuevo paradigma para el derecho procesal penal brasileño: el texto consagró garantías individuales en el procedimiento penal, y les dio estatus de derecho fundamental y de cláusula pétrea. Además, el país suscribió los principales pactos internacionales relacionados con el sistema de justicia penal.¹⁵¹ Sin embargo, Brasil tiene un largo camino por recorrer para cumplir las obligaciones asumidas en el ámbito internacional.

¹⁵⁰ Datos del Núcleo de Estudios de Violencia de la Universidad de São Paulo.

¹⁵¹ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Reglas de Bangkok para el Tratamiento de las Reclusas, Convención sobre la Eliminación de la Tortura, Pacto de San José de Costa Rica, Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.

Existen fuertes contrastes entre la práctica y la legislación vigente, y hay violaciones recurrentes y directas a las disposiciones que regulan el derecho a defensa. La realidad cotidiana del sistema de justicia está contaminada por malas prácticas, que cumplen formalmente con disposiciones legales o constitucionales, que son difícilmente identificadas y que constituyen violaciones materiales a los derechos. Sin embargo, en algunos casos, estas violaciones de los derechos son posibles debido a la existencia de debilidades normativas.

Estas violaciones de los derechos se pueden dividir en tres grupos. El primero, contempla aquellas relacionadas con la falta de información, y comprende los problemas asociados a la Carta de derechos, el acceso a los autos y los datos de acceso público.

En el ámbito de la carta de derechos, hay diferencias normativas en cuanto al ejercicio del derecho a la información sobre el contenido de las acusaciones. Así, en la fase policial, la ley prevé la entrega de una nota de culpa,¹⁵² tan solo en las investigaciones iniciadas por la detención en flagrancia. Sin embargo, en la investigación de campo se constató que la estandarización del documento no permite deducir cómo se entrega la información de sus derechos al acusado, en la comisaría de policía o en el momento de la prisión. *Además, como se señaló anteriormente, el documento solo se entrega a los acusados después de terminar el procedimiento de flagrancia, lo que implica que la información escrita de sus derechos se entrega después del interrogatorio*¹⁵³ Sin embargo, se observó que no se fiscaliza el trabajo de los agentes judiciales responsables de citar al acusado, ya que actúan por fuera del edificio del juzgado penal. Esto plantea interrogantes sobre cómo *tiene lugar* la citación y el nivel de comprensión de los acusados de lo que ella significa.

En resumen, no existe en la legislación brasileña un documento que funcione específicamente como una carta de derechos. Sin embargo, la nota de culpa y la citación podrían cumplir el rol de documentar la comunicación de algunos derechos al acusado. Cabe señalar, sin embargo, que se puede presumir que la gran mayoría de los destinatarios no entiende el contenido de los documentos, pues se redactan en un lenguaje técnico-jurídico, y a menudo los acusados provienen de clases sociales de bajos ingresos con bajo nivel de educación.

¹⁵² Comunicación formal del motivo de la detención, el nombre de los testigos y de la persona que condujo al sospechoso, que debe ser firmada por la autoridad policial competente y que se entregará al acusado en un plazo de 24 horas después de la detención.

¹⁵³ Acto escrito y verbal realizado por el funcionario judicial, mediante el cual se notifica al acusado de la presentación de la acción, se le imputa la comisión de un delito y se le brinda oportunidad para su defensa.

Respecto al derecho de acceder a los autos del proceso, se debe señalar que la ley faculta al comisario de policía a ordenar el secreto de la investigación policial, y en principio se puede prohibir el acceso personal del enjuiciado a los autos de la investigación. Aunque la regla del secreto se ha aplicado con notable flexibilidad para los abogados, en la mayoría de casos el contenido de la acusación formulada en el enjuiciamiento solo llega a conocimiento del acusado a través de su abogado, de acuerdo con la investigación realizada. En la fase procesal, el acceso a los autos es normalmente público.

En general, en la práctica, los abogados tienen acceso a los autos de la investigación policial y a los autos del procedimiento penal. Al parecer, se ha consolidado la noción de darles a conocer a los abogados defensores los autos de la investigación y el procedimiento, salvo en casos excepcionales.¹⁵⁴ Esto ha sido respaldado por el Supremo Tribunal Federal,¹⁵⁵ en reconocimiento del Precedente Vinculante 14: los abogados defensores tienen derecho a acceder a los autos de la investigación policial.

Otro aspecto clave que hace referencia a la falta de información tiene lugar en el ámbito público. La falta de datos públicos hace imposible trazar un perfil más detallado sobre el número de personas presas, lo que dificulta la formulación de las políticas públicas.

El segundo tema donde se presentan violaciones de los derechos es en la falta de contacto del acusado con su abogado y con el juez del caso. En este ámbito, se encuentran problemas graves para el ejercicio del derecho a la asistencia de un abogado, especialmente para garantizar el contacto del abogado con el preso. Por ello, la fase policial prescinde de defensa técnica.¹⁵⁶ A su vez, en la fase judicial, incluso con la presencia obligatoria de un abogado defensor, la precariedad del contacto entre el acusado y el defensor público es patente, ya que el primer encuentro se produce de manera rápida y en la puerta de la sala de audiencia.¹⁵⁷ En este caso, la disposición

¹⁵⁴ Sobre las situaciones en las que se faculta al juez declarar el secreto de sumario de los autos del procedimiento penal.

¹⁵⁵ El Supremo Tribunal Federal editó el Precedente Vinculante 14, que asegura a los abogados defensores el derecho de acceso a los autos de la investigación policial.

¹⁵⁶ Aunque no esté prohibida, no hay disposición legal que la haga obligatoria, por lo que prácticamente es inexistente.

¹⁵⁷ El 8 de mayo de 2014 fue publicada la Deliberación 297/2014 de la Defensoría Pública de São Paulo, que organiza la política de atención al preso detenido provisionalmente. De acuerdo con la Deliberación, un defensor público realizará visitas al establecimiento penitenciario con el objetivo de establecer contacto personal con las personas detenidas provisionalmente, una vez llegan al establecimiento penitenciario.

normativa expresa¹⁵⁸ que establece el derecho a la conversación previa y privada entre el acusado y su defensor es insuficiente, debido a que, según la investigación realizada, este derecho se cumple solo de manera formal, generando graves perjuicios al ejercicio del derecho a defensa.

Vale la pena recordar que la ley no requiere el contacto personal entre el defensor público y el acusado privado de su libertad antes de la presentación de la respuesta escrita a la acusación, lo que perjudica la elección de los testigos y otras pruebas eficaces para la defensa. El primer contacto personal se realiza en la audiencia, que se demora en promedio 150 días después de la detención. Esto evidencia la precariedad del ejercicio de la defensa en un momento tan crucial de la acción penal. Por otro lado, en todas las audiencias observadas había testigos de cargo, en general, policías militares que participaron en la detención.

En las audiencias de instrucción se constató que pocas tenían acusados en rebeldía y siempre hubo un defensor. El derecho al silencio se respetó, al menos formalmente, y los jueces informaron a los acusados acerca de este derecho antes de que fueran interrogados, aunque ninguno lo usó. Sin embargo, no hay datos disponibles acerca de los posibles efectos perjudiciales para la defensa debido a la ausencia del acusado en actos procesales o al impacto que el silencio del acusado tiene en las decisiones judiciales.

Otros derechos que encuentran obstáculos son el derecho a estar en libertad durante el proceso y la presunción de inocencia. Aunque hay pocos datos sistematizados al respecto, existen indicios que muestran un uso excesivo de la prisión provisional en Brasil, que representa alrededor del 35% del total de la población carcelaria.¹⁵⁹ En las entrevistas con profesionales que trabajan en la defensa, se mencionó que la presunción de inocencia es el derecho más importante, más violado y el que más carece de cumplimiento. Esta situación surge, en parte, debido a la fragilidad de las motivaciones legales aducidas en muchas decisiones de prisión preventiva, que se realizan por fuera de los supuestos legales y sin que haya contacto personal entre el juez y el acusado.

Finalmente, en tercer lugar, las violaciones de los derechos provienen de la falta de criterios de calidad y efectividad de la defensa. En este grupo hay varios problemas. Para empezar, no existe una obligación legal de celebrar una audiencia de custodia

¹⁵⁸ Constitucional y legal.

¹⁵⁹ En diciembre de 2012, la población carcelaria de Brasil ascendía a 548.003 personas, de las cuales 195.036 estaban detenidas provisionalmente. Datos del Departamento Penitenciario del Ministerio de Justicia.

poco después de la detención en flagrancia. La presentación ante un juez inmediatamente después de la detención del acusado, sería un medio eficaz para mejorar el control de la legalidad y la necesidad de la custodia temporal, así como para facilitar un efectivo diagnóstico y la lucha contra la tortura y los malos tratos durante la detención, que aún son problemas graves en el país.

Se presenta además una falta crónica de personal y de inversión de recursos en el sector, lo que dificulta la realización de pericias y exámenes de la escena del crimen. Hay un uso excesivo de las siguientes pruebas: testimonial, reconocimiento personal del acusado y confesión obtenida, a menudo, de manera oscura. Usualmente, los testigos escuchados en esa fase se reducen a los policías militares que hicieron el arresto, y dado que es poco común el seguimiento de un abogado defensor a esta etapa del procedimiento, cuando este llega a su fase judicial, no se buscan testigos de la defensa y generalmente se revalidan en el tribunal las declaraciones recogidas por el comisario de la policía. En la fase policial persiste la práctica de violencia física contra presos y prejuicios tendenciosos contra los acusados de los delitos.

El sistema penitenciario padece un hacinamiento endémico.¹⁶⁰ La carencia de asistencia jurídica y la naturaleza mixta (judicial y administrativa) de la fase de ejecución penal generan graves consecuencias en el acceso de los presos a la defensa.

Algunas percepciones establecidas por la investigación¹⁶¹ mostraron la existencia de un fuerte discurso punitivo, y la identificación del sistema de justicia con mecanismo de castigo y represión de la delincuencia para ejercer control social. Hay indicios de apoyo popular a esta línea de pensamiento.¹⁶²

Finalmente, hay que señalar que casi todas las personas fueron detenidas en flagrancia,¹⁶³ demostrando la ineeficacia de las investigaciones criminales.

Recomendaciones

1. Modificación del Código de Procedimiento Penal para incluir la presencia obligatoria de un abogado o defensor público durante la investigación

¹⁶⁰ Según datos de Infopen, en diciembre de 2012 había 548.003 presos en Brasil para 310.687 vacantes. Datos del Departamento Penitenciario del Ministerio de Justicia.

¹⁶¹ En general, los entrevistados activos en la Policía y en el Ministerio Público.

¹⁶² Especialmente con relación al Ministerio Público.

¹⁶³ En el Estado de São Paulo, el 65% de las detenciones son en flagrante delito. En la capital (São Paulo), este porcentaje alcanza el 78%. Datos del Instituto Sou da Paz.

policial, especialmente en el momento del interrogatorio del investigado, para garantizar el derecho a la defensa técnica en todas las fases de la acción penal.

2. Modificación del Código de Procedimiento Penal, exigiendo que el juez y el defensor tengan contacto con el acusado, una vez inicia el procedimiento penal y no solo en el día de la audiencia y en el juicio, que debe estar acompañado por el fortalecimiento de la estructura de la Defensoría Pública.
3. Modificación del Código de Procedimiento Penal para incorporar la audiencia de custodia inmediatamente después de la detención en flagrancia. Esta medida es importante para constreñir la ocurrencia de malos tratos y torturas, para reducir las posibles ilegalidades que puedan ocurrir en el momento de la privación de libertad y para evitar que se prolonguen situaciones de custodia innecesaria e ilegal antes del juicio. La audiencia también contribuiría a prevenir la violencia, tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
4. Modificación del Código de Procedimiento Penal para adoptar un modelo de carta de derechos, donde consten todos los derechos procesales legales y constitucionales que deben ser garantizados a las personas acusadas de delitos. Esta se entregará a la persona interesada antes del interrogatorio policial y debe tener un lenguaje accesible y no demasiado técnico ni jurídico.
5. Reestructuración del modelo del convenio de asistencia jurídica celebrado entre el OAB y la Defensoría Pública, con el fin de definir criterios más claros para el control de la ejecución de dicho convenio. Estos deben contemplar la calidad técnica de las defensas de los acusados, dándoles plena asistencia y orientación para realizar un trabajo técnico de calidad.
6. Ampliación y fortalecimiento de la Defensoría Pública para que esté presente en todos los distritos judiciales y tenga un número suficiente de defensores públicos, que incluso estén en los establecimientos penitenciarios.
7. Desarrollo de un sistema nacional de datos con las estadísticas criminales y con la información del sistema de justicia para elaborar políticas públicas adecuadas y facilitar el análisis crítico de la sociedad civil con la información proporcionada.
8. Creación de mecanismos estatales para la prevención de la tortura, según el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU y la Ley 12.847/2013.

8. Bibliografia

- Cardia, Nancy. *Relatório de pesquisa: Atitudes, Normas Culturais e Valores em relação à violência – 1999*. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. Publicado por Ministério da Justiça, Secretaria Nacional dos Direitos Humanos. Disponível en: http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=64&Itemid=55.
- Carvalho, Jose Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Relatório de pesquisa: o uso do habeas corpus pela Defensoria (2012)*. Disponível en: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/RELAT%C3%93RIO%2022112012%20vers%C3%A3o%20final%20sem%20revis%C3%A3o%2023112012.pdf>.
- Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Relatório das unidades da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – 2013*. Disponível en: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/0/Documentos/Relat%C3%B3rio%20das%20unidades.pdf>.
- Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça. *Dados oficiais do sistema penitenciário brasileiro*. Disponível en: <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC-4D50EDBPTBRNN.htm>.
- Fernandes, Antonio Scarance y otros. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- Ferreira Filho, Roberval Rocha (org.). *Principais julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Editora JusPODIVIM, 2012.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo 2010 – Brasil*. Disponível en: www.ibge.gov.br.
- Instituto de Pesquisas Econômica Avançadas. *Relatório de pesquisa: dados gerais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – 2012*. Disponível en: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>.
- Instituto Ibope. *Relatório de pesquisa de opinião sobre o Ministério Público – 2004*. Disponível en: [\\$File/Opp074_fev_04.pdf](http://www2.ibope.com.br/calandrakbx/filesmng.nsf/Opiniao%20Publica/Downloads/Opp074_fev_04.pdf).

Marques de Jesus, Maria Gorete y otros. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011. Disponible en: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>.

Marques, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium, 2000.

Noronha, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1988-1995.

Nucci, Guilherme de Souza S. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Nucci, Guilherme de Souza S. *Leis penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vols. 1, 2, 3 e 4. São Paulo: Saraiva, 2010.

Carolina Bernal
Uribe

CAPÍTULO 5. COLOMBIA¹

1. Introducción

En este capítulo describimos el marco normativo de la defensa penal en Colombia, y lo contrastamos con la manera en que esta es ejercida en la práctica. Para ello nos fundamentamos en cinco tipos de fuentes: normatividad vigente; jurisprudencia vigente; diagnósticos del desempeño del Sistema Nacional de Defensoría Pública (en adelante, SNDP); entrevistas semiestructuradas con funcionarios judiciales realizadas entre enero y abril de 2013, procesados del sistema de justicia, abogados del sistema público y abogados privados, entre otros;² y, finalmente, en la respuesta a un derecho de petición dirigido a la Defensoría del Pueblo.³

¹ Este capítulo fue revisado por Miguel La Rota, investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), durante el estudio. El equipo de investigación estuvo conformado por Carolina Bernal Uribe y Gina Cabarcas, de Dejusticia, durante el estudio.

² Para esta investigación realizamos 55 entrevistas: diez a policías de vigilancia (patrulleros), cinco a agentes de policía de mayor rango (principalmente comandantes de policías metropolitanas y estaciones), cuatro a investigadores de policía judicial, cinco a jueces de control de garantías, cinco a jueces de conocimiento, dos a coordinadores de unidades de reacción inmediata (URI) de la Fiscalía, cuatro a fiscales de URI, siete a fiscales radicados, diez a defensores públicos y cinco a funcionarios administrativos de la Defensoría encargados de la selección y evaluación de los defensores públicos.

³ Preguntamos a la Defensoría del Pueblo sobre los presupuestos destinados a defensa pública, el número de defensores públicos (profesionales contratados y estudiantes de consultorio jurídico), carga laboral y remuneraciones de los defensores, número de investigadores y de asistentes del SNDP, características de los clientes del SNDP, medidas para asegurar accesibilidad a la defensa pública, quejas acerca de la labor de los defensores públicos, capacitación de los defensores públicos

El documento tiene seis partes. En la primera presentamos características generales de Colombia y una descripción de las particularidades del sistema de justicia penal. En la segunda, hacemos una caracterización del servicio de defensa pública en el país, que continuamos en la tercera parte con una descripción y un análisis crítico del marco normativo respecto de los derechos: (i) a la información en el marco de un proceso penal, (ii) a la propia defensa, (iii) a garantías procesales, y (iv) que permiten la efectividad de la defensa. En la cuarta parte examinamos la cultura profesional de los abogados defensores, y en la quinta, describimos cómo ha sido el compromiso político frente a la defensa en materia penal. Terminamos con algunas conclusiones y recomendaciones.

1.1 Información sociodemográfica básica

Colombia tiene una superficie de más de dos millones de kilómetros cuadrados y cuenta con una población cercana a los 48 millones.⁴ Según el censo de 2005, el 3,4% de la población se identifica como indígena y el 10,6% como afrocolombiana.⁵ Alrededor del 7% está en situación de discapacidad.⁶

Según la medición de 2013 del Banco Mundial, se trata de un país de ingreso medio,⁷ donde la población pobre representa el 33% del total, y la extremadamente pobre, el 10%.⁸ En materia de desigualdad, a pesar de los avances de los últimos años,⁹ Colombia muestra altos niveles de concentración del ingreso y de la riqueza en comparación con otros países de la región. Mientras que la población más rica (la que está en el decil 10) detenta el 35% de los ingresos, la más pobre (la de los deciles 1 a 4) se

y programas de defensa pública establecidos por las autoridades indígenas. Recibimos respuestas a todas las cuestiones por las que indagamos –como las presentamos en este documento–, excepto a las relativas a las características de los usuarios del servicio de defensa pública y a las quejas disciplinarias frente a la labor de los defensores públicos. Según la Defensoría, no se recolecta ese tipo de información.

⁴ Departamento Nacional de Estadística 2013a.

⁵ Departamento Nacional de Estadística 2005.

⁶ Departamento Nacional de Estadística 2008, p. 8.

⁷ A 2013, el ingreso per cápita en Colombia era de USD 10.110 con paridad de poder adquisitivo. Banco Mundial 2013.

⁸ Para los datos de pobreza y pobreza extrema, véase Departamento Nacional de Estadística 2013b.

⁹ Una muestra de la reducción de la desigualdad es que, de 2010 a 2012, el índice de Gini por distribución en el ingreso pasó de 56,7 a 53,8. Así, Colombia pasó de ser el tercer país más desigual en la región a ocupar el séptimo puesto. Departamento Nacional de Estadística 2013b.

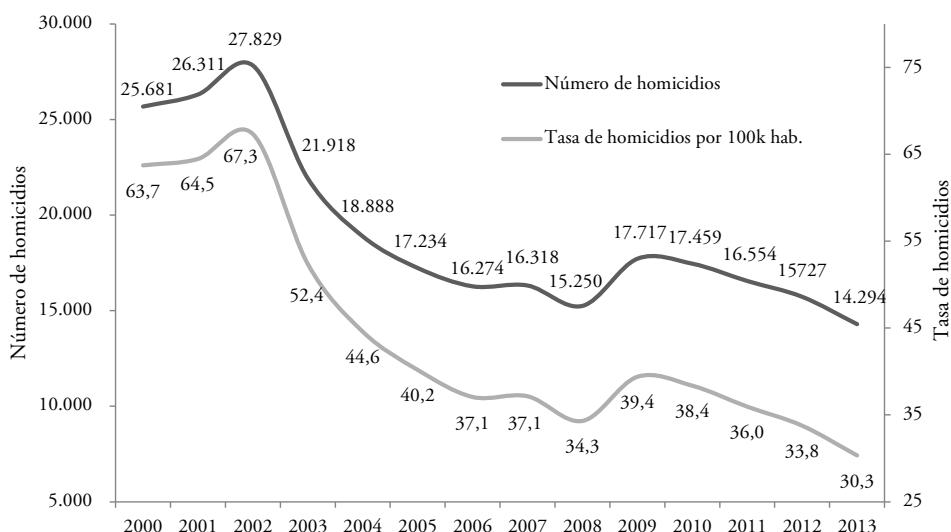
lleva aproximadamente el 13%.¹⁰ Estas cifras ubican a Colombia en una posición peor que la del promedio de países de América Latina, donde el decil 10 recibe el 32% de los ingresos, mientras que los deciles 1 a 4 se llevan el 15%.¹¹

Colombia se encuentra dividida en 32 departamentos y, de acuerdo con su Constitución, es un Estado social y democrático de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales.¹²

1.2 Índices de criminalidad y situación carcelaria

Debido, en parte, a la situación de conflicto interno y a la realidad del negocio del narcotráfico en el país, la criminalidad violenta en Colombia es relativamente alta. Sin embargo, esta ha bajado de manera más o menos consistente desde 2001, como

Gráfico 1.
Homicidios dolosos en Colombia, 2000-2013



Fuente: Datos de *Forensis*, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Elaboración propia.

¹⁰ Comisión Económica para América Latina y el Caribe 2012, p. 20.

¹¹ Los países de la región con condiciones de desigualdad en el ingreso peores que las de Colombia –donde la concentración del ingreso es mayor en la población más rica, y menor en la más pobre– son República Dominicana (39% vs. 11%), Guatemala (40% vs. 12%), Honduras (36% vs. 11%), Paraguay (38% vs. 12%) y Brasil (40% vs. 13%). Comisión Económica para América Latina y el Caribe 2012.

¹² Constitución Política de Colombia, art. 1º.

muestra la evolución de la tasa de homicidios presentada en el gráfico 1. A partir del año 2002 hubo un decrecimiento importante en la tasa de homicidios de 67 a 30 homicidios por cada 100 mil habitantes. al año 2013 A pesar de que la reducción fue importante, comparativamente continúa siendo alta, pues se parece más al promedio de la de los países del sur de África o algunos países de América Central, que a la de los de América del Sur.¹³

A su vez, desde la década de los noventa, Colombia ha aumentado su tasa de encarcelamiento, pasando de 80 reclusos por cada 100 mil habitantes en 1993, a 231 en 2013.¹⁴ Este aumento ha estado acompañado de un crecimiento generalizado de las penas¹⁵ y de la ampliación de la capacidad carcelaria a partir de 1998.¹⁶

1.3 Caracterización del sistema penal

A partir de la Ley 906 de 2004, Colombia inició la implementación de un sistema procesal de tipo acusatorio.¹⁷ Sin embargo, el cambio institucional venía gestándose desde 1991, cuando la Asamblea Nacional Constituyente empezó a discutir la necesidad de cambiar el proceso penal de corte inquisitivo por uno acusatorio, fundamentado en cuatro principios: a) independencia de la Fiscalía General de la Nación respecto del Ejecutivo, b) monopolio de las funciones de investigación y acusación en cabeza del fiscal general de la nación y sus agentes, c) establecimiento de un procedimiento único para la investigación y juzgamiento de delitos, y d) igualdad de condiciones entre el ente acusador y la defensa durante todas las etapas del proceso.¹⁸ Sin embargo, la

¹³ El promedio de la tasa de homicidios de los países del sur de África es 30; la de algunos países de América Central: Guatemala (38), Belice (41), El Salvador (69), Honduras (91); América del Sur: Venezuela (45) supera a Colombia, pero Brasil (21), Guyana (19), Ecuador (15), Argentina (3,4) o Chile (3,2) están por debajo de la tasa colombiana; las de América del Norte siguen siendo más bajas: México (23) y Estados Unidos (4,2); la de Europa Occidental es de menos de 1. Para un análisis comparado, véase United Nations Office on Drugs and Crime 2012.

¹⁴ Cálculos con base en estadísticas del Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC) 2013.

¹⁵ La Ley 890 de 2004 es un ejemplo claro de este endurecimiento, pues hizo una ampliación generalizada de las penas para todos los delitos en la tercera parte del mínimo y en la mitad del máximo del marco punitivo.

¹⁶ En cumplimiento de la Sentencia T-153 de 1998 se amplió la capacidad carcelaria en cerca de 21.600 cupos. Más sobre esta ampliación, en Ariza 2013.

¹⁷ La implementación fue gradual por ciudades y fases. La primera fase entró en vigencia en enero de 2005, y la última en enero de 2008.

¹⁸ Asamblea Nacional Constituyente. Proyecto de acto reformatorio de la Constitución N° 11. “Propuesta de Estructura del Sistema Acusatorio”. Hernando Londoño Jiménez. *Gaceta Constitucional*.

reforma se hizo solo hasta 2004, luego de que el sistema inquisitorio de la Ley 600 mostrara su incapacidad para enfrentar la impunidad.¹⁹

La transitoriedad de la implementación del sistema acusatorio hace que actualmente estén vigentes dos tipos de procedimiento penal: el sistema mixto de la Ley 600 de 2000, para los delitos cometidos hasta el 1º de enero de 2005; y el sistema acusatorio (en adelante, SA) de la Ley 906 de 2004, para la investigación y el juzgamiento de delitos ocurridos después del 1º de enero de 2005. En este texto nos concentraremos principalmente en describir y analizar el marco normativo del SA.

En Colombia, a diferencia de otros países, la Fiscalía General de la Nación (en adelante, FGN) hace parte de la rama judicial. Para desarrollar sus funciones, cuenta con el apoyo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (en adelante, Medicina Legal), que provee servicios forenses para la investigación. Adicionalmente, cuenta con su propio cuerpo de policía judicial (Cuerpo Técnico de Investigación, CTI) y con la asistencia de dos agencias dedicadas a la función de policía judicial dentro de la Policía Nacional: la Dirección de Investigación Criminal e Interpol (DIJIN) y las unidades seccionales de investigación criminal (Seccional de Investigación Criminal, SIJIN). La Ley 906 dispone que la FGN debe cumplir funciones de dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades de la policía judicial; se trata entonces de una relación de *dirección funcional*.²⁰

Por otro lado, el rol del juez en el proceso penal colombiano, como proceso de partes, consiste fundamentalmente en recibir las labores de las partes y definir con base en ellas la verdad del caso. Para lograrlo, el juez tiene la facultad y el deber de controlar las actividades de las partes y del público para asegurar que no interfieran con el desenvolvimiento y eficiencia del proceso.²¹

1.4 El proceso penal en el marco del sistema acusatorio (SA)

Desde el momento en que las autoridades tienen conocimiento de la ocurrencia de una conducta delictiva hasta que se sanciona a un responsable, pueden identificarse tres etapas: (i) la indagación o investigación, (ii) el juzgamiento y (iii) la ejecución de

tucional 10.

¹⁹ Una descripción más completa de este cambio y de los antecedentes del sistema penal acusatorio, en Corporación Excelencia en la Justicia 2010.

²⁰ Sobre las relaciones de dirección funcional entre los ministerios públicos y la policía judicial, véase Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) 2010, p. 18.

²¹ Consejo Superior de la Judicatura y Sistema Acusatorio 2005.

la pena. La primera no es una etapa procesal sino más bien exploratoria, y por ello el marco normativo fija un término amplio (de dos años después de que la FGN conoce del hecho) en el cual debe completarse.²²

Durante la etapa de investigación, la Fiscalía tiene potestad para realizar la mayoría de los actos que requiere para conseguir la evidencia física y material probatorio. Sin embargo, después de recoger la evidencia debe presentarla al juez de control de garantías para que certifique que la aprehensión de la misma fue ajustada al marco normativo.

El proceso penal propiamente dicho se inicia con la formulación de imputación²³ por parte de la FGN. Este acto anuncia al imputado que existe una investigación penal en su contra, e inicia la etapa de juzgamiento. Este acto, que anuncia al imputado que existe una investigación penal en su contra e inicia la etapa de juzgamiento, ocurre cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.²⁴ En la audiencia de imputación, el defendido cuenta con la potestad de allanarse total o parcialmente a los cargos o de negociar con la FGN para obtener rebajas de pena, algunos beneficios, o bien declararse inocente.

Si el indiciado no se había percatado de que era objeto de investigación, la imputación constituye un primer aviso formal de que puede empezar a preparar su defensa.²⁵ Pero, incluso antes de la imputación, un juez puede ordenar la captura del indiciado en respuesta a la solicitud del fiscal. Cuando ello ocurre, en la misma audiencia en que se legaliza la captura, la FGN debe hacer la formulación de imputación. La Fiscalía puede también solicitar la imposición de una medida de aseguramiento ante ese mismo juez. En adelante, las demás actuaciones del proceso tienen lugar ante un juez de conocimiento. Tanto si se pide la medida de aseguramiento como si se deja en libertad al capturado, el imputado debe esperar hasta el destape probatorio de la audiencia de acusación para conocer las pruebas que la FGN hará valer en la audiencia de juicio oral.

Además de anunciar oficialmente al indiciado la apertura de un proceso penal en su contra, la imputación hace que empiecen a correr los términos del proceso penal.²⁶

²² Código de Procedimiento Penal, art. 175. Parágrafo.

²³ Código de Procedimiento Penal, art. 286.

²⁴ *Ibid.*, art. 287.

²⁵ *Ibid.*, art. 286.

²⁶ La Rota y Bernal (2014) han mostrado que la etapa de investigación es el cuello de botella más importante para la judicialización de los delitos graves.

Después este acto, la FGN tiene un término de 90 días –o mayor en eventos complejos– para solicitar la acusación; de no hacerlo, el proceso debe ser terminado por el juez. En la audiencia de acusación tiene lugar el destape probatorio: tanto la FGN como la defensa presentan las pruebas al juez –quien debe determinar su validez– y a la contraparte. Aquí cada parte puede pedirle a la otra que revele toda la evidencia y material físico probatorio, incluso aquel que sea favorable a la contraparte que hace la solicitud de destape. Mientras que la Fiscalía tiene la obligación de revelar la evidencia que le solicite la defensa, esta última podría negarse a hacerlo cuando considere que el destape podría violar su derecho a no autoincriminarse.

En la audiencia de juicio oral deben presentarse todas las pruebas previamente descubiertas en la acusación. A partir de ellas, el juez de conocimiento comunica el sentido del fallo y escucha las consideraciones de las partes acerca de la pena que impondrá, si el fallo es condenatorio. Como explicamos en el apartado 3.3.6, las personas condenadas tienen el derecho de impugnar las sentencias condenatorias en segunda instancia.

La víctima cuenta con facultades que, en ocasiones particulares, le permiten actuar directamente en el proceso penal. Por ejemplo, cuando la FGN no solicita la imposición de la medida de aseguramiento, la víctima puede hacerlo, una vez la Fiscalía haya explicado por qué no lo hizo. Aunque estas potestades no eran parte del diseño institucional inicial del sistema penal acusatorio, desde antes de su entrada en vigencia la Corte Constitucional había desarrollado una sólida jurisprudencia según la cual la participación de las víctimas en el proceso buscaba la verdad y la realización de la justicia material,²⁷ además de la reparación integral.

Finalmente, cuando se cuenta con una sentencia condenatoria, el procesado es enviado al establecimiento carcelario o a su domicilio –si se le hubiera concedido la prisión domiciliaria–. En esta etapa, el proceso pasa a cargo del juez de penas y medidas de seguridad.

²⁷ La Corte Constitucional amplió los derechos y la participación de las víctimas en el proceso penal a través de sentencias como la C-293 de 1995, en la cual revisó la constitucionalidad del artículo del Código de Procedimiento Penal que regulaba la constitución como parte civil en el proceso penal. Las sentencias C-163 de 2000, C-1149 de 2001 y C-178 de 2002, entre otras, también amplían los derechos de las víctimas en el proceso penal.

2. Asistencia legal

2.1 Estructura y organización de la defensoría pública

El servicio de asistencia legal del Estado es administrado por la Defensoría del Pueblo. Formalmente, esta es parte del Ministerio Público²⁸ junto con la Procuraduría General de la Nación y las personerías municipales,²⁹ y cuenta con autonomía administrativa y presupuestal.³⁰ Su objeto principal es impulsar la efectividad de los derechos humanos en el marco del Estado social de derecho promovido por la Constitución. Para ello, dispone de defensorías delegadas en distintos temas y de cuatro direcciones nacionales, entre las que está incluido el Sistema Nacional de Defensoría Pública (en adelante, SNDP). En términos internacionales, la Defensoría es el *ombudsman* colombiano.

Aunque el gasto en defensa pública suele ascender a un poco más del 50% del presupuesto total de la Defensoría, es bajo comparado con el presupuesto general de la nación. Para 2012, por ejemplo, el presupuesto total de la Defensoría del Pueblo fue de cerca de 140 millones de dólares,³¹ lo cual equivale al 0,17% del presupuesto general de la nación.³² La tabla 1 presenta la evolución del total del presupuesto del

Tabla 1.
Evolución presupuesto defensa pública *vs.* presupuesto general de la nación
y número de defensores públicos

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Presupuesto defensa pública (millones de dólares)	10,4	10,2	9,99	17,4	22,97	31,7	42,2	46	54,2	66,7	70,5
Defensa/presupuesto general de la nación (%)	0,03	0,03	0,02	0,04	0,04	0,05	0,06	0,06	0,07	0,09	0,08
Número de defensores	1.026	987	1.138	1.369	1.646	1.549	2.063	2.251	2.212	2.676	2.911

Fuente: Respuesta a derecho de petición de la Defensoría y leyes del presupuesto general de la nación. Elaboración propia con tasa de cambio de COP 1.900 por dólar.

²⁸ El Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación son entidades cuyos nombres corresponden a los de las autoridades que en otros países investigan y buscan la judicialización de delitos. En Colombia, la entidad que desempeña estas funciones es la Fiscalía General de la Nación.

²⁹ Constitución, art. 281.

³⁰ Ley 24 de 1992, art. 1 (organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo).

³¹ Esto equivale aproximadamente a 285 mil millones de pesos colombianos.

³² El presupuesto general de la nación absoluto ascendió a \$ 165,3 billones para el año 2012. Ministerio de Hacienda y Crédito Público 2012.

SNDP y su relación con el presupuesto general de la nación. Adicionalmente, muestra cómo ha variado el número de defensores públicos, lo cual es un indicador claro de la importancia de la política pública en términos de los recursos asignados a ella.

Los recursos de la defensa pública no se destinan exclusivamente a la defensa de sospechosos o procesados en materia penal. Además, el SNDP tiene a cargo la representación de las víctimas en casos establecidos por la legislación colombiana y sirve de apoderada en casos ante las jurisdicciones civil, laboral y administrativa, entre otras funciones.³³

Con base en lo anterior, algunos estudios³⁴ han argumentado que el aumento de la carga de la Defensoría ha llevado a que los recursos disponibles resulten insuficientes para la defensa penal, pues apenas alcanzan para cubrir los honorarios de los defensores y los gastos regulares de la administración de servicios, sin permitir la inversión en mejoras del sistema.³⁵ La cooperación internacional ha jugado entonces un papel fundamental en la financiación de ciertas actividades de la defensa pública. En particular, programas de capacitación y sensibilización financiados principalmente por el Programa de Fortalecimiento de la Justicia, de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Colombia (PNUD).

2.2 El servicio de defensa pública

Para explicar el funcionamiento del servicio de defensa pública presentamos primero una descripción crítica de los actores involucrados (defensores y usuarios) y luego analizamos cómo se provee el servicio.

³³ Hasta la fecha, existen 10 programas de defensa pública: 1. Penal ordinario, con el Sistema Acusatorio y el Sistema Mixto, 2. Responsabilidad Penal de Adolescentes, 3. Justicia Penal Militar, 4. Descongestión de Cárcel, 5. Casación Penal, 6. Civil, 7. Familia, 8. Laboral, 9. Administrativo, 10. Casas de justicia, 11. Oficina Especial de Apoyo, y 12. Indígenas. Adicionalmente, las leyes de Justicia y Paz (975 de 2005), de Infancia y Adolescencia (1098 de 2006), Sobre formas de violencia y discriminación contra las mujeres (1257 de 2008) y de Víctimas y restitución de tierras (1448 de 2011) encargaron al Sistema Nacional de Defensoría Pública de la representación de las víctimas en el marco de cada una de ellas.

³⁴ Corporación Excelencia en la Justicia 2010, p. 87.

³⁵ El presupuesto de la Defensoría del Pueblo destinado a inversión ha sido bajo. En 2005, cuando representó la mayor proporción, fue el 5% del total del presupuesto de la Defensoría del Pueblo; en 2006, el 3%; en 2007 y 2008, el 2%, y en adelante ha disminuido sostenidamente hasta el 1% o menos. Defensoría del Pueblo 2012.

2.2.1. Los defensores públicos

A partir de 2005, únicamente los abogados contratados como defensores públicos por el SNDP, los egresados de Derecho que realicen su judicatura en el SNDP y los estudiantes de consultorio jurídico³⁶ pueden prestar los servicios de asistencia y representación penal ofrecidos por el Estado.³⁷

En el caso de los judicantes, la actuación se hace bajo la dirección del SNDP,³⁸ por un tiempo de nueve meses improrrogables, durante los cuales obran gratuitamente como defensores en materia penal, civil, laboral o contencioso-administrativa. Para ser admitida como judicante en el SNDP, la persona interesada debe acreditar su calidad de egresada de derecho y la terminación de materias; así mismo, debe someter su hoja de vida a revisión del SNDP y presentarse a entrevista y/o examen.

Los estudiantes de consultorio jurídico son supervisados por el personal de las facultades de derecho que hayan suscrito convenios con la Defensoría del Pueblo. En su calidad de defensores públicos, los estudiantes pueden prestar servicios tanto de asesoría como de representación judicial en los asuntos penales en los que los jueces municipales actúen como jueces de conocimiento o de control de garantías. Sin embargo, tienen expresamente prohibido actuar como representantes de víctimas y de coimputados con intereses encontrados en un mismo proceso penal.³⁹

A continuación nos concentraremos en la prestación del servicio por parte de los abogados contratados por el SNDP como defensores. Ellos son quienes cuentan con facultades más amplias en el ejercicio de la defensa y representan la mayoría de defensores públicos.

³⁶ Ley 941 de 2005, arts. 16 y 17.

³⁷ Antes de la Ley 941 de 2005, que organiza el SNDP, la asistencia legal del Estado era provista tanto por defensores públicos contratados para ello por la Defensoría (así ocurre actualmente) como por abogados de oficio. Estos últimos eran profesionales particulares designados para los casos en los que el procesado no pudiera contratar a un abogado de confianza. Por disposición legal se trataba de un oficio de forzosa aceptación, por lo que cualquier abogado debía ejercer gratuitamente como defensa en mínimo tres procesos penales, independientemente de la etapa en que estuviera el proceso. Los resultados de una evaluación realizada en 2003 por la misma Defensoría del Pueblo, de acuerdo con la cual el servicio ofrecido por los defensores de oficio resultaba de baja calidad, justificaron en buena medida la desaparición de esta figura. Defensoría del Pueblo 2004.

³⁸ Prestación del servicio de defensa pública por egresados de derecho que realicen su judicatura en el SNDP. Defensoría del Pueblo, Resolución 1003 de 2005.

³⁹ Prestación del servicio de asistencia legal y representación judicial para los estudiantes de consultorio jurídico. Defensoría del Pueblo, Resolución 713 de 2005.

La selección de defensores públicos está a cargo del SNDP, que somete a evaluación a aspirantes previamente inscritos en el Registro Nacional de Defensores Públicos⁴⁰ para cubrir las necesidades del servicio.

Para que una persona pueda aspirar a ser defensor público debe tener un posgrado en materias directamente relacionadas con el programa de defensa al que busque pertenecer (o experiencia en el mismo campo), y contar con experiencia de al menos dos años en el área del programa al que se postula. Sin embargo, según los funcionarios de la Unidad de Registro y Selección del SNDP, para las “zonas de tratamiento especial”,⁴¹ alejadas de los principales centros urbanos y que pueden vivir situaciones complicadas de orden público, resulta difícil encontrar abogados que cumplan con los requisitos mencionados. Por esa razón, los requisitos son menos exigentes para estos sectores, pues omiten la formación académica. Aunque es entendible este esfuerzo por incentivar a más abogados a sumarse a la defensoría pública en las zonas mencionadas, podría bajar la calidad de la defensa en lugares que, por su mayor complejidad social, podrían requerir justamente lo contrario. Por esa razón, podría ser más adecuado aplicar incentivos distintos para lograr que la oferta de defensores públicos para estas zonas sea suficiente; por ejemplo, otorgar mejores honorarios a los defensores que trabajen allá.

Tras la evaluación de los candidatos, los seleccionados son vinculados a la Defensoría de Pueblo por contrato de prestación de servicios por períodos renovables de un año, y por ello reciben una remuneración mensual de aproximadamente USD 1.970.⁴² Si bien este monto no es bajo en comparación con el ingreso promedio de los colombianos,⁴³ resulta inferior comparado, por un lado, con los salarios de los abogados par-

⁴⁰ Requisitos para aspirar al cargo de defensor público. Disponibles en: http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/00/inscripcion_registro.pdf. Las áreas especializadas en las que los defensores pueden prestar el servicio de defensa pública son las mencionadas en la nota al pie 32.

⁴¹ Para el año 2013, los departamentos de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Chocó, Vaupés, Vichada, San Andrés y Putumayo eran consideradas zonas de tratamiento especial.

⁴² Esta remuneración no varía en función de la etapa procesal o carga laboral de cada defensor en el mes. Los defensores de la Oficina Especial de Apoyo cuentan con asignaciones salariales superiores a las de los defensores en materia penal, que son quienes devengan los USD 1.970 que mencionamos (equivalentes a COP 3.700.000). Defensoría del Pueblo 2012.

⁴³ De acuerdo con el Departamento Nacional de Estadística (DANE), el salario promedio mensual de los trabajadores del sector formal en Colombia para el trimestre abril-junio de 2013 fue de COP 1.409.000 (cerca de USD 725); el de los trabajadores informales fue de COP 642.000 (cerca de USD 330); y el de todos trabajadores formales e informales, de COP 1.030.102 (aproximadamente USD 530). *Portafolio* 2013. A su vez, la mediana del ingreso de todos los trabajadores para 2013 fue de cerca de COP 595.000, que equivalen a aproximadamente USD 306. *Revista Semana* 2013.

ticulares por fuera de la Defensoría⁴⁴ y, por el otro, con los salarios de los funcionarios de estatus similar al de los defensores.⁴⁵

Desde el inicio de la Defensoría del Pueblo, los defensores públicos han sido contratados por contrato de prestación de servicios y no como funcionarios públicos. Por ello, se trata de trabajadores independientes que pueden tener negocios por fuera de la Defensoría en calidad de abogados de confianza.⁴⁶ Por algunas de las entrevistas pudimos establecer que esta situación puede ser inconveniente en la medida en que ciertos defensores aprovechan para trasladar clientes de la Defensoría a sus despachos privados. Sin embargo, no pudimos establecer cuál es la dimensión de este fenómeno, pues no existen registros consolidados de los casos en que el cambio de defensor público a privado, no supone un cambio en la persona del abogado.

Este fenómeno representa claramente un riesgo para las personas que necesitan de la defensa pública, pues podrían verse obligadas a sufragar su defensa aun cuando no contaran con la capacidad para hacerlo. Frente a este panorama, la aplicación de la norma que señala que debería pagarse a la Defensoría por sus servicios puede representar una buena alternativa que en la práctica no se usa, como explicamos en el apartado 3.4.1. Adicionalmente, el problema revela la necesidad de la implementación de un

⁴⁴ Aunque no existen estadísticas de los salarios medios de los abogados privados, la tarifa de horas profesionales para 2012-2013 fijada por la Junta Directiva Nacional del Colegio Nacional de Abogados permite inferir que serían mayores los ingresos como abogado de defensa privado que público. Un ejemplo: según la tarifa de honorarios, por la consulta oral en materia penal debe cobrarse al menos un salario mínimo mensual vigente (que a 2013 era de COP 589.500, aproximadamente USD 313). Así, el salario de un abogado privado igualaría el de uno público al atender cinco consultas al mes, algo muy inferior a su carga de trabajo real. De otra parte, según los datos del sistema de información del Observatorio Laboral para la Educación, en 2011 los abogados con posgrado en derecho penal ganaban en promedio COP 4.019.000 (aproximadamente USD 2.140). De acuerdo con la respuesta al derecho de petición, los honorarios de los defensores públicos en 2011 eran iguales a los de 2012 (COP 3.700.000, aproximadamente USD 1.970). Con los descuentos de ley que aplican a los trabajadores con contratos de prestación de servicios, esta diferencia es de cerca de COP 1.500.000 (aproximadamente USD 805).

⁴⁵ Los defensores públicos devengán menos que los jueces y fiscales con competencia sobre los mismos casos. Los primeros tienen salarios que varían entre COP 4.600.000 (aproximadamente USD 1.470) para los niveles más bajos y COP 8.900.000 (aproximadamente USD 4.780) para los más altos. Departamento Administrativo de la Función Pública, decretos 1035 y 1024 de 2013.

⁴⁶ En este texto usamos de manera intercambiable los términos “abogado/defensor de confianza” y “abogado/defensor privado” para hacer alusión a la defensa técnica en materia penal que es sufragada de manera personal por el indiciado, procesado o condenado.

sistema de monitoreo efectivo a la actividad de los defensores públicos, como desarrollamos en el apartado de recomendaciones.

2.2.2. Los usuarios

Las condiciones bajo las que potencialmente una persona puede usar los servicios de defensa pública están en la ley que organiza el SNDP⁴⁷ y en la Resolución de la Defensoría del Pueblo⁴⁸ que la reglamenta. De una lectura armonizada de ambas normas, concluimos que hay tres situaciones en las cuales una persona puede ser usuaria de los servicios de la defensa pública:⁴⁹

1. Cuando no cuenta con las posibilidades sociales (como discriminación u otra circunstancia excluyente) o económicas (como carencia de recursos) para acceder a un abogado particular. Según la Resolución mencionada, para determinar si la persona que solicita el servicio cuenta o no con los recursos para asumir los costos de un proceso judicial debe tener en cuenta:⁵⁰ (i) los ingresos y egresos familiares, (ii) el patrimonio, (iii) el número de personas a cargo, (iv) la profesión u oficio de quien solicita el servicio, (v) la situación jurídica de la vivienda⁵¹ y (vi) la clasificación en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de programas sociales (Sisbén).
2. Cuando no puede contratar a un abogado por razones de fuerza mayor,⁵² entendiendo como tal que los abogados particulares se nieguen a prestar sus servicios por motivos de seguridad; o que, por la trascendencia o connotación de los hechos criminales para la sociedad, previo análisis de las circunstancias especiales, la Defensoría determine la necesidad de designar un defensor público.⁵³
3. Por necesidad en el proceso,⁵⁴ en los casos en que se requiera formular la imputación o solicitar la imposición de medida de aseguramiento y haya

⁴⁷ Ley 941 de 2005.

⁴⁸ Defensoría del Pueblo, Resolución 1001 de 2005.

⁴⁹ Ley 941 de 2005, art. 2°.

⁵⁰ Defensoría del Pueblo, Resolución 1001 de 2005, art. 1°.

⁵¹ Por ejemplo, si se trata de vivienda propia, en arriendo, hipotecada, entre otras situaciones.

⁵² Ley 941 de 2005, art. 43.

⁵³ Resolución 1001 de 2005, art. 7.

⁵⁴ Defensoría del Pueblo, Resolución 1001 de 2005, art. 1, inc. 1.

una declaración de persona ausente⁵⁵ o de contumacia⁵⁶ en el proceso judicial.

Los tres criterios tienen en común que reservan la actuación de la defensoría pública a un papel subsidiario y residual, pues, en principio, la defensa en los procesos penales debe ser asumida por abogados particulares. Además, la posibilidad de beneficiarse de los servicios de la defensa pública no está condicionada por el tipo de delito, ni por la etapa en que se encuentren los procedimientos penales, ya que el debido proceso –que incluye el derecho de defensa– es un derecho fundamental y, por lo tanto, lo tienen todos los ciudadanos.

En los casos en que los usuarios carecen de medios económicos para proveerse de defensa técnica, la pública es completamente gratuita. Bajo las otras dos condiciones de elegibilidad para el servicio, los usuarios deben pagar a la Defensoría el costo de los servicios.⁵⁷

Para determinar si una persona carece de recursos para sufragar su propia defensa, los defensores hacen una entrevista inicial en la que valoran la capacidad económica del usuario por medio de un procedimiento breve y sumario.⁵⁸ Si en desarrollo de la asistencia legal se descubre que el usuario sí tenía capacidad económica, la normatividad establece que el SNDF puede retirarle el servicio.⁵⁹ En la práctica, sin embargo, el examen de capacidad económica no suele hacerse con rigor, y por eso es común que la sola afirmación de la necesidad por parte del solicitante del servicio sea suficiente para que lo reciba gratuitamente. La valoración de la situación del solicitante se reduce a la diligencia de un formato de preguntas sencillas sobre sus ingresos y obligaciones a cargo.

Según los defensores entrevistados, la urgencia del servicio no permite que se lleve a cabo ninguna verificación de la información suministrada por el solicitante. Sin embargo, consideramos que podrían usarse métodos sencillos de verificación como los de los consultorios jurídicos de algunas universidades, que, por ejemplo, piden al solicitante que aporte una copia del recibo de los servicios públicos de su hogar para verificar al menos el estrato de la vivienda. Aunque no se trata de una prueba concluyente, sí impone un mínimo de control que puede ayudar a racionalizar gastos.

⁵⁵ Código de Procedimiento Penal, art. 127. Ausencia del imputado.

⁵⁶ *Ibid.*, art. 291. Contumacia.

⁵⁷ Defensoría del Pueblo, Resolución 1001 de 2005, art. 8.

⁵⁸ *Ibid.*, art. 5.

⁵⁹ *Ibid.*, arts. 5 y 6.

2.2.3. Provisión del servicio de defensa pública

La defensoría pública ofrece cinco modalidades de servicio⁶⁰ en materia penal: (i) asesoría, (ii) representación extrajudicial,⁶¹ (iii) representación judicial, (iv) actividades de investigación criminal,⁶² y (v) actividades de criminalística y ciencias forenses. La solicitud del servicio puede ser hecha por el usuario, por un tercero interesado en ello, por el fiscal, por el juez de control de garantías o de conocimiento o por el Ministerio Público.

Los defensores públicos cuentan con independencia para definir la estrategia de defensa. La Defensoría únicamente ejerce dos tipos de control de las labores de defensa por medio de coordinadores administrativos y de gestión: (i) uno formal, de verificación de condiciones mínimas de diligencia en la labor defensorial, como la asistencia a las audiencias y su no aplazamiento, así como de revisión de los informes de gestión que los defensores públicos deben presentar mensualmente para dar cuenta de las actividades realizadas durante ese período; y (ii) otro más sustancial, de asistencia aleatoria a algunas de las audiencias para verificar la calidad de la defensa.

Sin embargo, el control de los coordinadores administrativos y de gestión enfrenta limitaciones importantes. Por definición se trata de una supervisión a profesionales con independencia (debido a su vinculación como contratistas) y que por ello tienen un margen amplio de libertad para elegir la estrategia de defensa⁶³ (incluyendo la posibilidad de elegir guardar silencio como estrategia de defensa). Además, en la práctica son muy pocos los casos en que los coordinadores de gestión pueden realizar un control sustancial, pues ello suele limitarse a los casos en los que los coordinadores hacen reemplazos de los defensores en alguna audiencia.

Por otro lado, la Defensoría les impone a los defensores públicos la obligación de asistir a las “barras académicas”.⁶⁴ Este es el esfuerzo más claro y continuado de capacitación, pues se han celebrado desde el nacimiento de la defensoría pública. El objetivo de estas barras es darles a los defensores los elementos de juicio necesarios para

⁶⁰ *Ibid.*, art. 4.

⁶¹ Este servicio tiene lugar cuando quien se entera de que cursa una investigación penal en su contra otorga poder a un defensor público para que adelante labores de investigación que podrían ser útiles en un eventual proceso penal.

⁶² Esta es la actividad probatoria adelantada por la Unidad Operativa de Investigación Criminal (UOIC) del SNDP con el objetivo de fundamentar la teoría del caso de la defensa.

⁶³ Sentencia T-957 de 2006.

⁶⁴ Ley 941 de 2005, arts. 40, 41 y 42.

la definición de estrategias de defensa.⁶⁵ Se trata de reuniones semanales de actualización de conocimientos en materia de defensa penal.⁶⁶ Los coordinadores académicos,⁶⁷ que a finales de 2012 eran 37 distribuidos en 19 de las 36 regionales del país,⁶⁸ dirigen sesiones de discusión de casos y de actualización jurisprudencial y doctrinaria.⁶⁹ Según los funcionarios entrevistados, la calidad de estas reuniones es relativamente buena. Además, sirven como otra forma de control sobre la labor de los defensores, al permitirles compartir la estrategia adoptada en sus casos.

A las barras académicas se unen otras actividades y herramientas de actualización, como la relatoría, que es una publicación periódica sobre los pronunciamientos y principales precedentes de las altas cortes; las barras unificadas, que consisten en reuniones de defensores de distintos lugares del país; las barras descentralizadas, que son reuniones también de carácter académico en las regionales que no tienen coordinador académico,⁷⁰ y los diplomados y demás actividades de capacitación que les ofrece el SNDP a los defensores.

Aunque la percepción general de los resultados de las barras y los programas de capacitación de SNDP es que son buenos, no existen evaluaciones de impacto sobre ellos. Por esa razón, no es posible saber con certeza en qué medida son útiles para asegurar la calidad de la defensa pública.

La duda respecto de este último aspecto se debe a una falencia importante en los contenidos que suelen trabajarse en las barras académicas, pues se concentran en la discusión de la dogmática y procedimiento penales, y descuidan temas como la gestión eficiente de casos y el aprovechamiento de la prueba técnica. Los entrevistados confirmaron esta falencia, pues mencionaron la debilidad de los defensores para el manejo de la prueba técnica y para aplicar criterios de priorización de casos. Adicionalmente, los jueces entrevistados aseguraron que, en ocasiones, los defensores se concentran exclusivamente en las discusiones dogmáticas y procesales descuidando el debate probatorio.

⁶⁵ Defensoría del Pueblo 2013, p. 367.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 425.

⁶⁷ Además de dirigir el trabajo en las barras académicas, los coordinadores implementan programas de capacitación para los defensores.

⁶⁸ Defensoría del Pueblo 2013, p. 425.

⁶⁹ Defensoría del Pueblo s.f., p. 66.

⁷⁰ Las barras son realizadas por funcionarios de las oficinas especiales de apoyo, que son dependencias del SNDP integradas por defensores públicos cuya labor incluye apoyar la formación de los defensores. Defensoría del Pueblo 2013, p. 431.

Para evaluar la provisión de defensa pública es importante conocer qué porcentaje representa del total de defensa penal. Sin embargo, para Colombia no existen cifras suficientemente completas que permitan dar una respuesta confiable al respecto. Por esta razón, además de dejar constancia de la necesidad de que el SNDP mida la cobertura de su labor, presentamos algunos cálculos que dan una aproximación ilustrativa del tamaño del servicio prestado por la defensoría pública.

Antes de la entrada en vigencia del SA, la Defensoría del Pueblo realizó estudios para evaluar qué cambios requeriría la entrada en vigencia del nuevo modelo procesal. Según uno de esos estudios,⁷¹ el servicio de defensa era asumido en un 5% por defensores públicos, 82% por defensores de oficio y 13% por defensores privados. Al eliminar la defensoría de oficio, el reto del SA consistía en fortalecer la defensa pública para que pudiera absorber la demanda por defensa gratuita que venían asumiendo los defensores de oficio. Dicho estudio señalaba que para ello era necesario elevar el número de defensores públicos en un 162% en 2005.⁷² Sin embargo, como muestra la tabla 1, el número de defensores públicos para 2005 se incrementó solo en un 20% con respecto al año anterior. De hecho, ni siquiera en 2011, cuando sería razonable pensar que la demanda de defensa pública podría haber aumentado de la mano del crecimiento de las entradas al sistema,⁷³ el número de defensores públicos alcanzaba los 2.989 que el estudio de 2004 había estimado como necesarios para 2005.

La Defensoría del Pueblo⁷⁴ señala que los 2.676 defensores públicos tienen una carga anual promedio de 64 casos, de lo que resulta un total de 171.264 casos atendidos en 2011. Sin embargo, esta medida no precisa adecuadamente la carga laboral de estos trabajadores, pues su actuación en los casos puede variar, desde una sola actuación (comúnmente, la audiencia de imputación) hasta el acompañamiento durante todo el proceso.

El informe *La defensoría pública en cifras* (2008) señala que la participación de los defensores públicos resulta protagónica en las primeras audiencias del proceso penal,

⁷¹ Universidad de los Andes e Instituto SER de Investigación 2004.

⁷² De acuerdo con los cálculos de la Universidad de los Andes y el Instituto SER (2004), el número de defensores públicos de todo el país a la entrada en vigencia del Sistema Acusatorio en 2005 debía ser de 2.989. Para 2004, el total de defensores era de 1.138. Estos cálculos se hicieron bajo el supuesto de que el total de procesos penales en 2004 fue de cerca de un millón.

⁷³ De acuerdo con el Décimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso (2005, p. 80), el total de entradas al sistema penal en el año 2004 fue de cerca de un millón. A 2011, ese número había ascendido a un millón cien mil, lo cual representa un incremento del 11%.

⁷⁴ Defensoría del Pueblo 2012.

en especial en las de imputación. Durante el período 2005-2007, los defensores públicos atendieron el 75% del total de las audiencias de imputación.⁷⁵ De esto puede concluirse que la labor desempeñada por la defensoría pública juega un papel central para la defensa en uno de sus momentos más decisivos: la imputación; pero, además, para la defensa de algunos de los procesados más vulnerables, pues una porción importante de los casos en los que la defensoría pública asume las labores de defensa corresponden a usuarios privados de la libertad. La Defensoría⁷⁶ señala que, entre 2006 y 2012, en el 61% de los casos asignados a defensores públicos, la defensa inició con un indiciado capturado.

3. Derechos legales y su implementación

3.1. Derecho a la información

A continuación presentaremos el marco normativo del derecho a la información de los indiciados o procesados, además de una descripción de cómo se aplica dicho marco en la práctica.

La normatividad procesal penal contempla la *imputación*⁷⁷ como el momento en que la Fiscalía comunica formalmente a un indiciado que obra una investigación penal en su contra, aunque todavía no se haga un destape probatorio. Para imputar, la FGN debe notificar al indiciado, citarlo a audiencia y darle a conocer los delitos por los que se investiga y su modalidad de comisión. Así, la imputación constituye la primera oportunidad del procesado para estructurar su defensa frente a los hechos por los que se le atribuye responsabilidad.

Existen situaciones que pueden presentarse antes de la imputación, en las que las normas y la jurisprudencia han establecido la necesidad de que el indiciado reciba información sobre la investigación para proteger su derecho de defensa. Por un lado,

⁷⁵ La diferencia entre el porcentaje total de casos que la Defensoría Pública tendría capacidad de asumir –aproximadamente un 16% del total de la demanda de asistencia legal, asumiendo que la misma está representada por el número de entradas al sistema penal– y los casos en etapa de audiencia de imputación que efectivamente asume –75% del total de las imputaciones, según la Defensoría Pública en cifras (2008)– puede deberse, según algunos defensores públicos entrevistados, a que es frecuente que los usuarios del servicio de defensoría pública se cambien a defensores privados después de pasadas las primeras etapas del proceso.

⁷⁶ Defensoría del Pueblo 2012. Véase tabla 2 infra.

⁷⁷ Ley 906 de 2004, arts. 286 y ss.

está la *captura*, que independientemente del momento procesal en que ocurra, obliga a que al capturado se le informe sobre sus derechos. Estos incluyen el derecho a conocer las razones de la captura, a comunicarle a alguien de su aprehensión, a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo ni contra parientes cercanos y a designar un abogado de confianza o a que el SNDP le asigne uno.⁷⁸ En la práctica, esta información suele ser provista en español, pues es el idioma que normalmente habla la policía judicial (cuando la captura es por orden judicial) o la policía de vigilancia (cuando es en flagrancia). Para llevar a cabo la comunicación de los derechos del capturado, estos policías cuentan con protocolos de captura en español que deben firmar los capturados.

Según los jueces entrevistados, es relativamente común que los procesados no entiendan el lenguaje propio de las actuaciones judiciales, las razones por las que fueron capturados ni los derechos que los asisten. El lenguaje jurídico y la lógica del proceso penal son difíciles de comprender para algunas personas, en particular, para aquellas con niveles más bajos de escolaridad. Aunque no existen estadísticas de la frecuencia con que los procesados usan su derecho a guardar silencio durante el proceso, los funcionarios entrevistados aseguraron que es una práctica relativamente frecuente, justamente por la falta de compresión general de sus derechos.

En el caso de los indiciados/procesados indígenas, los entrevistados señalaron que con frecuencia saben español, pero que suelen tener bajos niveles de escolaridad. Por ello, la mayoría de veces se encuentran en situaciones similares a las de otros procesados que muestran dificultades para comprender las actuaciones procesales más por su tecnicismo que por el idioma en que las realizan. Aunque no constituyen la mayoría de los casos, se presentan situaciones en las que los indiciados/procesados indígenas no hablan español. Como explicamos en el apartado 3.4.3, este es un obstáculo importante para la evolución del proceso penal, pues, a pesar de las disposiciones legales, los juzgados no cuentan con intérpretes que hagan efectiva la defensa de los indígenas.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha señalado que antes de la imputación, y sin que medie captura, el indiciado podría requerir cierta información para ejercer su derecho de defensa. En particular, cuando tenga conocimiento de que está siendo investigado por la Fiscalía, tendría dos facultades: primera, iniciar actos de recolección de información por su propia cuenta, para adelantar su defensa en caso de ser imputado; segunda, asistir con su defensor a las audiencias de control posterior de legalidad de las pruebas recolectadas antes de la imputación. En relación con lo último, la Corte aclaró que aunque se mantiene la restricción al acceso a la información a través de la

⁷⁸ Código de Procedimiento Penal, art. 303.

reserva⁷⁹ frente a ciertos temas, esta potestad del indiciado no compromete la eficacia de la investigación penal, pues “una cosa es que la autoridad pública no esté obligada a dar aviso sobre el momento en el cual se van a practicar ciertas diligencias –registros, allanamientos, interceptaciones, etc.– [...], y otra muy distinta es que la persona que está siendo objeto de tales medidas no pueda controvertirlas oportunamente, no pueda ejercer plena y libremente su derecho a la defensa”.⁸⁰

En la práctica, la posibilidad de que el indiciado requiera información para empezar a ejercer su derecho de defensa parece ser usada escasamente. Aunque no existe un registro que dé cuenta de manera directa de la frecuencia con que ocurre, un hecho sugiere que, al menos para la defensa pública, ello sucede pocas veces. El hecho es que en la mayoría de casos de los defensores públicos (un promedio del 61% desde 2006 a 2012), la asignación se hizo cuando el usuario estaba privado de la libertad, como mostramos en la tabla 2. En esta situación, según expresaron los defensores entrevistados, lo más común es que el capturado no haya adelantado ninguna labor previa de investigación.

A medida que avanza el proceso penal, la obligación de informar al procesado se vuelve más comprensiva. Sin embargo, no es un deber de estar informándole constantemente de los avances de la Fiscalía en la investigación, sino solo de suministrarle

Tabla 2.
Asignaciones con privado de la libertad al SNDF en Ley 906

Años	Asignaciones Ley 906	Asignaciones con capturado	Capturado / Asignación (%)
2006	34.984	17.744	51
2007	60.501	36.450	60
2008	78.857	52.040	66
2009	86.903	57.815	67
2010	89.596	53.789	60
2011	99.317	60.220	61
2012	86.143	48.603	56
	536.301	326.661	61

Fuente: Defensoría del Pueblo 2012. Elaboración propia.

⁷⁹ *Ibid.*, art. 345. Situaciones en las que hay reserva sobre el descubrimiento de pruebas.

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2009.

información en momentos específicos del proceso. Quizá el momento más importante es la *acusación*, que es cuando la FGN debe revelar la evidencia que llevará a juicio, incluyendo aquella que pueda ser favorable al acusado.⁸¹

En la práctica, según algunos defensores, la Fiscalía no siempre revela en la acusación la evidencia que podría serle favorable al acusado; sin embargo, ello no es fácil de controlar. Por ejemplo, cuando se somete a los capturados a exámenes que podrían aportar pruebas al proceso penal –como el de detección de rastros balísticos– antes de que llegue a asesorarlos un abogado. Aunque esta situación podría suponer un obstáculo importante para la defensa, en la práctica los defensores entrevistados no se preocupan por ella, pues aseguran que la solicitud de nulidad de las actuaciones procesales funciona como salvaguarda efectiva del derecho de defensa en este tipo de situaciones.

3.2. Derecho a la propia defensa

El derecho de defensa está consagrado en la Constitución como parte del debido proceso⁸² y está desarrollado en la legislación.⁸³ La jurisprudencia colombiana distingue dos componentes del derecho de defensa: la defensa material y la defensa técnica. Mientras que la primera se refiere a la posibilidad del indiciado o procesado de defenderse por sí mismo,⁸⁴ la segunda alude a la labor profesional de un abo-

⁸¹ La audiencia preparatoria (que se celebra antes del juicio) supone también una oportunidad para el ejercicio del derecho a la información, pues en ella tienen lugar las solicitudes probatorias (Código de Procedimiento Penal, art. 357) y la exhibición de los elementos materiales de prueba (art. 358). Ambas son actividades que le dan la oportunidad a la defensa de conocer las cartas que la Fiscalía jugará en su contra durante el juicio.

⁸² CN, art. 29.

⁸³ El artículo 8 del Código de Procedimiento Penal trae un listado de las facultades que incluye el derecho de defensa. Este derecho también es desarrollado por los artículos 118 y siguientes del mismo código. Para la defensa pública, véase Ley 941 de 2005, art. 4.

⁸⁴ El indiciado o procesado puede ejercer el derecho a la defensa material, entre otras formas, a través del ejercicio del derecho a comparecer personalmente al proceso, a enfrentar los cargos en su contra, a hacer el propio relato de los hechos, a suministrar explicaciones o justificaciones a su favor, a ejercer actos positivos de oposición a las pruebas en contra, a ver el expediente y a elegir guardar silencio. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 1 de junio de 2006, expediente 20614.

gado⁸⁵ que representa los intereses del defendido.⁸⁶ Ante la posibilidad de desacuerdos entre lo que el abogado y su cliente consideran mejor para la estrategia de defensa, la legislación ha establecido la primacía de la defensa técnica.

Según los defensores entrevistados, aunque el conflicto de criterios abogado-cliente es relativamente escaso, ocurre principalmente por diferencias en la valoración de las probabilidades de éxito en momentos procesales claves; por ejemplo, al decidir sobre la aceptación de cargos o sobre la conveniencia de interponer el recurso de apelación.⁸⁷

Durante la etapa investigativa, la asistencia de un abogado es meramente potestativa.⁸⁸ Sin embargo, existen casos en los que es obligatoria la asistencia técnica incluso antes de la imputación, como en la práctica de pruebas tales como el interrogatorio a un indiciado,⁸⁹ la inspección corporal,⁹⁰ la obtención de muestras⁹¹ o el recono-

⁸⁵ La exigencia de que la defensa técnica sea ejercida por un abogado se encuentra consagrada en los artículos 8 (literal e) y 118 del Código de Procedimiento Penal. Como mencionamos, excepcionalmente esta defensa puede ser brindada por un estudiante de derecho.

⁸⁶ En vigencia del Decreto 196 de 1971, el juez podía designar a un “ciudadano honorable” como apoderado en la indagatoria. La Ley 600 de 2000 eliminó esa posibilidad, exigiendo que la defensa técnica fuera ejercida por un abogado, que podía ser el mismo indiciado o procesado. A su vez, la Ley 906 de 2004 eliminó la posibilidad de autorrepresentación judicial.

⁸⁷ Sin embargo, dichas diferencias valorativas parecen escasas, pues como mencionamos en el apartado 3.1, es común que ciertos perfiles de indiciados/procesados (principalmente los de menores niveles escolares) guarden silencio al no comprender las técnicas del proceso. En estas condiciones son nulas las posibilidades de ejercer el derecho de defensa material, pues los indiciados/procesados no cuentan con un entendimiento básico del proceso y acaban confiando ciegamente en el criterio de sus abogados.

⁸⁸ El artículo 267 del Código de Procedimiento Penal señala que “quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra”, tendrá la facultad de asesorarse de abogado, de identificar, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y hacerlos examinar por peritos particulares para utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. Así mismo, el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal indica que “el imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física [...].” Resaltado propio.

⁸⁹ Código de Procedimiento Penal, artículo 282. “Interrogatorio a indiciado. El fiscal o el servidor de policía judicial [...] que tuviere motivos fundados [...] para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo [...]. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado”. Resaltado propio.

⁹⁰ Código de Procedimiento Penal, art. 247. Inspección corporal.

⁹¹ *Ibid.*, art. 249. Obtención de muestras que involucren al imputado.

cimiento en fila de personas.⁹² Posteriormente, y desde la imputación, la asistencia técnica es obligatoria⁹³ hasta el final del juicio oral.

La elección del abogado que ejercerá la defensa técnica está condicionada por varios factores. En la defensa de confianza depende de las preferencias y la capacidad económica del investigado o procesado. Pero en la brindada por el Estado, el coordinador administrativo y de gestión realiza el reparto en cada unidad de la defensoría pública por orden alfabético, según los criterios de “eficiencia, equidad y carga procesal”.⁹⁴ Adicionalmente, el coordinador valora la complejidad de los casos y las habilidades y experiencia de los defensores públicos para la asignación. En la práctica, existen lugares (como las zonas de tratamiento especial) donde la oferta de defensores públicos es más escasa. Como resultado, no solo hay menos posibilidades de asignar los casos de acuerdo con su nivel de complejidad, sino incluso de acceder a la asistencia de un defensor público. Luego de aceptada la designación, el abogado puede actuar sin necesidad de ninguna formalidad para su reconocimiento.⁹⁵

La calidad e independencia de la defensa varía ampliamente. En particular en el caso de los defensores de confianza, pues mientras que existen medidas del SNDP para controlar la gestión de los defensores públicos, la mayor parte de la acción de los abogados particulares es evaluada solo por sus propios clientes. Así, mientras que la Defensoría cuenta con un proceso de selección⁹⁶ de defensores que establece requisitos mínimos a los candidatos y evalúa anualmente su idoneidad –como explicamos en el apartado 2.2.1–, la selección de los defensores privados depende por completo del criterio del cliente. Igualmente, mientras que la Defensoría hace un control –aunque sea principalmente formal– a la gestión de sus defensores y promueve la actualización de

⁹² *Ibid.*, art. 253. Reconocimiento en fila de personas.

⁹³ El procesado no puede renunciar durante el caso a la asistencia de un abogado para su defensa. El literal l, artículo 8 del Código de Procedimiento Penal indica que incluso si el sindicado renuncia a un juicio público, deberá tener asistencia de un abogado para que el silencio no sea usado en su contra y para que sea informado debidamente de los cargos que le son imputados.

⁹⁴ Defensoría del Pueblo, Resolución 1001 de 2005, art. 10. Reparto de procesos.

⁹⁵ Código de Procedimiento Penal, art. 120. Reconocimiento de la designación como defensor público.

⁹⁶ No obstante, los métodos para asegurar la calidad de defensores también presentan falencias. El proceso vigente de selección y renovación de defensores públicos es un ejemplo de ello. Como constatamos al presenciar algunas de las etapas del mismo, la metodología de examen oral sin posibilidad de recursos frente a sus resultados generó que en 2013 se presentaran cientos de recursos judiciales en contra de los resultados del proceso; además, generó la insatisfacción de los propios defensores que encontraron desatinadas las preguntas de la evaluación.

conocimientos, nadie, aparte de los mismos clientes, verifica el nivel de actualización y diligencia de los defensores de confianza.

Sin embargo, tanto los defensores públicos como los privados tienen obligaciones establecidas legalmente para asegurar un mínimo de calidad en la defensa. Por ejemplo, están obligados a asistir personalmente al imputado desde su captura, a preparar la defensa,⁹⁷ a controvertir las pruebas, a no revelar información del proceso ni de sus clientes, a no adelantar la defensa de varios imputados cuando medie conflicto de interés o las defensas sean incompatibles, entre otras.⁹⁸ El incumplimiento de estos deberes, de alguno de aquellos generales establecidos en el Código Disciplinario del Abogado⁹⁹ o por el contrato de prestación de servicios –en el caso de los defensores públicos–, puede dar lugar a investigaciones disciplinarias, administrativas, fiscales y penales.¹⁰⁰

En el caso de los procesos disciplinarios, las estadísticas del Consejo Superior de la Judicatura no permiten identificar con precisión las violaciones del derecho de defensa cometidas por abogados defensores. Esto se debe a que los datos no diferencian entre las faltas cometidas por abogados que actúan como defensores públicos o como defensores privados, ni por especialidad procesal, sino solamente entre funcionarios judiciales y abogados particulares. Teniendo en cuenta que los defensores públicos son particulares con funciones públicas, que suelen fungir como abogados privados en casos por fuera de los asignados por el SNDP y que, en ocasiones, trabajan en más de una especialidad, las estadísticas del Consejo Superior no permiten identificar cuáles de las faltas y sanciones a las que se refieren sus estadísticas describen la labor de defensores penales públicos o privados.

Pese a las limitaciones, presentamos el balance de faltas disciplinarias y sanciones impuestas en 2012. De un total de aproximadamente 19.000¹⁰¹ abogados inscritos en el Registro Nacional de Abogados, 687 fueron sancionados por incurrir en 926

⁹⁷ A pesar de la relevancia de la investigación para el cumplimiento del deber de los defensores de “preparar la defensa”, esta actividad solo se encuentra regulada para la defensa pública (Ley 941 de 2005). En el caso de los defensores privados, esta actividad no cuenta con ningún referente normativo.

⁹⁸ Las obligaciones principales de los abogados defensores (públicos o privados) con sus defendidos se encuentran en los artículos 122 y 125 del Código de Procedimiento Penal. Varias de las mismas son retomadas por la Ley 941 de 2005 para los defensores públicos.

⁹⁹ Ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado.

¹⁰⁰ Ley 941 de 2005, art. 46.

¹⁰¹ Consejo Superior de la Judicatura 2011a.

conductas prohibidas por el régimen disciplinario. Sin embargo, dichas conductas están clasificadas de forma tan general que no es posible identificar las actuaciones que podrían afectar claramente el derecho de defensa.

Para el período 2008 a 2012 se iniciaron 377 trámites por presuntos incumplimientos contractuales de los defensores públicos ante el SNDP. Sin embargo, ninguno prosperó porque no se logró demostrar que las conductas constituyeran efectivamente un incumplimiento a los términos contractuales.¹⁰² La Defensoría (2012) afirma que, en todo caso, muchas de las quejas culminaron en un llamado de atención a los defensores para asegurarse de que estuvieran cumpliendo con sus contratos.

La jurisprudencia constitucional ha determinado que no cualquier actuación reprochable del abogado defensor puede entenderse como violatoria del derecho de defensa. Esto solo sucede con actuaciones que cumplan tres condiciones:

- i) Que efectivamente se presenten fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada [...]. ii) Que las mencionadas deficiencias no le sean imputables al procesado o no hayan resultado de su propósito de evadir la acción de la justicia [...]. iii) Que la falta de [la] defensa técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial respectiva, de manera tal que pueda afirmarse que se configura una vía de hecho judicial por uno de los defectos anotados y, en consecuencia, una vulneración del derecho al debido proceso [...].¹⁰³

La legislación colombiana consagra disposiciones especiales para hacer efectivo el derecho de defensa de ciertos grupos vulnerables. Además de las disposiciones generales del SA, existen normas para atender las necesidades específicas de estas poblaciones.¹⁰⁴ Para los adolescentes acusados de la comisión de delitos, el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) establece un procedimiento especializado¹⁰⁵ en el que los indiciados o procesados tienen derecho a la asistencia de un defensor de familia,¹⁰⁶ adicional a la asistencia técnica de un abogado.¹⁰⁷

¹⁰² Defensoría del Pueblo 2012.

¹⁰³ Sentencia T-957 de 2006. Aunque la jurisprudencia de la Corte Constitucional es útil para proteger la independencia de los defensores al estructurar su estrategia de defensa, en la práctica, dificulta los reclamos que pudiera presentar un indiciado/procesado frente a las falencias en la labor de su defensor.

¹⁰⁴ Ley 1098 de 2006, art. 151. Derecho al debido proceso y garantías procesales de los adolescentes.

¹⁰⁵ *Ibid.*, art. 148. Carácter especializado del proceso y la ejecución de medidas por responsabilidad penal para adolescentes.

¹⁰⁶ *Ibid.*, art. 146. El defensor de familia en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

¹⁰⁷ *Ibid.*, art. 154. Derecho de defensa.

Para los investigados que no pueden comunicarse oralmente (sordos y sordomudos), así como para quienes no hablan español, el Código de Procedimiento Penal (CPP)¹⁰⁸ dispone que el Estado debe prestar gratuitamente la asistencia de traductores o intérpretes.

En la práctica, estas disposiciones especiales no son siempre efectivas para proteger el derecho de defensa de estos grupos poblacionales. En el caso de los grupos indígenas, por ejemplo, varios de los funcionarios judiciales entrevistados se reconocieron ajenos a conceptos como la “diversidad cultural” o “cosmogonía diversa”, y, por esa razón, en ocasiones, desconocen las necesidades de defensa propia de estos grupos. Aunque el SNDP desarrolló una guía de atención de casos indígenas,¹⁰⁹ los defensores entrevistados reconocieron que muy pocos acuden a ella. Igualmente, encontramos que la disposición acerca de la provisión de traductores o intérpretes para quienes no puedan expresarse en español no tiene aplicación en la práctica (véase apartado 3.4.3).

3.3. Derechos procesales

A continuación describimos la consagración normativa de seis derechos procesales, los mecanismos establecidos para su protección y analizamos su funcionamiento en la práctica.

3.3.1. Derecho a mantener la libertad durante el juicio y cuestiones relativas a la prisión preventiva

La prevalencia de la libertad está consagrada en la Constitución¹¹⁰ y en la normatividad penal¹¹¹ como un principio del Estado de derecho. Por ello, las disposiciones que permiten la privación de la libertad tienen carácter excepcional¹¹² y están restringidas a situaciones expresamente consagradas por la ley. El CPP consagra cuatro situaciones en las que puede restringirse la libertad: (i) la captura excepcional por orden de la

¹⁰⁸ Código de Procedimiento Penal, art. 8. Defensa.

¹⁰⁹ Defensoría del Pueblo 2011.

¹¹⁰ Constitución Política, art. 28.

¹¹¹ Código de Procedimiento Penal, art. 2.

¹¹² *Ibid.*, arts. 295. Afirmación de la libertad y restricción de la libertad del imputado de carácter excepcional, y 296.

Fiscalía,¹¹³ (ii) la flagrancia,¹¹⁴ (iii) la captura para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad –la prisión preventiva–,¹¹⁵ y (iv) la captura después de conocido el sentido del fallo.¹¹⁶

La interpretación de los requisitos para la privación de la libertad debe considerar la jurisprudencia constitucional. Para el caso de la prisión preventiva, la Corte Constitucional ha resaltado que la medida debe tener un carácter cautelar y excepcional, y que solo es compatible con el principio de presunción de inocencia cuando no constituye una forma adelantada de sanción, sino que persigue asegurar (i) la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, (ii) la preservación de la prueba, o (iii) la protección de la comunidad o de la víctima en aras de impedir la continuación de la actividad delictual.¹¹⁷

En la práctica, no siempre se sigue esta lógica. En términos cuantitativos, la prisión preventiva no es la regla en Colombia –entre 2005 y 2012, solo se impuso en dos de cada diez casos por los que hubo imputación–. Sin embargo, se usa de forma excesiva para algunos casos, principalmente los que llaman la atención de los medios de comunicación. Según Bernal y La Rota (2013), esto se debe, en parte, a la presión que sienten los funcionarios cuando se ven abocados a tomar decisiones impopulares que los hacen vulnerables al ataque político y de los medios de comunicación. Frente a esta situación, las autoridades judiciales no cuentan con mecanismos suficientemente eficaces para proteger la independencia de sus funcionarios y, de paso, la libertad de los procesados.

¹¹³ *Ibid.*, art. 300. Captura excepcional por orden de la Fiscalía.

¹¹⁴ *Ibid.*, art. 301. Situaciones en las que se entiende que hay flagrancia. El artículo 302 explica el procedimiento en los casos de flagrancia.

¹¹⁵ La prisión preventiva puede ser solicitada por el fiscal –o la víctima o su apoderado, cuando no la haya solicitado la Fiscalía– para algunos delitos y cuando se cumpla con los siguientes requisitos: 1. Tener evidencia para inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe del delito; y 2. que se cumpla alguno de los siguientes fines cautelares: a. Evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. b. Proteger la seguridad de la sociedad o la víctima. c. Asegurar que el imputado comparezca al proceso y cumpla con la sentencia.

¹¹⁶ Desde que se conoce el sentido del fallo, el juez puede ordenar la captura del procesado, o bien dejarlo en libertad hasta la dosificación punitiva. Código de Procedimiento Penal, art. 450.

¹¹⁷ En la Sentencia C-774 de 2001, la Corte analizó la constitucionalidad de un listado de los delitos para los que cabía la prisión preventiva. Aunque declaró constitucionales las normas demandadas, indicó que “para que proceda la detención preventiva no solo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales [...], sino [que se] sustente [la] decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”. Véase también las sentencias C-150 de 1993, C-395 de 1994, C-327 de 1997 y C-425 de 1997.

Por otra parte, la Constitución consagra el derecho y acción de hábeas corpus¹¹⁸ como mecanismo para corregir situaciones en las que la privación de la libertad se produzca sin el lleno de los requisitos legales o constitucionales. Esta acción también procede cuando, a pesar de que la captura ha sido legal, ha habido vencimiento de términos sin que se otorgue la libertad. En ambos casos, el juez que conoce de la acción tiene hasta 36 horas para fallar. Según los entrevistados, esta acción es bastante efectiva en la práctica.

3.3.2. Derecho a estar presente en el juicio

Como el proceso penal colombiano es de tendencia acusatoria y adversarial, se entiende la presencia del imputado en el proceso penal como una de las garantías del derecho de defensa. Podría pensarse entonces que, ante la imposibilidad de informarle a un indiciado que hay una investigación en su contra o cuando este decida no comparecer, el proceso debería suspenderse. Sin embargo, ni la Constitución ni las normas penales traen un reconocimiento directo del derecho a estar presente en el juicio como parte del derecho de defensa. Además, la Corte Constitucional ha reconocido que no se trata de un derecho absoluto,¹¹⁹ sino que pueden imponérsele excepciones como la declaración de ausencia del imputado (por imposibilidad para ubicarlo para formularle imputación o para tomar alguna medida de aseguramiento)¹²⁰ y la contumacia (por inasistencia injustificada del indiciado a la audiencia).¹²¹

Para la Corte Constitucional,¹²² estas figuras protegen las obligaciones del Estado de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia y de asegurar la celeridad procesal. Son entonces formas de proteger ambos intereses –los del proceso oral de partes, por un lado, y los de la eficacia de la justicia, por el otro–, siempre que la aplicación de estas figuras cumpla con tres condiciones. Primera, que el fiscal le demuestre al juez de control de garantías que, efectiva y realmente, le fue imposible localizar al requerido, a pesar de haber desplegado grandes esfuerzos. Segunda, que los intereses

¹¹⁸ Constitución Política, art. 30: “Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el *Habeas Corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas”. La Ley 1095 de 2006 reglamentó el ejercicio de la acción de hábeas corpus.

¹¹⁹ Sentencia C-591 de 2005.

¹²⁰ Código de Procedimiento Penal, art. 127. Ausencia del imputado.

¹²¹ *Ibid.*, art. 291. Contumacia.

¹²² Véase Sentencia C-591 de 2005.

del indiciado estén representados en el proceso, lo cual se logra con la presencia de un abogado de confianza o asignado por el SNDP.¹²³ Tercera, que después de la imputación, la Fiscalía continúe tratando de llevar al imputado al proceso, pues al momento de la acusación, el juez de conocimiento debe valorar de nuevo si autoriza excepcionalmente el juicio en ausencia.¹²⁴ Una salvaguarda adicional al derecho de defensa de las personas ausentes es el estándar más riguroso de evaluación de la labor desempeñada por sus defensores, impuesto por la jurisprudencia constitucional. Debido a que la defensa de un ausente reporta mayor dificultad y riesgo de lesión al derecho de defensa, el abogado que la asuma debe responder hasta por culpa levísima en caso de falla en su labor.¹²⁵

A pesar de la intención de la Corte de proteger el derecho a estar presente en el juicio, en la práctica esta salvaguarda se usa escasamente. Según los funcionarios entrevistados, esto podría deberse a que las quejas en contra de los defensores (públicos y privados) suelen ser interpuestas por los mismos usuarios, que, como mencionamos antes, frecuentemente no entienden la dinámica del proceso penal.

Para los procesos penales adelantados contra menores de edad, el Código de Infancia y Adolescencia establece que está completamente prohibido el juzgamiento en ausencia.¹²⁶

3.3.3. Derecho a la presunción de inocencia

La presunción de inocencia tiene rango constitucional. La Carta señala que “[t]oda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”.¹²⁷ El CPP desarrolla esa disposición agregando que quien se presume inocente “debe ser tratada como tal”. Por ello le asigna la carga de la prueba a la FGN y establece que el estándar probatorio para proferir sentencia condenatoria es el de probar la responsabilidad “más allá de toda duda”.¹²⁸

En la práctica, la idea de que debe tratarse como inocente a quien no se haya declarado culpable enfrenta un problema. En ciertos casos, principalmente los más relevantes para la opinión pública, los funcionarios judiciales parecen solicitar/conce-

¹²³ Sentencia C-1154 de 2005.

¹²⁴ De no hacerlo, el juez deberá declarar la nulidad de lo actuado por violación al debido proceso.

¹²⁵ Sentencia T-957 de 2006.

¹²⁶ Ley 1098 de 2006, art. 158. Prohibición de juzgamiento [de adolescentes] en ausencia.

¹²⁷ Constitución Política, art. 29, inc. 4.

¹²⁸ Código de Procedimiento Penal, art. 7. Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

der la imposición de la prisión preventiva por razones distintas a las cautelares, como por ejemplo para defenderse de las presiones que les generaría no hacerlo (véase apartado 3.3.1).¹²⁹ Cuando la Fiscalía “detiene para procesar”, como señaló un abogado en un caso de gran presencia mediática,¹³⁰ pone al procesado en una situación peor para ejercer su defensa que estando en libertad. No solo limita la defensa material, sino que somete a presiones que afectan la igualdad de armas. En muchos de estos casos, sin embargo, los procesados terminan recuperando la libertad por vencimiento de términos.¹³¹

Adicionalmente, existen casos en los que los procesados privados de la libertad son recluidos junto con los condenados.¹³²

3.3.4. Derecho a guardar silencio

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a guardar silencio, junto con el derecho a no autoincriminarse, constituyen el núcleo esencial del derecho al debido proceso. En tanto la carga de la prueba está en cabeza de la FGN, el silencio es entendido como una estrategia válida de defensa.¹³³

El CPP menciona tres momentos en los que protege el derecho a guardar silencio. En primer lugar, en los interrogatorios a indiciados durante la etapa investigativa, antes de la imputación.¹³⁴ Aquí, el legislador le impuso a la autoridad encargada del interrogatorio la carga de darle a conocer al interrogado su derecho a guardar silencio y a no declarar en su contra o en contra de parientes cercanos. En segundo lugar, esa

¹²⁹ Sobre la presunción de inocencia durante la detención preventiva, véase Sentencia C-289 de 2012.

¹³⁰ *El Colombiano* 2011. Disponible en: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/L/la_fiscalia_y_la_presucion_de_inocencia/la_fiscalia_y_la_presucion_de_inocencia.asp.

¹³¹ En Bernal y La Rota (2013) presentamos varios casos paradigmáticos por su sobreexposición mediática. En la mayoría de ellos, los procesados recuperaron la libertad por vencimiento de términos.

¹³² En la Sentencia T-153 de 1998, la Corte Constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en las cárceles, e indicó que el derecho a la presunción de inocencia se viola cuando los sindicados se mezclan con los condenados. Sobre la persistencia de esta situación, véase Universidad de los Andes 2010, p. 28.

¹³³ Sentencias C-782 de 2005 y C-621 de 1998. Aunque en la Constitución no aparezca expresamente, se ha entendido que el derecho a guardar silencio está consagrado como parte del derecho que le asiste a todo individuo a no ser “[...] obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes [...].” Constitución Política, art. 33.

¹³⁴ Código de Procedimiento Penal, art. 282. Interrogatorio a indiciado.

carga es impuesta también a quienes realizan la captura.¹³⁵ Y, en tercer lugar, el Código señala que, al instalarse el juicio oral, el juez de conocimiento debe dejarle saber al acusado que cuenta con ese derecho. Si el acusado guarda silencio, la ley señala que debe entenderse como una manifestación de inocencia.¹³⁶

Aunque el indiciado o procesado puede renunciar a guardar silencio, el CPP impone al juez de conocimiento la obligación de “verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado”.¹³⁷ Adicionalmente, la Corte Constitucional aclaró que aunque quien quiera declarar en su propio juicio¹³⁸ debe hacerlo en calidad de testigo y bajo juramento, dicho juramento no puede lesionar el derecho de defensa. En esa medida, no puede impedir la plena vigencia de la garantía de no autoincriminación.¹³⁹

Los funcionarios entrevistados señalaron que, en ocasiones, el desconocimiento de la utilidad de las pruebas técnicas por parte de algunos defensores –tanto públicos como privados– viola el derecho de los procesados a no autoincriminarse. A diferencia de la FGN, que tiene el deber de descubrir toda la evidencia que encuentre en la investigación –incluso lo que favorezca a la defensa–, la defensa tiene el derecho a revelar únicamente lo que la favorezca. Sin embargo, algunos defensores no preparan con suficiente tiempo las pruebas que presentarán en el juicio, o no entienden el alcance de las mismas, y llevan a las audiencias material probatorio contrario a los intereses del procesado.

Aunque no existe evidencia cuantitativa para inferir la magnitud y gravedad de este fenómeno, la evidencia anecdótica sugiere que, al menos en el caso de los defensores públicos, hace falta fortalecer los sistemas de evaluación de su gestión, pues errores como el mencionado demuestran que al menos para algunos de ellos podría ser necesario vigorizar la capacitación en métodos probatorios, rebajarles la carga en número de procesos para asegurar la debida atención de cada uno de ellos,¹⁴⁰ o bien

¹³⁵ *Ibid.*, art. 303, num. 3. Derechos del capturado.

¹³⁶ *Ibid.*, art. 367. Alegación inicial.

¹³⁷ *Ibid.*, art. 131. Renuncia a las garantías de guardar silencio y al juicio oral.

¹³⁸ *Ibid.*, art. 394. Acusado y coacusado como testigo.

¹³⁹ Sentencia C-782 de 2005.

¹⁴⁰ La decisión de rebajar la carga de casos debería ser precedida de un estudio que evalúe la complejidad de los casos a cargo de los defensores públicos y la eficiencia con que los trabajan. Esto, pues la carga promedio de casos por defensor público (64, según la Defensoría 2012), no parece alta en comparación con la de otros actores del proceso penal (por ejemplo, los fiscales encargados de los

implementar programas de gerencia de casos para garantizar que cada proceso pueda ser preparado con la antelación debida.

3.3.5. Derecho a que las decisiones sean motivadas

Aunque este derecho no está reconocido expresamente en la Constitución, su consagración en leyes y su función como garantía de otros derechos consagrados en la Carta Fundamental –como el derecho de apelación de las sentencias judiciales– permiten reconocer por vía interpretativa su vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

El CPP establece que los jueces deben “[m]otivar breve y adecuadamente las medidas que afecten los derechos fundamentales del imputado y de los demás intervenientes”.¹⁴¹ En la medida en que el derecho de defensa es un derecho fundamental, los jueces están llamados a motivar las decisiones frente a las cuales un indiciado o procedido podría llegar a ejercer su derecho de defensa. El mismo Código prevé situaciones en las que hace expresa la obligación de los funcionarios a fundamentar –unas veces oralmente, otras por escrito– sus decisiones. Entre otras, deben motivar las órdenes de captura,¹⁴² la imputación,¹⁴³ la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento,¹⁴⁴ el escrito de acusación¹⁴⁵ y la sentencia.¹⁴⁶

El derecho a obtener decisiones motivadas puede hacerse efectivo por dos vías. Primera, la nulidad de decisiones judiciales,¹⁴⁷ cuando la falta de motivación de la decisión viole el derecho de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales. Segunda, la acción de tutela, cuando se corrobore “la falta de motivación de las decisiones judiciales, entendiendo aquella como la ausencia de sustento argumentativo o la irrelevancia de las consideraciones aplicadas para dirimir la controversia”.¹⁴⁸

Es difícil establecer en qué medida este derecho es garantizado en la práctica, pues aparte de los casos en los que abiertamente se toman decisiones que afectan el

casos de homicidio suelen tener cargas de aproximadamente 600 casos en promedio, según La Rota y Bernal 2014).

¹⁴¹ Código de Procedimiento Penal, art. 139, num. 3. Deberes de los jueces en el proceso penal.

¹⁴² *Ibid.*, art. 298. Contenido y vigencia de la orden de captura.

¹⁴³ *Ibid.*, art. 288. Contenido de la formulación de imputación.

¹⁴⁴ *Ibid.*, art. 306. Solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

¹⁴⁵ *Ibid.*, art. 337. Contenido de la acusación y documentos anexos.

¹⁴⁶ *Ibid.*, art. 446. Contenido de la sentencia.

¹⁴⁷ *Ibid.*, art. 457.

¹⁴⁸ Sentencia T-709 de 2010.

derecho de defensa sin motivación alguna –que parecerían ser escasos–, podrían presentarse situaciones en las que las motivaciones sean demasiado escuetas o formales para garantizar efectivamente el derecho de defensa del procesado.

3.3.6. Derecho a apelar y otros derechos procesales posteriores a la sentencia

El derecho a impugnar las sentencias está establecido constitucional y legalmente. Los artículos 29 y 31 de la Carta consagran que “quien sea sindicado tiene derecho a [...] impugnar la sentencia condenatoria [...]” y que “[t]oda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”. A su vez, la Corte Constitucional ha señalado que este derecho está fuertemente relacionado con el de obtener decisiones motivadas, pues es necesario conocer la motivación de las decisiones para poder solicitar su revisión.

Adicionalmente, la Constitución señala que el superior –que es el llamado a resolver el recurso de apelación– “no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.¹⁴⁹ Esta norma está dispuesta en la Constitución como la expresión del principio de prohibición de empeorar la situación del apelante condenado. Aunque la misma está referida exclusivamente a la situación del procesado, el CPP amplió el alcance del principio de tal forma que pudiera beneficiar a cualquiera de las partes procesales.¹⁵⁰ La Corte Constitucional señaló que tal ampliación se ajustaba a la Constitución por tratarse de una extensión de la protección y no de una restricción. Además porque, desde la óptica de los derechos de las víctimas, resulta valioso que el principio de *no reformatio in pejus* también las cobije a ellas.¹⁵¹

Siguiendo la lógica de proteger los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, el CPP amplió también el derecho a apelar, ya no solo las sentencias condenatorias, sino también las absolutorias. De acuerdo con la Corte Constitucional, “la impugnación de la sentencia condenatoria es un derecho consagrado expresamente a favor del sindicado en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales, [pero] no es menos cierto que la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria es expre-

¹⁴⁹ Constitución Política, art. 31.

¹⁵⁰ Esta ampliación obedece a que el artículo 20 del CPP dice que el juez que resuelva la apelación “no podrá agravar la situación del apelante único”, mientras que la de la Constitución únicamente se refería al *condenado* que fuera apelante único.

¹⁵¹ La Corte ha señalado que “ampliar la garantía de la [...] la *reformatio in pejus* constituye un medio para asegurar en mejor medida los derechos de la víctima a la justicia, la verdad y la reparación [...]. Sentencia C-591 de 2005.

sión de derechos de similar entidad de las víctimas y materialización del deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo".¹⁵²

De acuerdo con la Cuarta Encuesta sobre Percepción del Servicio de Administración de Justicia, la apelación de sentencias en materia penal (20%) es prácticamente igual a la del promedio de sentencias para todas las materias (22%).¹⁵³ Asimismo, el promedio de sentencias revocadas del total de las apeladas en materia penal es del 2,4% de las sentencias; en el resto de materias, los jueces estiman que les revocan el 4%. Es decir que la proporción de apelaciones de las sentencias en procesos penales (que es el proceso judicial que afecta de forma más intensa los derechos del procesado) es similar a la proporción de apelaciones en otros procesos que lesionan de forma menos intensa los derechos.

3.4. Derechos relativos a la defensa efectiva

En esta sección describiremos cómo están estipulados algunos derechos de los que depende la efectividad de la defensa y examinaremos cómo funcionan en la práctica. Primero, para evaluar en qué medida es efectivo el principio de igualdad de armas, presentaremos los derechos de la defensa para adelantar labores investigativas. Luego, expondremos algunas consideraciones sobre las condiciones –tiempo y facilidades– para preparar la estrategia de defensa. Finalmente, explicaremos cómo funcionan los derechos a la traducción de procedimientos y documentos cuando los indiciados o procesados no hablan español.

3.4.1. Principio de igualdad de armas y derechos de la defensa para la investigación

Aunque la Constitución y la ley no lo mencionan de forma directa, el principio de igualdad de armas ha sido entendido por la Corte Constitucional “[n]o solo [como] la posibilidad de controvertir frente a la otra parte en igualdad de condiciones (principio del juicio justo o equitativo), sino [también como] procurar la participación del acusado en el proceso, en condiciones que enmiden el *desequilibrio* entre los medios de que dispone este y de los que dispone el fiscal o acusador, los cuales son claramente

¹⁵² En Sentencia C-047 de 2006, la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad en contra de la procedencia de la apelación en oposición a sentencias absolutorias.

¹⁵³ Consejo Superior de la Judicatura 2011b.

superiores”.¹⁵⁴ Así, este principio es considerado por el tribunal constitucional como una parte esencial del derecho de defensa y del debido proceso.¹⁵⁵

En esa medida, la Corte ha señalado que la diligencia de descubrimiento de pruebas resulta central para la efectividad de este principio. A su vez, la evidencia que presenta cada parte es el resultado del ejercicio investigativo que adelantó en las etapas anteriores a la acusación. Por esa razón, la pregunta por las potestades de la defensa en relación con la actividad investigativa está fuertemente conectada con la pregunta por la realidad de la igualdad de armas en el proceso.

El ordenamiento procesal le permite al indiciado contar con una defensa técnica desde que sabe que está siendo investigado. A partir de ahí, y durante las fases subsiguientes, cuenta también con facultades para realizar tareas investigativas¹⁵⁶ encaminadas a sustentar su defensa. En particular, el defendido o su defensor pueden (i) “buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios [...]”;¹⁵⁷ (ii) “solicitar al juez de control de garantías que ejerza el control sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales”;¹⁵⁸ (iii) “entrevistar a personas con el fin de encontrar información útil para la defensa”;¹⁵⁹ (iv) obtener declaración jurada;¹⁶⁰ y (v) “solicitar al juez de control de garantías la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia”.¹⁶¹

¹⁵⁴ Sentencia T-1110 de 2005.

¹⁵⁵ Sentencia C-127 de 2011.

¹⁵⁶ Para que las labores investigativas de la defensa sean efectivas, el artículo 125, numeral 9 del CPP señala que “las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, [...] siempre que se acredite [...] que la información será utilizada para efectos judiciales”.

¹⁵⁷ Código de Procedimiento Penal, art. 267. Facultades de quien no es imputado. Los artículos 268 a 270 del CPP establecen que el imputado o su defensor pueden trasladar los elementos materiales probatorios y evidencia física al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal, donde los entregarán bajo recibo con las preguntas que requieren sean respondidas por un perito, previa la investigación y el análisis que corresponda. Si el perito encontrara que la evidencia es idónea para ser analizada, procederá a la investigación, análisis y elaboración del informe pericial.

¹⁵⁸ Código de Procedimiento Penal, art. 267, inc. 2. Facultades de quien no es imputado. La Corte Constitucional señaló que no es necesario el control de garantías de todas las actuaciones investigativas de la defensa, sino únicamente de las que puedan afectar derechos fundamentales de terceros. Sentencia C-186 de 2008.

¹⁵⁹ *Ibid.*, art. 271. Facultades de la defensa para realizar entrevistas.

¹⁶⁰ *Ibid.*, art. 272. Obtención de declaración jurada por parte de la defensa.

¹⁶¹ *Ibid.*, art. 274. Solicitud de prueba anticipada por parte de la defensa.

Aunque las potestades de investigación de la defensa –que en general son las mismas que las de la Fiscalía– están establecidas en el CPP, la manera en que pueden ser ejercidas está regulada principalmente para la defensa pública¹⁶² y muy escasamente para la privada.¹⁶³ Una innovación del SNDP colombiano es que cuenta con un cuerpo de investigación criminal. La Ley 941 de 2005 creó la Unidad Operativa de Investigación Criminal (UOIC),¹⁶⁴ cuyo objetivo es apoyar las labores de defensa pública por medio de la recolección de material probatorio y de la rendición de conceptos técnico-científicos.

En el caso de la defensa privada, la ley establece que la Defensoría del Pueblo tiene la facultad “para reglamentar la remuneración de los servicios que se puedan prestar y cobrar a usuarios y abogados particulares que lo soliciten”,¹⁶⁵ de tal manera que la defensa privada podría usar los servicios de investigación de la pública. Sin embargo, en la práctica, los funcionarios del SNDP argumentan que, debido a que la Defensoría del Pueblo no ha hecho uso de su facultad para regular estos cobros, no pueden ofrecer los servicios de investigación a la defensa privada; mientras dicha reglamentación no exista, no tienen cómo justificar el uso del recurso público para beneficio privado. En consecuencia, el trabajo de la UOIC actualmente solo beneficia la labor de la defensa pública.

Para cumplir con la labor de investigación de la defensa, la UOIC cuenta con un equipo de investigadores, peritos y auxiliares, que, según estimaciones de su coordinador, suman cerca de 190 funcionarios en el país.¹⁶⁶ Estos prestan sus servicios en 25 de las 36 regionales de la Defensoría del Pueblo. Los servicios periciales de esta unidad consisten en cinco laboratorios de pruebas técnicas¹⁶⁷ que incluyen tres servicios de ciencias forenses (medicina forense, psicología jurídica y forense, y física forense) y ocho disciplinas criminalísticas (balística, topografía, fotografía y video, grafología y documentología, contaduría y economía, lofoscopia, análisis de información y morfología).

Aunque la Defensoría ha tratado de aumentar la planta de personal dedicada a las labores de investigación criminal, los investigadores y técnicos de la UOIC son insu-

¹⁶² Ley 941 de 2005, art. 18. Investigadores, técnicos y auxiliares del SNDP.

¹⁶³ *Ibid.*, art. 36, par.

¹⁶⁴ *Ibid.*, art. 20, num. 4.

¹⁶⁵ *Ibid.*, art. 36, par.

¹⁶⁶ Para 2012, el número de servidores públicos al servicio de la UOIC era de 150. Defensoría del Pueblo 2013.

¹⁶⁷ Los laboratorios se encuentran ubicados en Bogotá, Cali, Medellín, Cúcuta y Barranquilla.

ficientes comparados con los 6.900 investigadores del CTI.¹⁶⁸ Además, encontramos falencias organizacionales. El coordinador de la UOIC afirma que la investigación de la defensa afronta un problema de cultura institucional que se refleja en que los defensores generalmente no le sacan provecho al recurso de la prueba técnica que les provee la UOIC. Por ello, en algunos casos, incurren en autoincriminación por presentar evidencia desfavorable para sus clientes. Adicionalmente, los investigadores de la UOIC señalan que pareciera como si las mismas directivas de la Defensoría no le encontraran valor a la labor de su unidad, ni entendieran la urgencia de las investigaciones, pues han establecido procedimientos poco expeditos, que obstaculizan la labor investigativa y han identificado falencias de capacitación.

A pesar de lo anterior, el Vigésimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso (Defensoría 2013) señala que durante 2012 se llevaron a cabo cinco capacitaciones distintas para los funcionarios de la UOIC.¹⁶⁹ La sensación que produce esta discordancia entre lo afirmado por los investigadores y el informe al congreso es que las capacitaciones, si se realizaron, no tuvieron mucha cobertura, relevancia o difusión entre los mismos operadores. Es entonces esperable que su impacto sea poco notorio.

A pesar de estas dificultades, la labor de la UOIC es altamente valorada por muchos funcionarios judiciales y defensores públicos, quienes reconocen que existe un problema claro de insuficiencia de personal, pero que, en términos generales, los investigadores de la defensa desempeñan una labor de buena calidad. Según algunos de los investigadores, estos resultados podrían obedecer, al menos parcialmente, a que los salarios de los investigadores de la Defensoría son mejores que los de los investigadores de la Fiscalía.

Después de la investigación e imputación, el principio de igualdad de armas cobra importancia en la audiencia de acusación.¹⁷⁰ En esta, cada una de las partes debe descubrir las evidencias que pretende llevar a juicio. Como respuesta, la contraparte puede pedir la exclusión de pruebas para las cuales advierta causales de nulidad,¹⁷¹ incompetencia, recusaciones o impedimentos.¹⁷²⁻¹⁷³

¹⁶⁸ Dato de 2010. Fiscalía General de la Nación 2011, p. 179. Además de los investigadores del CTI, la Fiscalía cuenta con los investigadores de policía judicial de la Policía Nacional, que son muchos más que los del CTI.

¹⁶⁹ Defensoría del Pueblo 2013, pp. 412 y 413.

¹⁷⁰ Código de Procedimiento Penal, art. 337. Contenido de la acusación y documentos anexos.

¹⁷¹ *Ibid.*, arts. 455 a 458. Causales taxativas de nulidad del proceso penal.

¹⁷² *Ibid.*, art. 359. Exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba.

¹⁷³ Posteriormente, las partes también pueden solicitar el destape de la evidencia que no hubiera sido mencionada en la acusación por su contraparte. Código de Procedimiento Penal, art. 339. Trámite de la acusación.

Durante la etapa de juicio oral, las potestades de la defensa son las mismas que las de la FGN, pues el procesado y su defensor cuentan con atribuciones para (i) controvertir pruebas, incluso las anticipadas;¹⁷⁴ (ii) interrogar y contrainterrogar a testigos y peritos;¹⁷⁵⁻¹⁷⁶ y (iii) solicitar la comparecencia, aun por medios coercitivos, de testigos y peritos.¹⁷⁷

Del examen de las potestades constitucionales y legales de la investigación y de las posibilidades de la defensa de contradicción e impugnación de las pruebas en el juicio oral, concluimos que el proceso penal colombiano garantiza la igualdad de armas. Sin embargo, ese balance no es tan claro en la práctica, especialmente en relación con la etapa investigativa.

Según los defensores, en la etapa de investigación es posible distinguir entre las defensas de las personas con y sin recursos económicos. En el segundo grupo no solo se encuentran los abogados de la defensoría pública, sino también los abogados de confianza que representan a indiciados con poco dinero. Según personas entrevistadas, las posibilidades de contar con buenos medios para levantar información en la fase investigativa se reducen en la medida en que disminuyen las posibilidades económicas de inversión en el servicio de defensa.

En el caso de los representados por defensores públicos, la imposibilidad para asumir los costos de la defensa se compensa, al menos en parte, porque la Defensoría cuenta con su propio cuerpo de investigadores.¹⁷⁸ Sin embargo, las limitaciones investigativas de la defensoría pública son evidentes. Por ejemplo en Bogotá, la ciudad del país con la defensoría pública más grande, esta entidad no cuenta con peritos psiquiatras.

Por otro lado, los defensores de confianza de indiciados con pocos recursos –aunque no tan pocos como para usar los servicios de la Defensoría– terminan siendo quienes ven más restringidas sus posibilidades de desplegar actividades de investigación. Dichas personas no cuentan con la infraestructura investigativa del SNDP ni tampoco pueden contratar servicios investigativos privados.

¹⁷⁴ Código de Procedimiento Penal, art. 125, num. 4.

¹⁷⁵ Los artículos 391 y 392 del CPP presentan las reglas para interrogar y contrainterrogar testigos en juicio oral.

¹⁷⁶ Código de Procedimiento Penal, art. 125, num. 5.

¹⁷⁷ *Ibid.*, num. 6.

¹⁷⁸ Ley 941 de 2005, art. 36. Investigadores y técnicos del SNDP.

3.4.2. Derecho a contar con tiempo y facilidades adecuadas para preparar la defensa

El defendido tiene derecho a “[t]ener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades”¹⁷⁹ y a “[d]isponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa”.¹⁸⁰ En la práctica, estos mínimos no suelen cumplirse. Según varios defensores públicos, es frecuente que tengan que representar en audiencia a capturados con los que únicamente han tenido unos 15 minutos para entrevistarse y estructurar la estrategia de defensa. A pesar de que este tiempo sea muy corto para planear una estrategia, algunos de los defensores consideran que ello no constituye un problema importante, pues aun si contaran con más tiempo para estas audiencias urgentes, en ellas no harían más que una labor básica de control de la legalidad de las actuaciones que no es definitoria de cara a la estrategia de defensa que pudiera adoptarse más adelante. Aunque algunas labores sencillas de defensa podrían estar estandarizadas para hacerlas más eficientes, que a algunos defensores públicos no les preocupe no contar con suficiente tiempo para montar una estrategia de defensa –por sencilla que sea– es en sí mismo preocupante. Situación que se agrava para los procesados privados de la libertad, por la dificultad de acceso a los centros de reclusión.

3.4.3. Derecho a la igualdad de armas en el interrogatorio a testigos

La legislación consagra el derecho de los procesados e indiciados a “interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia [...] de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate”.¹⁸¹ Esta disposición supone el establecimiento de la igualdad de armas en el interrogatorio a testigos, pues la defensa cuenta con la misma potestad de la Fiscalía para hacer comparecer a juicio a quienes hayan sido testigos. No obstante, en la práctica existen dificultades para ubicar a los posibles testigos y para obligarlos a ir a audiencia, que dificultan dicha garantía.

¹⁷⁹ Defensoría del Pueblo, Resolución 1001 de 2005, art. 11.

¹⁸⁰ Código de Procedimiento Penal, art. 8, lits. g e i.

¹⁸¹ *Ibid.*, lit. k.

3.4.4. Derecho a contar gratuitamente con intérpretes en las audiencias y a obtener traducciones de los expedientes

La legislación consagra que el investigado debe ser asistido gratuitamente por un traductor, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete, cuando no pueda percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente.¹⁸²

En la práctica, esta garantía procesal es meramente formal, pues no existen programas ni presupuestos para el pago de intérpretes o traductores, ni tampoco para la traducción de los expedientes. Como resultado, es excepcional que el defendido cuente con un traductor o intérprete. Sucede únicamente cuando el procesado aporta su traductor o intérprete propio. Según señalaron los jueces entrevistados, en estos casos, los funcionarios judiciales deben elegir entre finalizar el proceso a los imputados/procesados por estar viciado de nulidad, o adelantar el proceso penal sin que ellos entiendan por qué los acusa la Fiscalía, ni los términos en que lo hace. Esto es particularmente problemático cuando el delito presuntamente cometido es de mayor gravedad, pues, en estos casos, resulta más difícil para los funcionarios tomar la decisión de terminar los procesos (para evitar la nulidad sobreviniente), o bien de liberar a los capturados.

4. La cultura profesional de los abogados defensores

En el marco del SA, el rol del abogado defensor es principal, pues por tratarse de un proceso de partes, casi toda la carga del impulso al proceso recae en el ente acusador y en la defensa. En 2005, cuando este sistema fue introducido al país, el recién creado SNDP se apropió de esta idea y se concentró en el objetivo de que sus funcionarios fueran capaces de alcanzar el nivel de actividad que el nuevo sistema exigía. Así, la misma Defensoría Pública entendió que su papel dentro del proceso penal implicaba asumir “un ejercicio activo de la defensa, convertida en un equipo técnico, científico y jurídico, capacitado para abocar aspectos prácticos de la actividad procesal, a veces olvidados en la metodología procesal mixta”; igualmente, que sus funcionarios están llamados a “ser los primeros garantes y peticionarios de los derechos de [los] usuarios [de los servicios del SNDP] desde el momento mismo en que reciben el conocimiento del caso que se les asigna, lo cual puede ocurrir apenas realizada la captura”, y durante

¹⁸² *Ibid.*, lit. f.

el resto de la investigación y del proceso.¹⁸³ Consistente con este entendimiento, la Defensoría ha invertido importantes recursos en la capacitación de los defensores públicos, como mencionamos en la sección 2 sobre la asistencia legal.

En el caso de los defensores de confianza, es difícil generalizar cuál es su percepción del propio rol que asumen en el proceso penal. Sin embargo, de acuerdo con las entrevistas con defensores públicos y fiscales, la generalidad de los abogados de confianza tardó más tiempo que la Defensoría en entender el protagonismo que debían asumir en un proceso adversarial.

A pesar de la claridad que han ido alcanzando los abogados defensores de su papel en el SA, esto no siempre se refleja en el ejercicio diario de la defensa. Según las entrevistas con defensores públicos y algunos de los privados, la escasez de recursos humanos y materiales, el exceso en la carga laboral y la falta de entendimiento de la utilidad de la prueba técnica han llevado a que, en muchas situaciones, la estrategia de defensa se reduzca a buscarle defectos a la actividad investigativa y procesal de la Fiscalía, antes que a la construcción activa de una estrategia de defensa basada en evidencia.

Otro de los factores que suele tener incidencia en la construcción de la propia imagen de los defensores son los colegios de abogados (*bar association*). Colombia no cuenta propiamente con una entidad que ejerza las funciones de regulación de la profesión legal y que promueva la competencia y establezca estándares éticos de la manera en que suelen hacerlo los colegios de abogados. En su lugar está la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que desde la Rama Judicial tramita los procesos disciplinarios en contra de abogados o funcionarios judiciales.

La calidad del servicio de defensa puede variar ampliamente entre los abogados públicos y privados, así como también en el interior de estos dos grupos. Sin embargo, para asegurar estándares mínimos, el Código Disciplinario del Abogado consagra un amplio listado de deberes profesionales.¹⁸⁴ Adicionalmente, como mencionamos en el apartado 3.2, el CPP consagra también unos deberes específicos en relación con los abogados defensores en procesos penales.¹⁸⁵ En caso de incumplimiento de los deberes generales de abogado, o de los específicos como defensor en materia penal, pueden interponerse quejas ante la Sala Disciplinaria, o en el caso de los defensores públicos, acudir ante la propia Defensoría para que examinen el caso y, eventualmente, apruebe un cambio de defensor.

¹⁸³ Defensoría del Pueblo 2005, p. 8.

¹⁸⁴ Ley 1123 de 2007, art. 28. Deberes de los abogados.

¹⁸⁵ Código de Procedimiento Penal, art. 125. Deberes y atribuciones especiales. Véase nota al pie 97.

5. Compromiso político con la defensa penal efectiva

Uno de los objetivos del SA fue hacer más garantista el sistema penal. Para ello se creó el SNDP y se hicieron reformas enfocadas en darle prevalencia al valor de la libertad,¹⁸⁶ en particular en lo relacionado con el uso de la prisión preventiva. Esto puede entenderse como una muestra de compromiso político con la efectividad de la defensa penal de los últimos años.

Sin embargo, este compromiso tiene límites sustanciales, que se derivan principalmente de que la defensa penal tenga que competir –en recursos y en atención de los funcionarios– con los derechos de las víctimas. Desde la expedición de las múltiples leyes sobre los derechos de las víctimas,¹⁸⁷ se le encargó a la defensoría pública representar también en los procesos penales y en los incidentes de reparación a las víctimas. Según el último informe de la Defensoría del Pueblo al Congreso, el SNDP ejercía para 2012 la representación judicial de cerca de 250.000 víctimas.¹⁸⁸ Adicionalmente, durante ese mismo año atendió a otras 7.803 víctimas a través de actuaciones extrajudiciales de preparación de incidentes de reparación.¹⁸⁹

Según defensores públicos y funcionarios de alto rango del SNDP, el aumento en la carga de trabajo por cuenta de la inclusión de la defensa de las víctimas no estuvo acompañado de un incremento proporcional en los recursos del sistema. Sin embargo, una revisión simple de los aumentos presupuestales entre 2002 y 2012 (véase tabla 3) no permite hacer afirmaciones concluyentes al respecto. Esto, pues con la entrada en vigencia de las leyes de víctimas (en 2005), sí se realizaron aumentos presupuestales que en varios años (2005, 2008, 2010, 2011 y 2012) fueron porcentualmente mayores que los incrementos en la carga de trabajo del SNDP. Además, porque para hacer una valoración adecuada de la suficiencia de los aumentos presupuestales del SNDP, hace falta conocer información que no tenemos, como qué tan dispendiosos son los casos a cargo del SNDP, o qué tan grande era el déficit por recursos desde antes de que se hicieran los aumentos presupuestales.

¹⁸⁶ Corporación Excelencia en la Justicia 2010.

¹⁸⁷ Estas leyes incluyen la 975 de 2005 y 1592 de 2012 (de Justicia y Paz), 1098 de 2006 (para víctimas menores de edad), 1257 de 2008 (para mujeres víctimas de violencia y discriminación), 1448 de 2011 (para procesos de restitución de tierras y otros).

¹⁸⁸ La gran mayoría de víctimas representadas judicialmente por el SNDP son del Proceso de Justicia y Paz. Defensoría del Pueblo 2013, pp. 397-401.

¹⁸⁹ Hoy llamados “incidentes de identificación de afectaciones”.

Tabla 3.
Evolución del presupuesto del SNDP vs. cambio en carga de trabajo

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Presupuesto defensa pública (millones de \$)	19.892	19.362	18.974	32.970	43.642	60.240	80.232	87.493	102.936	126.677	133.894
Cambio presupuesto (%)	...	-3	-2	74	32	38	33	9	18	23	6
Carga x defensor	41	61	50	40	56	75	73	89	98	102	100
Cambio carga (%)	...	50	-19	-19	40	35	-3	22	10	4	-2

Fuente: Cálculos propios con información de la Defensaría del Pueblo 2012.

6. Conclusiones

El ejercicio efectivo de la defensa penal en Colombia enfrenta varias dificultades. Estas, sin embargo, no son tanto de tipo normativo como práctico, pues de la revisión del marco jurídico del derecho de defensa se encontró que la mayoría de disposiciones –con excepción quizás de las relativas al uso de la prisión preventiva o de las posibilidades de acogimiento a los beneficios de la justicia negocial frente a algunos delitos– le otorgan a la defensa la posibilidad de actuar en igualdad de condiciones con la FGN. Sin embargo, en la práctica se presentan inconvenientes de distinto tipo que impiden que la defensa tenga el papel protagónico que se espera de ella en un sistema adversarial. Lo anterior no significa que no existan en absoluto problemas de tipo normativo pues, como puede verse por ejemplo en el momento cuando surge el derecho de defensa, todavía hay posibilidades de mejorar la protección normativa de los derechos necesarios para garantizar la defensa efectiva. Se pueden identificar siete áreas donde se presenta este tipo de problemas.

En primer lugar, existen problemas en relación con el momento en que aparece el derecho de defensa. Aunque la mayoría de referencias legales al derecho de defensa técnica señalan que surge en la imputación, o desde antes si hay captura, una interpretación sistemática de la legislación y jurisprudencia constitucional permite concluir que este derecho emerge desde la etapa investigativa, pues solo así pueden protegerse los derechos a la igualdad de armas y de defensa.¹⁹⁰

En segundo lugar, no se ha identificado ni evaluado adecuadamente la demanda por defensa penal. En efecto, en el último decenio no se ha hecho una evaluación completa de las necesidades del servicio de defensa penal –ni del público ni del privado–. Entre otras razones, esto se debe a que los sistemas de información del Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), la FGN y del mismo SNDP no dan cuenta de aspectos esenciales del servicio de defensa, como por ejemplo: quiénes asumen estas labores (el SNDP o particulares), cómo es la calidad de estos servicios, quiénes los solicitan/ utilizan y cuál es su situación económica, y qué tipo de necesidades de defensa tienen distintos grupos poblacionales.

Este tipo de falencias impide tomar decisiones de política pública debidamente fundamentadas en evidencia empírica generalizable. En particular, esto sucede respecto de cuestiones básicas como cuál debe ser la planta de personal de defensores

¹⁹⁰ Sentencia C-799 de 2005.

públicos e investigadores de la defensa, o cómo deben distribuirse los recursos humanos y materiales para responder adecuadamente a las necesidades del servicio.

En tercer lugar, en términos generales, la asistencia legal pública ofrecida es percibida como un servicio de calidad aceptable. La importancia que el SNDP les otorga a las capacitaciones frecuentes y al sistema de “barras” ha permitido obtener resultados positivos. Gracias a eso, el trabajo de la defensoría pública goza de buena reputación entre los funcionarios judiciales, y los defensores públicos suelen tener un alto sentido de pertenencia a su institución.

Sin embargo, los defensores públicos indican que sus labores se ven afectadas por factores como remuneraciones muy bajas, condiciones laborales inestables, exceso en su carga laboral y falencias en el control sobre su trabajo. El sentimiento respecto de las remuneraciones es justificado, si se tiene en cuenta que los salarios percibidos por las otras partes del proceso penal (fiscales y jueces) son significativamente más altos que los recibidos por los defensores públicos, en especial, a medida que se avanza en los escalafones de la rama judicial. Además de ello, sus condiciones laborales son comparativamente peores (al menos, en términos de estabilidad) que las de los jueces y fiscales, pues los contratos de los defensores públicos son de prestación de servicios y los de aquellos, laborales.

A su vez, la posibilidad de que los defensores puedan atender negocios por fuera de la Defensoría en calidad de abogados privados ha generado inconvenientes para el servicio de defensa pública. Por una parte, que los abogados se sobrecarguen de trabajo para mejorar sus ingresos, y así le dediquen menos tiempo a los casos que les asigna la Defensoría; por la otra, que se cree un incentivo perverso por el cual, en ocasiones, defensores públicos podrían dirigir algunos de los casos asignados por el SNDP hacia sus despachos privados.¹⁹¹

Finalmente, estos problemas se suman a que el SNDP cuenta con mecanismos débiles de control de la gestión de los defensores públicos (reducidos casi por completo a controles formales), que en ocasiones se ven limitados por la idea de la independencia profesional de los defensores como resultado de que sus vinculaciones sean por contratos de prestación de servicios.

En cuarto lugar, la defensa pública tiene menos recursos investigativos que la FGN. A pesar de importantes esfuerzos por dotar a la defensoría pública de un cuerpo de investigación y de recursos humanos y materiales que le permitan realizar el prin-

¹⁹¹ Como señalamos en el apartado 2.2.1, no conocemos la magnitud de este fenómeno, pero entendemos que el solo hecho de que pueda ocurrir en algunos casos, resulta preocupante.

cipio de la igualdad de armas, aún existen grandes diferencias entre los recursos de su Unidad Operativa de Investigación Criminal (UOIC) y los de la Fiscalía. La desigualdad se presenta tanto en relación con el recurso humano, pues es mucho menor el número de investigadores, peritos y auxiliares del SNDP que el de la FGN, como en el recurso físico, pues la UOIC cuenta con menos laboratorios de pruebas técnicas. Estas diferencias afectan la calidad del servicio de investigación para la defensa e impiden que la cobertura en el territorio nacional sea suficiente.

Cuando la defensa es asumida por abogados de confianza que representan a indiciados/procesados con recursos moderados –no tan bajos como para acudir a la defensa pública, pero tampoco tan altos como para elegir firmas de alto nivel–, la diferencia de recursos y de capacidad logística frente a la FGN se vuelve mucho mayor. En los casos en que la defensa es asumida por defensores públicos, la existencia de la UOIC supone un respaldo institucional importante para el desarrollo de las actividades de investigación.

Aunque en las primeras etapas del proceso estas diferencias no parecen muy graves, posteriormente adquieren relevancia en el debate probatorio, pues es ahí cuando se prueba la igualdad de armas. Un ejemplo de la diferencia de recursos investigativos entre el SNDP y la FGN es el hecho de que, en muchos casos, la defensa termina reducida a tratar de encontrarle defectos a la actuación de la Fiscalía, en vez de desarrollar activamente estrategias defensivas basadas en evidencia. Esto se debe no solo a la desigualdad en los recursos investigativos, sino también a que en ocasiones los defensores públicos no conocen ni aprovechan suficientemente la utilidad de las pruebas técnicas a su alcance (en ocasiones, incluso, hacen incurrir a sus representados en autoincriminación por presentar material probatorio desfavorable a ellos).

Un quinto problema es la percepción de que el presupuesto para defensa pública es insuficiente. Varias de las dificultades del SNDP parecen resultar de esa insuficiencia. Tanto para los defensores como para los investigadores debe evaluarse la necesidad de aumentar las plantas de personal –para reducir la carga por funcionario–, mejorar los recursos físicos y capacitar en ciertos aspectos como por ejemplo en la utilidad y el manejo de la prueba técnica.

Los recursos asignados al SNDP deben ser distribuidos en actividades distintas a la defensa en materia penal (principalmente de representación de víctimas), y aunque los defensores del SNDP sienten que dicha ampliación de las responsabilidades no ha estado acompañada de un aumento proporcional en los recursos, a partir de cálculos simples no es posible determinar si esta apreciación es correcta.

Sexto, existe un déficit marcado de educación legal. Tanto en la defensa privada como en la pública, esta falencia afecta el derecho de defensa. Esto se evidencia en que los defendidos frecuentemente están sometidos a los conceptos de sus defensores porque no comprenden la lógica ni el argot del proceso penal y, en consecuencia, no pueden ejercer su derecho de defensa material. Por ello, en muchas ocasiones, son incapaces de evaluar adecuadamente la labor de defensa técnica desempeñada por sus defensores.

Finalmente, aún no se han hecho ajustes razonables para la defensa de poblaciones en situación de vulnerabilidad. Desde su creación, el SNDP tiene pendiente esta tarea. En particular, no ha implementado mecanismos efectivos para asegurar el acceso a la justicia de las personas que se comunican en idiomas o lenguajes distintos al español hablado, como ciertos grupos indígenas o determinadas personas en situación de discapacidad. Igualmente, no ha adaptado las condiciones de acceso al servicio de defensa de la población carcelaria, para la cual es difícil mantener el contacto con sus defensores, ni de las personas que viven en las zonas más apartadas de los principales círculos urbanos, pues en muchas ocasiones se encuentran con la dificultad de que los defensores públicos son escasos o inexistentes en los lugares donde viven.

Recomendaciones

1. Incluir en el marco normativo los desarrollos jurisprudenciales por los que se entiende que el derecho de defensa surge incluso desde antes de la imputación.¹⁹² Esto es necesario para aumentar la seguridad jurídica y la protección del derecho de defensa en el marco normativo legal.
2. Adecuar los sistemas de información del SNDP, de la FGN y del CSJ, para que a partir de ellos puedan identificarse las características de la demanda de defensa penal, la cantidad de usuarios que requieren de asistencia gratuita y los tipos de necesidades de dichos usuarios. Además, deben evaluarse frecuentemente¹⁹³ aspectos como (i) la suficiencia de recursos humanos, materiales, logísticos o de otro tipo del SNDP; (ii) qué posibilidad existe de optimizar los servicios del SNDP a través de la inyección de recursos económicos adicionales; y (iii) el balance en términos de costos y beneficios

¹⁹² Sentencia C-799 de 2005.

¹⁹³ El estudio requerido podría ser similar al que hicieron la Universidad de los Andes y el Instituto SER (2004), para la entrada en vigencia del sistema acusatorio.

de llevar a cabo los ajustes al SNDP que se identifiquen como necesarios, entre otros.

3. Evaluar cuál es la demanda de defensa gratuita. Esto es necesario para llevar a cabo los ajustes sobre la planta de defensores, así como sobre su forma de contratación. Luego de determinar la proporción de casos en los que se requieren los servicios del SNDP, deberá evaluarse el número de defensores necesario para atender esa demanda.

Para este análisis debe tenerse en cuenta (i) que el SNDP está en mora de ajustar los salarios de los defensores públicos para hacerlos competitivos; (ii) el cuestionamiento de si la vinculación de los defensores por contratos de prestación de servicios es positiva en términos de costo-beneficio; (iii) que los problemas de exceso de carga laboral podrían deberse no solo a la insuficiencia de defensores, sino también a problemas de gestión ineficiente en el manejo de casos.

Solo a partir de una evaluación como la mencionada es posible establecer si el SNDP requiere ajustes para la generación de eficiencias –y, en consecuencia, puede responder satisfactoriamente a la demanda de servicios de defensa pública con los recursos con que cuenta actualmente–, o si, por el contrario, requiere una inyección de recursos que le dé maniobrabilidad. Aunque no contamos con información cuantitativa suficiente para dar una recomendación concluyente en este sentido, parece que el servicio de defensa pública requiere ambas estrategias para responder adecuadamente a la demanda.

4. Igualar los recursos investigativos de la FGN y de la defensa. Para hacer efectiva la igualdad de armas es necesario insistir en que la defensa debe contar con posibilidades investigativas equivalentes a las de la FGN. Esto supone que debe aumentarse la planta de investigadores, peritos y auxiliares del SNDP, pues actualmente no representa ni el 3% de la de investigadores del CTI de la FGN. Así mismo, es necesario fortalecer el recurso físico del SNDP para conseguir pruebas técnicas; esto es, que se mejoren y completen los laboratorios de prueba técnica que hacen falta y se amplíe su cobertura a más municipios del país. Debido a que este último punto podría ser muy costoso, es necesario que se agilicen las vías por las cuales se llevan a cabo comisiones de servicio de los profesionales y servicios que no están en todo el territorio sino solo en las ciudades principales.

Considerando que la FGN tiene la carga de la prueba en el proceso penal, es recomendable que la UOIC haga esfuerzos por pensar la investigación

penal de modo más estratégico y eficiente.¹⁹⁴ Es necesario incluir en los programas de capacitación de defensores públicos módulos sobre la utilidad de las pruebas técnicas, pues de nada serviría fortalecer la capacidad investigativa de la UOIC, si los defensores no saben cómo sacarle provecho al material recolectado por esta unidad.

Finalmente, es pertinente que la Defensoría del Pueblo reglamente la posibilidad de que usuarios privados utilicen los servicios de investigación del SNDP, pues existe una porción de indiciados/procesados que contrata los servicios de abogados privados de bajo costo, con pocas posibilidades de recolectar material probatorio para el ejercicio de la defensa.

5. Evaluar si es necesario ampliar el presupuesto de la Defensa Pública. Como no es claro que el SNDP necesite un aumento en sus presupuestos de funcionamiento e inversión, deben hacerse evaluaciones más profundas para determinar hasta qué punto es insuficiente el presupuesto. Mientras ello ocurre, podría pensarse en implementar otros mecanismos que, con mayor facilidad y prontitud, sean idóneos para reducir las carencias presupuestales. En primer lugar, deben revisarse los modelos de gestión de casos de los defensores e investigadores, pues aunque los actuales no han sido evaluados sistemáticamente, existen indicios de que podrían presentar problemas de eficiencia.¹⁹⁵

En segundo lugar, el SNDP podría asegurarse la captación de recursos adicionales a los que obtiene por asignación presupuestal a través de la regulación de algunas de sus actividades. En particular, la Defensoría del Pueblo debería hacer uso de las facultades legales¹⁹⁶ de crear mecanismos para cobrarles por sus servicios a (i) los usuarios que a pesar de ser merecedores

¹⁹⁴ Aunque es cierto que urge fortalecer la prueba técnica para aumentar las posibilidades de defensa en el SNDP, también debe considerarse que en ocasiones (en particular, cuando se tiene conocimiento de que el acervo probatorio que aportará la FGN al proceso es muy débil) pueden ser más efectivas y menos costosas las estrategias pasivas de defensa.

¹⁹⁵ Como explicamos antes, estos problemas se derivan de factores como que (i) actualmente la investigación y la defensa en general, no se piensan de forma estratégica, y por eso pierden eficiencia; (ii) el SNDP no ha logrado identificar quiénes son las personas que realmente necesitan de sus servicios de forma gratuita.

¹⁹⁶ Facultad de reglamentar el uso de los servicios de investigación de la UOIC por parte de indiciados/procesados o defensores privados (Ley 941 de 2005, art. 36, par.). Facultad de regular el cobro de los servicios de asesoría, defensa e investigación para los usuarios del SNDP que cuentan con capacidad económica para pagar por la defensa. Resolución 1001 de 2005, art. 8.

- del servicio de defensa provisto por el Estado cuentan con capacidad de pago y (ii) quienes cuentan con defensa privada, pero requieren servicios de investigación de la UOIC. Para esto, urge diseñar e implementar un mecanismo que facilite la identificación de los usuarios con imposibilidad económica real, calcule los costos de la asesoría, representación legal o servicios de investigación, y haga habitual el recaudo de los pagos por los servicios de defensa pública o investigación para la defensa por parte de la UOIC.
6. Crear una cultura de la educación legal. Aunque no es una tarea fácil, pues pasa por procesos más amplios de mejora de los niveles de escolaridad de la población general, debe insistirse en que quienes participan en el proceso penal (en especial, jueces y defensores) usen un lenguaje sencillo y claro, y se aseguren de que los indiciados/procesados entiendan tanto la lógica y dinámica del proceso como las distintas posibilidades de actuación dentro del mismo.
 7. Hacer ajustes razonables para garantizar el derecho de defensa de poblaciones vulnerables. El SNDP debe formular e implementar programas específicos, con presupuestos suficientes, para garantizar que las personas que no hablan español tengan acceso gratuito y oportuno a traductores e intérpretes. Además, debe adaptar los espacios de encuentro de los procesados privados de la libertad con sus defensores.
En el caso del servicio de defensa para quienes viven en municipios apartados, es necesario que el SNDP cree incentivos para que más defensores públicos se desplacen a esas zonas. En vez de establecer requisitos menos exigentes para el ejercicio de la defensa pública en las llamadas “zonas de tratamiento especial”, el SNDP debería considerar la idea de ofrecer mejores remuneraciones –u otros incentivos– a quienes ejerzan labores de asistencia legal en dichos lugares.

7. Bibliografía

Ariza, Libardo. “Jueces, cárceles y algunos remedios para la crisis”. *Razón Pública*, 1 de abril de 2013. Disponible en: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3649-jueces-carceles-y-algunos-remedios-para-la-crisis.html>.

Banco Mundial. “Gross national income per capita 2012, Atlas method and PPP”. *World Development Indicators database*, 2013.

- Bernal, Carolina y La Rota, Miguel. "Informe Colombia". *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington, D.C.: Due Process of Law Foundation, 2013.
- Cámara de Comercio de Bogotá. *Encuesta de percepción y victimización. Bogotá y sus localidades. Segundo semestre de 2012*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2013.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. *Persecución de delitos complejos. Capacidades de los sistemas penales en América Latina*. Santiago de Chile: CEJA, 2010.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL. *Panorama social de América Latina*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2012.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá: CIDH, 1999.
- Consejo Superior de la Judicatura y Sistema Acusatorio. "El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano". *Programa de capacitación de jueces y magistrados*. Bogotá: USAID, 2005.
- Consejo Superior de la Judicatura, CSJ. *Gaceta del Foro. Novedades del Registro Nacional de Abogados*. Bogotá: Unidad de Registro Nacional de Abogados, 2011a.
- Consejo Superior de la Judicatura, CSJ. "Diseño, aplicación, análisis y publicación de resultados de la Cuarta Encuesta de profundización, con representatividad por especialidad y distrito judicial sobre percepción del servicio de administración de justicia". *Informe final*. Bogotá: CSJ, 2011b.
- Corporación Excelencia en la Justicia. *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia*. Bogotá: Kimpres, 2010.
- Defensoría del Pueblo. *Investigación defensa de oficio*. Bogotá: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.
- Defensoría del Pueblo. *El defensor público en el sistema acusatorio colombiano*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2005.
- Defensoría del Pueblo. *La defensoría pública en cifras*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2008.
- Defensoría del Pueblo. *Protocolo para la atención especializada a grupos étnicos*. Bogotá: Defensoría delegada para indígenas y minorías étnicas, 2011.

Defensoría del Pueblo. *Respuesta a petición sobre información de asistencia jurídica y defensa pública*, Bogotá, 26 de noviembre de 2012.

Defensoría del Pueblo. *Vigésimo informe anual del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013.

Departamento Nacional de Estadística, DANE. *La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos*. Bogotá: DANE, 2005.

Departamento Nacional de Estadística, DANE. *Identificación de las personas con discapacidad en los territorios desde el rediseño de registro*. Bogotá: DANE, 2008. Disponible en: <http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/discapacidad/identificacion%20en%20los%20territorios.pdf>.

Departamento Nacional de Estadística, DANE. *Proyecciones nacionales y departamentales de población 2005-2020*. Bogotá: DANE, 2013a.

Departamento Nacional de Estadística, DANE. *Reducción de la pobreza en Colombia. La base para lograr un país más justo*. Bogotá: DANE, 2013b.

Fiscalía General de la Nación - Consejo Nacional de Policía Judicial. *Manual único de policía judicial*. Bogotá: FGN, 2006.

Fiscalía General de la Nación. *Anuario estadístico 2010 de la FGN*. Bogotá: FGN, 2011.

Granados, Jaime Enrique. “La Fiscalía y la presunción de inocencia”. *El Colombiano*, 30 de abril de 2011. Disponible en: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/L/la_fiscalia_y_la_presucion_de_inocencia/la_fiscalia_y_la_presucion_de_inocencia.asp.

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC. *Informe estadístico*. Bogotá: INPEC, julio de 2013.

La Rota, Miguel y Bernal, Carolina. *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*. Bogotá: Dejusticia, 2014.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. *Comunicado de prensa 031: Presupuesto General de la Nación 2012: más empleo, menos pobreza y más seguridad con solidez fiscal*. Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2012.

Portafolio. “Ingresos de los trabajadores informales crecen menos”, 19 de agosto de 2013.

Revista Semana. “El 42% de los ocupados gana menos de mínimo”, 13 de diciembre de 2013.

Universidad de los Andes e Instituto SER de Investigación. *Plan operativo para la implementación de la reforma del sistema penal colombiano.* Bogotá: Uniandes e Instituto SER, 2004.

Universidad de los Andes. *Situación carcelaria en Colombia. Informe Sombra presentado al CDH de las Naciones Unidas.* Bogotá: Uniandes, 2010.

United Nations Office on Drugs and Crime, UNODC. *Intentional homicide, count and rate per 100.000 population (1995-2011).* Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/crime/Homicide_statistics2012.xls.

Vox Populi. “Consejo Superior de la Judicatura sancionó 106 funcionarios judiciales y 687 abogados en 2012”, 6 de febrero de 2013.

Juan Pablo
Muñoz Elías

CAPÍTULO 6. GUATEMALA¹

1. Introducción

1.1. *Información política y demográfica*

Guatemala se ubica en el norte del istmo centroamericano. Tiene una extensión territorial de 108.889 km². Se divide en 8 regiones geográficas, 22 departamentos o entidades político-administrativas y 338 gobiernos municipales. La realidad de Guatemala es pluricultural, multiétnica y plurilingüe; en ella coexisten cuatro pueblos y se hablan 24 idiomas además del castellano: el pueblo ladino representa el 60,36% de la población; el maya (que se subdivide en 22 etnias), el 39,45%; el garífunas, el 0,14%; y el xinka, el 0,05%.² Además de su enorme diversidad, el país es altamente desigual y excluyente: el índice de Gini por ingreso familiar per cápita es del 56,5% y el índice de desarrollo humano la sitúa muy por debajo de la media latinoamericana: puesto mundial 131 de 187.³

¹ Este capítulo fue revisado por Luis Rodolfo Ramírez García, Mario Avalos Quispal y Mario Ernesto Archila Ortiz, licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC).

² Estos porcentajes corresponden al dato del Censo General de Población de 2002, llevado a cabo por el Instituto Nacional de Estadística (INE). Es necesario aclarar que por la fuerza que tiene el racismo en este país, los porcentajes de población indígena, particularmente maya, puede elevarse considerablemente, ya que muchas personas no admiten públicamente su identidad (PNUD 2005).

³ PNUD 2012. Consultado en el portal del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Disponible en: <http://desarrollohumano.org.gt/content/informe-nacional-de-desarrollo-humano-20112012>.

El área poblacional mayoritariamente indígena –área occidental, altiplano central y norte– posee los niveles de desarrollo humano más bajos del territorio nacional.⁴

Se estima⁵ que la población para el año 2013 era de 15.438.384 de personas, de las cuales al menos 3.257.616 vivirían en la ciudad capital y municipios conurbados, 7.535.238 (48,8%) del total serían hombres y 7.903.146 (51,2%) mujeres. Es un país predominantemente joven; en 2012, el 41,6% de la población era menor de 15 años de edad y el 20,2% tenía entre 15 y 24 años.⁶

El 65,4% de la población guatemalteca es económicamente activa. La tasa de desempleo es del 2,9%; del total de empleados, solamente el 25,5% posee empleo formal; el subempleo alcanza al 16,7% de los hombres y al 19,8% de las mujeres. Entre las principales actividades en las cuales se emplea o subemplea la población están la agricultura (32,3%), el comercio (29%) y el trabajo en industrias manufactureras (13,7%). Infortunadamente, el 19,2% de los niños entre 7 y 14 años son trabajadores⁷ y solamente el 18,9% de la población total tiene algún acceso al seguro social.⁸ Además, durante el año 2012, fue el segundo país receptor de remesas en América Latina, con USD 4.782 millones.⁹

1.2. Descripción general del sistema de justicia penal

En Guatemala existe pluralismo jurídico. Además del sistema de justicia oficial, hay otros de raíces ancestrales, legítimos y efectivos, aplicados en las comunidades indígenas por sus propias autoridades. Lentamente, las funcionarias y los funcionarios comprenden que los pueblos indígenas poseen sus propios valores y concepciones del mundo, incluyendo la visión del conflicto y la justicia. También se percatan de que son

⁴ PNUD 2005. Los informes nacionales sobre desarrollo humano, realizados bianualmente por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Guatemala, señalan constantemente la precariedad en que viven las familias indígenas en el marco de un contexto social de exclusión, entendido como falta estructural de oportunidades individuales y colectivas para el desarrollo. Las primeras nueve ediciones pueden ser consultadas en: <http://www.desarrollohumano.org.gt/content/informes-del-desarrollo-humano>.

⁵ Proyección sobre la base de datos del último Censo General de Población, realizado por el INE en 2002. Disponible en: <http://www.ine.gob.gt/np/poblacion/index.htm>.

⁶ PNUD 2012, p. 225.

⁷ Resultados de la Encuesta Nacional de Empleo e Ingresos, realizada por el INE en 2012. Disponible en: <http://www.ine.gob.gt/np/enei/enei%202012/ENEI2012.htm>.

⁸ Datos obtenidos del resumen anual 2012 del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Disponible en: <http://www.igssgt.org/#>.

⁹ Moneda. *Periódico Financiero de Centroamérica*, 10 de junio de 2013, p. 5.

incapaces de resolver todos los conflictos planteados, en tanto las autoridades indígenas resuelven casos en menor tiempo y con participación de la población.¹⁰

En cuanto al sistema oficial, la reforma procesal penal guatemalteca inició en 1994, con la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal (CPP).¹¹ Simultáneamente, el Gobierno y la guerrilla efectuaban negociaciones para finalizar el conflicto armado interno que desoló por décadas al país. Un punto fundamental de estas negociaciones fue el fortalecimiento del poder civil, con énfasis en el sistema de justicia penal. Derivado de la nueva normativa y de los acuerdos de paz, se erigió la actual institucionalidad para afrontar la nueva propuesta procesal. Entre los grandes retos en esta materia están:¹² garantía del acceso a la justicia; resolución de casos en tiempo razonable; confianza en las leyes; respeto a los derechos humanos; eficacia en la gestión administrativa.

1.3. Estructura general del sistema de justicia penal y descripción del proceso penal

El sistema de justicia penal guatemalteco, bajo la lógica del sistema adversarial, está compuesto por distintas instituciones, cada una con funciones específicas. El Órgano Judicial (OJ) es el ente encargado de impartir justicia conforme la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG), y los valores y normas del ordenamiento jurídico del país; cumple un papel vital en cuanto al derecho de defensa: controla el respeto de las garantías que asisten a la ciudadanía.¹³ Desde 2010-2011, los juzgados penales funcionan a través del ‘modelo de gestión por audiencias’, el cual aleja al juez de las funciones administrativas –se las otorga al secretario del juzgado– y le permite dedicarse exclusivamente a presidir audiencias con la ayuda de tres unidades: unidad de registro de audiencias, unidad de comunicación y unidad de atención al público. La distribución de casos, en donde existe más de un juzgado de instancia penal, se surte a través de un ente especializado denominado ‘gestión penal’. Actualmente se está discutiendo que puedan convertirse en juzgados pluripersonales para que distintos jueces conozcan diversos casos simultáneamente con un mismo equipo de soporte.

¹⁰ Quim 2013.

¹¹ Decreto 51-92 del Congreso de la República.

¹² Ramírez 2006.

¹³ Constitución Política de la República de Guatemala, art. 203 y siguientes. Ley del Organismo Judicial (LOJ), art. 51. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

El Ministerio Público (MP) es una institución con funciones autónomas. Promueve la persecución penal y dirige la investigación en los delitos de acción pública; debe observar el principio de objetividad, por lo que, apegado a la legalidad, debe desistir de acusar a personas cuya participación en un hecho delictivo parezca dudosa.¹⁴ Esta entidad está organizada en su mayor parte conforme al denominado ‘modelo de gestión fiscal’, implementado por primera vez en 2009, generalizándose paulatinamente a las fiscalías distritales y especiales en un proceso que no ha concluido. Según este modelo, existe una unidad de atención al público, responsable de descartar aquellas denuncias que no son delitos; si lo son las remite a: a) la Unidad de Decisión Temprana para buscar medidas desjudicializadoras en casos de delitos menos graves o b) a la Unidad de Investigación para denuncias de delitos graves. Esta última coordina la investigación penal y traslada los resultados a la Unidad de Litigio, la cual buscará obtener una sentencia condenatoria en el debate oral y público.

El Instituto de la Defensa Pública Penal (IDPP) es el ente administrador del servicio público de defensa penal para asistir gratuitamente a personas de escasos recursos económicos; posee autonomía funcional e independencia técnica en el cumplimiento de su función.¹⁵ El Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala (INACIF) es una institución auxiliar de la administración de justicia, que presta servicios de investigación científica de forma independiente a través de la emisión de peritajes técnico-científicos.¹⁶

La Policía Nacional Civil (PNC) es la institución profesional armada que ejerce funciones relativas a la prevención del delito y actúa como un órgano auxiliar del MP, investigando los delitos de manera subsidiaria bajo órdenes de los fiscales; para esto último, cuenta con la División Especializada en Investigación Criminal (DEIC).¹⁷

¹⁴ Constitución Política de la República, art. 251. Ley Orgánica del Ministerio Público, art. 1. Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala.

¹⁵ La Constitución Política de la República no preceptúa la creación de esta institución, pero manda que la defensa de la persona y de sus derechos es inviolable (art. 12). Su existencia como entidad pública se fundamenta en el artículo 1 de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal. Decreto 129-97 del Congreso de la República de Guatemala.

¹⁶ Al igual que el IDPP, el INACIF se inspira en el precepto constitucional del derecho de defensa (art. 12) y se crea a través de la legislación ordinaria: Ley Orgánica del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, arts. 1 y 2. Decreto 32-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

¹⁷ Esta entidad ha cambiado múltiples veces de nombre. Sin embargo, se creó en los años de las dictaduras militares del siglo veinte, por lo que junto a toda la institución policial ha cargado con la imagen de que es una entidad incompetente, represiva y corrupta. Desde la firma de los acuerdos

Recientemente, se creó la Dirección General de Investigación Criminal (DIGICRI),¹⁸ que tiene carácter civil –adscrita al Ministerio de Gobernación– y será la encargada de la investigación criminal en coordinación con el MP. Aún no ha sido implementada.

El proceso penal en sus diferentes etapas está regulado en el CPP.¹⁹ La forma típica de un proceso penal se surte por medio del denominado proceso común, pero existen también algunos otros específicos. Para todos ellos rigen los principios de legalidad, inmediación, contradicción, celeridad, concentración, oralidad y economía.

El proceso común se divide en cinco etapas, en las cuales debe prevalecer el respeto a los derechos y garantías que asisten a la persona, quien es considerada inocente hasta que haya sentencia condenatoria firme en su contra. La asistencia técnica es obligatoria en todo momento, con la finalidad de liderar la defensa y de verificar la legalidad del proceso y la corrección de las decisiones judiciales.

Inicia con la etapa preparatoria, en la cual el Ministerio Público investiga hechos señalados como delitos y la posible participación de personas señaladas como autoras. Para el efecto, se auxilia de la policía nacional. En esta etapa es crucial el control del juez de primera instancia penal, para garantizar el debido proceso durante la investigación.²⁰

La siguiente etapa es la intermedia. Tiene por objeto que el juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, derivado de la probabilidad de su participación en un hecho delictivo. En ella se hace acusación formal y se ofrecen las pruebas respectivas. Puede concluir con la petición de apertura a juicio o bien con las figuras de clausura provisional, sobreseimiento o archivo. En esta etapa, la Fiscalía vuelve a ser el ente acusador, y la judicatura, el contralor de la legalidad de la

de paz en 1996 se han hecho diferentes reingenierías dentro de la Policía, se destituyen agentes del más alto rango por su implicación en el crimen organizado o por violaciones graves de derechos humanos de los ciudadanos, pero no se logran resultados definitivos en materia de profesionalidad, visión democrática y transparencia.

¹⁸ Ley de la Dirección General de Investigación Criminal, Decreto 15-2012 del Congreso de la República de Guatemala.

¹⁹ Libro Segundo (procedimiento común, arts. 285 al 397) y Libro Cuarto (procedimientos específicos, arts. 464 al 491).

²⁰ La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado, en cuanto al debido proceso, como un derecho que permite defender otros derechos. Gaceta 57, expediente nº. 272-00, p. 121; Gaceta 59, expediente nº. 491-00, p. 106, Sentencia 16-06-2000; Gaceta 61, expediente nº. 551-01, Sentencia 09-09-2001; Gaceta 4, expedientes acumulados nºs. 59-87 y 70-87, y otras. Edición comentada de la Constitución Política de la República, Corte de Constitucionalidad, agosto de 2002.

investigación.²¹ Si se ha acusado formalmente y llegado a la presentación de pruebas, la fase culmina con el señalamiento del día y la hora para el inicio de la audiencia de debate.

En la etapa de juicio se determina si el acusado es o no responsable de la comisión del delito del que se le acusa. Esta se realiza a través del debate oral y público, y se reciben las pruebas aportadas por la Fiscalía y las demás partes del proceso. Diferentes a los jueces de garantías, los debates se realizan frente a jueces y tribunales de sentencia. Los tribunales de sentencia conocen debates donde se juzgan delitos de alto impacto (genocidio, delitos contra los deberes de humanidad, criminalidad organizada en cualquiera de sus formas y otros), y los jueces de sentencia, unipersonales, el resto del catálogo de delitos. Las juzgadoras y los juzgadores valoran las pruebas empleando las reglas de la sana crítica razonada y resuelven mediante sentencia absolutoria o condenatoria.

Posteriormente, las partes que lo consideren necesario pueden hacer uso de la etapa de impugnaciones, por medio de la cual hacen efectiva su oposición a las resoluciones judiciales –no solo a la sentencia– emanadas del proceso penal que sean consideradas como ilegales o injustas.

Finalmente, cuando se han agotado los recursos legales pertinentes, se presenta la etapa de ejecución. Su objeto va encaminado a dar cumplimiento a la pena o medida de seguridad que se impuso al condenado.

Existen además algunos procedimientos *sui géneris*. Estos poseen características particulares para atender casos especiales en los cuales no es necesario seguir el proceso penal común, garantizando el principio de celeridad procesal. Entre ellos, el ‘procedimiento abreviado’, procedente cuando el MP estima suficiente la imposición de una pena no mayor de cinco años o una pena no privativa de libertad. En estos casos, debe constar el acuerdo del imputado y de su defensor, pues deberá aceptarse la participación en el hecho delictivo que generó la acusación. En este procedimiento se sigue la misma etapa preparatoria del proceso común; debe ser solicitado por el MP al presentarse la acusación. Si el juez de primera instancia lo considera procedente, le da trámite y en la misma audiencia de etapa intermedia se recibe y valora la prueba, y se dicta sentencia inmediatamente.

Además se encuentran el procedimiento simplificado, el procedimiento para delitos menos graves, el juicio por delito de acción privada, el juicio por faltas y el juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección. Estos proce-

²¹ Código Procesal Penal, art. 332. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

dimientos pueden ser utilizados por la defensa para lograr un tratamiento más justo y una condena más leve para su cliente.

1.4. El fenómeno de la criminalidad y respuesta del Estado

La criminalidad afecta gravemente a las guatemaltecas y los guatemaltecos, por el alto grado de incidencia y de violencia con que se manifiesta (particularmente preocupante por el grado de participación de jóvenes, por el alto número de mujeres agredidas y porque implica la existencia del crimen organizado, sobre todo del narcotráfico, el cual ha penetrado incluso a diversas instituciones estatales).²² Las cifras anuales de homicidios diarios promedio, correspondientes a 2009–2012, son 42,32, 41,50, 38,61, 34,0. La tasa anual de muertes violentas por cada cien mil habitantes durante 2013 fue de 38,74.²³ Estos datos son considerados muy altos incluso a nivel latinoamericano. Es importante resaltar que en los ocho departamentos en donde la población es mayoritariamente indígena, la tasa anual fue de 13,53 para 2011, mientras que en los ocho departamentos donde la población es preponderantemente no indígena fue de 75,49.²⁴

Los medios de comunicación, la clase política y el Estado en general han procurado un abordaje o respuesta punitivista centrado en el endurecimiento de penas para ciertos delitos,²⁵ en desmedro de políticas sociales de prevención e incluso de

²² Derivada del alto grado de penetración del crimen organizado en las instituciones públicas, desde el año 2006 existe una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala. Esta ha abandonado la lucha en contra de cuerpos paralelos de seguridad y organizaciones criminales capaces de generar impunidad, y su mandato está vigente hasta 2015. Sus noticias, memorias de labores anuales y demás documentos pueden ser consultados en: <http://cicig.org/>.

²³ Datos oficiales contenidos en la Memoria de Labores del Ministerio Público, 2012. El dato correspondiente a 2013 proviene del Instituto Nacional de Ciencias Forenses (véase datos sobre muertes violentas anuales en: http://inacif.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=97&Itemid=18) y del INE.

²⁴ Los departamentos con más del 50% de población indígena según proyecciones del Instituto Nacional de Estadística son, en su orden: Totonicapán, Sololá, Quiché, Chimaltenango, Huehuetenango, Alta Verapaz, Baja Verapaz y Quetzaltenango. Los departamentos con menor población indígena son, en su orden: Zacapa, Jalapa, El Progreso, Jutiapa, Chiquimula, Escuintla, Guatemala, Retalhuleu. Quim 2013.

²⁵ Tanto el actual Presidente de la República como el candidato opositor que resultó posicionado en segundo lugar en las elecciones generales (2011) basaron su discurso político en la pena de muerte y en la “mano dura” contra la delincuencia.

procedimientos administrativos para su tratamiento. Según datos oficiales,²⁶ entre 2007 y 2011 las y los agentes oficiales aprehendieron a un total de 197.876 personas, sindicadas de la comisión de uno o más hechos delictivos. En el mismo periodo, el Ministerio Público realizó un total de 57.500 acusaciones,²⁷ es decir que el 29,06% de las personas detenidas fueron llevadas a juicio.

Según indica el Ministerio Público, entre 2007 y 2012, los delitos por los cuales se dictaron autos de prisión preventiva fueron los siguientes: asesinato (4.882), homicidios (983), violencia contra la mujer (525),²⁸ robo agravado (823), violaciones (217), portación ilegal de armas de fuego (216), plagio o secuestro (216) y conspiración (124). De todas las medidas de coerción posibles, de 2005 a 2011, la prisión preventiva ocupó el 17,61%, 13,92%, 13,74%, 14,44%, 14,51%, 10,78% y 11,05%, respectivamente; es decir, un promedio de 13,72%.²⁹

La cantidad de personas privadas de libertad, durante los últimos 20 años ha crecido ampliamente: en 1991, las personas privadas de libertad (provisional o definitivamente) eran 5.584; hacia 1996, 6.637; para 2001, 8.136; en 2006, 8.359; y para 2011, 12.623 (de las cuales, el 7,26% son mujeres). Esto demuestra que en 20 años aumentó en 126% (Samayoa 2012). Para este último año, además, del total de detenidas y detenidos, el 48,3% aún no contaba con sentencia firme.

2. Asistencia legal

El derecho constitucional de defensa en materia penal se activa desde que una persona entra en conflicto con la ley penal, incluso desde que se le investiga por sospecha policial (pues si alguien considera que está siendo investigado puede acudir a las autoridades, quienes están obligadas a brindarle información); se extiende durante todo el proceso judicial, incluso hasta la etapa de ejecución de la sentencia cuando haya sido condenatoria.³⁰ En todo este tramo, la persona puede realizar por sí misma cualquier

²⁶ Datos otorgados por la Unidad de Información Pública de la PNC para este informe, noviembre de 2012.

²⁷ Datos otorgados por el Ministerio Público para este informe, junio de 2013.

²⁸ El número es alto, a pesar de que la ley específica que regula este tipo de delitos contra las mujeres data del año 2008.

²⁹ Observatorio de Justicia Penal, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales. Monitoreo permanente de la institución por medio de solicitudes de información pública al Ministerio Público.

³⁰ CPRG, arts. 8 y 12.

acción legal encaminada a su defensa, siempre y cuando ello no perjudique la defensa técnica, ejercida necesariamente por uno o más abogados colegiados activos que no estén impedidos para litigar (funcionarios públicos, por ejemplo).³¹

Es obligatoria la asistencia técnica de un abogado de confianza del ciudadano desde que presta su primera declaración ante juez competente. Sin embargo, si no puede costearse uno por carecer de medios económicos o porque no lo desea, existe obligación estatal de asistirlo, a través del Servicio de Defensa Pública Penal. La institución encargada de dicha tarea es el IDPP,³² creado en 1997. Presta el servicio público de defensa penal gratuito y administra y controla a los abogados particulares cuando desempeñan este oficio;³³ su máxima autoridad es la persona electa quinquenalmente como directora general, por el pleno del Congreso de la República, a través de una terna propuesta por el Consejo de la institución.³⁴ El IDPP no puede prestar servicio a quien posea un abogado particular, salvo que se haya declarado abandono de defensa y no pueda o no quiera contratar a otro defensor particular que lo sustituya. Una excepción a ello es el caso de diligencias urgentes de obtención de prueba, cuando es materialmente imposible avisar al abogado privado, en cuyo caso el juez tiene la capacidad de pedir a un defensor de oficio que controle exclusivamente dicho acto.

El desempeño del IDPP es bien valorado, en general, entre jueces y fiscales; sin embargo, un juez del ramo penal afirmó que ha conocido situaciones de defensores que asumen casos de defensa penal en los cuales no conocen a su defendido sino minutos antes de la audiencia; para este juez, lo anterior vuelve relativa la calidad del

³¹ CPP, art. 92. Solamente un abogado puede coincidir en ejercer su propio derecho material y representarse a sí mismo en materia de defensa técnica a la vez. Dos jueces del ramo penal fueron cuestionados sobre la conveniencia de que deba mediar siempre un profesional del derecho y en ambos casos se recalcó que sí. La razón es que existe garantía de que todos los demás derechos quedan salvados por una persona que se dedica a ello.

³² Para el presente estudio fueron entrevistados los directores de la Unidad de Coordinaciones Técnico-Profesionales, Unidad de Formación y Capacitación al Defensor Público, y División Ejecutiva y de Recursos Humanos, todos del IDPP. Entrevistas realizadas en junio de 2013. Además, se realizó un grupo focal con abogadas y abogados del IDPP; se solicitó que todos tuvieran más de cinco años de experiencia en su puesto.

³³ Ley del Servicio Público de Defensa Penal (LSPDP), art. 1. Decreto 129-97 del Congreso de la República.

³⁴ LSPDP, art. 10. El consejo del IDPP está conformado por el procurador de los derechos humanos, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, un representante del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, un representante de los decanos de las facultades de derecho del país y un representante de los abogados de planta de la institución. LSPDP, art. 23.

servicio. Esta circunstancia ha sido confirmada por el equipo de investigaciones del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG).³⁵

Lo anterior debe ser comprendido en su contexto: el IDPP ha sido una de las instituciones del sector justicia que más lentamente ha crecido en materia presupuestaria. El presupuesto asignado³⁶ durante los últimos diez años ha variado de USD 8.918.149,48 en 2003 a USD 15.438.125,74 en 2011. La asignación presupuestaria ha crecido solamente 73,1%, constituyendo, para 2011, apenas 3% del total del presupuesto asignado a instituciones que intervienen en materia de justicia penal (el cual alcanza los USD 516.581.602,21).

En 2012, el IDPP contaba con 73 instancias de trabajo en la República (distribuidas en 36 coordinaciones): 30 defensorías departamentales y anexos, 18 en municipios que no son cabecera departamental, 15 defensorías étnicas y 10 coordinaciones nacionales de asistencia legal a víctimas.

Existen dos tipos de defensores: de planta, quienes trabajan con exclusividad para el instituto; y de oficio, abogados privados que a designación del instituto prestan asistencia legal gratuita en casos determinados. La dinámica institucional ha generado un tercer tipo, conformado por abogados en formación, de los cuales saldrá el futuro defensor público cuando haya plazas vacantes.³⁷ Además, está regulado que todos los abogados del país conforman el servicio de defensa pública penal, por lo que en determinado momento pueden ser llamados para prestar asistencia gratuita a las personas.³⁸

Los mecanismos de ingreso a la institución, tanto para abogados de planta como de oficio, inician con una convocatoria pública; pasan por un proceso de selección a través de la valoración de resultados en exámenes técnicos y psicométricos, experien-

³⁵ Ascencio 2013.

³⁶ La moneda nacional de Guatemala es el quetzal. La tasa oficial de cambio que se utilizará durante el presente informe será 1 dólar estadounidense por 7,81729 quetzales, dato válido para el 21 de junio de 2013 según el Banco de Guatemala.

³⁷ Los defensores en formación son abogados que se preparan para ser defensores públicos; generalmente se componen de las y los asistentes de las mesas de trabajo en cada sede. También pueden cubrir algunas actuaciones procesales cuando se trata de delitos leves. El IDPP entiende por delitos leves aquellos que tienen estipulada una pena máxima no mayor a cinco años de prisión o bien aquellos que tienen contemplada la posibilidad de una medida sustitutiva a la privación de libertad.

³⁸ El servicio es gratuito para las personas sin los recursos económicos necesarios, pero el Estado remunerará, según arancel determinado, a los abogados llamados a prestarlo. Dado que existe el servicio de defensa pública institucionalizado desde 1997, en la práctica no sucede que se le combine a un defensor particular a prestar este tipo de asistencia.

cia, asistencia a cursos, entre otros. A los defensores de planta se les asigna una mesa y un abogado asistente, siempre que hayan sido al menos un año abogados en formación. Además, se les ingresa *ipso facto* a la carrera de defensor público, para que puedan adquirir hasta una titularidad III (de acuerdo con el tiempo y la capacitación formal), más múltiples beneficios tales como formación y becas, estabilidad laboral, etc. Los segundos, en cambio, no acceden a carrera y por ello solo se benefician parcialmente con procesos formativos y su tipo de contratación son los servicios profesionales temporales, pagados según un arancel aprobado bianualmente por una comisión *ad hoc*.³⁹

Para marzo de 2013, el IDPP reportó que cuenta con 95 abogados defensores públicos de planta (50,5% hombres y 49,5% mujeres)⁴⁰ y 234 de oficio. Es decir, tiene 329 defensores.⁴¹ Además, reporta 110 abogados asistentes a víctimas, 75 en formación, 19 en pasantía, más abogados en puestos de coordinación y administración. Nótese que, de todos ellos, solamente los defensores públicos de planta cuentan con estabilidad laboral y con la independencia que ello implica.

En cuanto a los procesos formativos de los defensores públicos, se basan en un pénsum sostenido en plataformas de *e-learning*, y se divide en cuatro niveles (ingreso, para defensores en formación; I, II, III, para defensores de planta); los niveles I, II, III se imparten, a su vez, en períodos cíclicos de tres años, con materias distintas y contenidos avanzados. Este proceso inició en 2012 con capacitación a instructores, y formalmente en 2013. Los cursos se dividen en áreas jurídicas y de derechos humanos, y áreas no jurídicas (cursos de liderazgo, etc.).⁴²

³⁹ Conformada por la directora del IDPP, el presidente del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por el director del Bufete Popular de la Universidad de San Carlos de Guatemala (única universidad pública del país).

⁴⁰ Un defensor de planta es remunerado con 7,4 veces el salario mínimo mensual estipulado en el país (julio de 2013, USD 274,01 / Q 2.142), más los incentivos y las bonificaciones nacionales mensuales y anuales. Por su parte, los jueces contralores o de primera instancia son remunerados con 12 salarios mínimos, e igualmente reciben otro tipo de bonificaciones y diferidos. En cuanto a un agente fiscal, su salario es 6,3 veces el salario mínimo, más bonificaciones y diferidos.

⁴¹ Hasta mayo de 2012 había 219 profesionales de planta y de oficio disponibles: 1,49 por cada 100 mil habitantes a nivel nacional (muy por debajo de la cantidad de fiscales que para ese año era de 10 por cada 100 mil habitantes, e incluso de jueces, 1,98 por cada 100 mil habitantes). En el mismo período, la mayor parte de defensores se concentraba abrumadoramente en el área metropolitana (53,4%) y con relación específica a las personas pobres o extremadamente pobres guardaba una relación de 2,77 por cada 100 mil habitantes.

⁴² En grupo focal desarrollado con defensoras y defensores particulares se manifestó que la preparación de sus pares del sector público es permanente, mientras que ellos carecen de esta, salvo que se la procuren por sus propios medios a nivel universitario.

El IDPP presta servicios gratuitos de defensa penal a las personas que carecen de ingresos superiores al triple del salario mínimo, el cual para el año 2013 era de USD 9,13 diarios. Si alguien supera dicha cantidad de ingresos y no quiere o temporalmente no puede pagar un abogado particular (por ejemplo, si sus bienes están embargados), está obligado a pagar el servicio posteriormente. A cada mesa de trabajo se le asignan los casos penales conforme la siguiente regla: uno cada una, pero distribuidos según su complejidad (tipo de delito y número de personas implicadas) de forma equitativa; la adjudicación es hecha por un programa informático que genera fichas en donde el titular del caso deberá ir registrando todas sus actividades.⁴³

Para casos de delitos menores y para primeras declaraciones operan los abogados de oficio.⁴⁴ Días antes de realizarse este informe, junio de 2013, concluyó un programa piloto según el cual abogados de oficio cubrían también actuaciones procesales de los defensores de planta cuando estos estuviesen saturados de trabajo y siempre bajo su plena responsabilidad, pero no se logró obtener una evaluación del mismo. Según dieron cuenta defensores públicos para este informe, en la capital existen 25 defensores de planta⁴⁵ y cada uno mantiene asignado un promedio de 40 a 65 casos simultáneamente, con alto porcentaje de personas privadas de libertad provisionalmente.⁴⁶

Los defensores de planta se responsabilizan de los casos asignados a sus mesas hasta que concluye el debate oral y público. En ese instante, en el área metropolitana, pasan a control de la unidad de impugnaciones⁴⁷ y, en su caso, a la unidad de ejecución penal.

⁴³ En los casos de defensores de planta, los criterios de nombramiento son, como se dijo: igual proporción a cada uno, según la complejidad del caso. En cuanto a los defensores que laboran en sede judicial, les corresponden los casos que ingresen dentro de su turno.

⁴⁴ Como se ha dicho, algunos de ellos están contratados de tiempo completo para asistir a los abogados de planta, dado que estos no pueden crecer en número (ver *infra*). A los abogados que cubren turnos en sedes judiciales –para primeras declaraciones– les corresponden los casos cuyas audiencias se verifiquen dentro de su horario de trabajo. Si el proceso continúa su marcha, el caso es asignado a los defensores de planta o a los de oficio que apoyan a las mesas de trabajo.

⁴⁵ La Ley del Servicio de la Defensa Pública Penal contiene un yerro legislativo, al indicar que la ciudad podrá contar solamente con 25 abogados de planta y que las coordinaciones departamentales contarán con un máximo de tres. Esta circunstancia hace que no se puedan contratar más defensores de planta, hecho que se suple con abogados de oficio que, a veces, trabajan en iguales condiciones que sus pares, pero sin derecho a carrera de defensor público (LSDPP, arts. 19 y ss.).

⁴⁶ Las defensoras y los defensores públicos estiman que entre 35 y 50 de sus defendidos están privados de libertad. Los efectos de esta situación serán expuestos adelante.

⁴⁷ La coordinación de impugnaciones funciona en la ciudad y para junio de 2013 contaba con un total de seis defensores: cuatro de planta y dos de oficio. Los casos de impugnación de sentencias que atiende esta unidad le son asignados mecánicamente, sin que haya un proceso de traslado de

Este flujo no aplica para las coordinaciones departamentales (que no son de la capital), en donde dichas unidades especializadas no existen, por lo que cada defensor dirige la totalidad del proceso, apoyándose técnicamente en sus supervisores regionales. El IDPP cuenta con un sistema computarizado que lleva el control de los casos que se litigan. Cuando se obtiene una sentencia condenatoria, el abogado litigante actualiza el estado del proceso y este pasa a la unidad respectiva para que se impugne. En esta sección se asigna un nuevo abogado, quien adquiere acceso a una ficha que contiene los pormenores del caso y posteriormente se le entregan tanto la sentencia a impugnar como los archivos digitales de audio de la audiencia. Según informó una abogada de esta unidad especializada, si hay alguna duda, pueden acudir a quien litigó en el debate oral.

Existe también una unidad especial –no presente en todos los departamentos– de defensores para adolescentes en conflicto con la ley penal,⁴⁸ quienes actúan en el marco de un proceso especial definido por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LPINA).⁴⁹

El IDPP cuenta con 14 defensorías étnicas o indígenas,⁵⁰ conformadas por abogados que dominan el idioma de la región donde se encuentran y que litigan casos especiales, pero a quienes también se les sobrecarga con procesos comunes cuando es necesario.

La carga de casos que se conocen en el IDPP es alta. Si consideramos el número de procesos que ingresan al organismo judicial y el número de los que reporta haber atendido el IDPP, el promedio de atención de defensores públicos entre 2007 y 2011 es de 25,8 (véase la tabla 1).

Según la tabla 1, de 2007 a 2011, el número de casos penales que recibió la institución aumentó 48,25%.⁵¹ Según la propia institución, aproximadamente el 67,4%

conocimientos de parte del defensor que litigó en primera instancia, por lo que se relativiza el grado de especialización que tienen los defensores que se dedican a esta fase del proceso. Siempre que haya una condena por 50 años (máxima pena posible en el ordenamiento guatemalteco), se litiga con defensores de la unidad especializada, aun si son casos que no pertenecen a la jurisdicción de la ciudad capital.

⁴⁸ Para junio de 2013, en la capital había solamente cinco defensores especializados para conocer del proceso y dos para conocer de la ejecución de las sanciones. No existe institucionalidad especializada de defensa pública porque no todas las jurisdicciones poseen juzgados especializados.

⁴⁹ Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

⁵⁰ Como se señaló, en el país se hablan 24 lenguas indígenas, por lo que no existe una persona especializada para al menos 10 grupos lingüísticos.

⁵¹ Este hecho contrasta con el incremento presupuestario que apenas ha crecido en un 4,64% en idéntico período.

Tabla 1.
Casos atendidos por el IDPP durante los años 2007 a 2011

Año	Detalle de casos atendidos por defensa pública penal y abogados privados									
	2007		2008		2009		2010		2011	
	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%
Ingresados por organismo judicial	67.856	100	95.133	100	109.383	100	116.502	100	113.820	100
Ingresados por defensa pública penal	21.042	30	23.038	24	24.895	33	24.603	21	23.353	21
Atendidos por abogados privados*	46.814	70	72.095	76	84.488	77	91.899	79	90.467	79

* Este dato es el resultado de restar los casos atendidos por el IDPP de los ingresados a sedes judiciales. No existe otra forma de determinar este dato ante la falta de estadísticas judiciales específicas.

Fuente: Elaboración propia con base en datos proporcionados por el organismo judicial, a partir de la solicitud realizada el 3 de mayo de 2012, y consulta virtual a la página de la Defensa Pública Penal, de fecha 20 diciembre de 2012.

de intervenciones de defensores públicos ocurren durante la etapa preparatoria (primeras declaraciones y revisiones de medidas coercitivas).

3. Derechos asociados al derecho de defensa penal y su implementación en la práctica

3.1. Derecho a contar con información

Los funcionarios del sistema de justicia penal tienen la obligación de informar a las personas sobre las causas, razones y detalles por los cuales se les investiga, detiene,⁵² aprisiona, procesa, acusa y condena; el ciudadano debe contar en todo momento con suficiente información sobre su situación jurídica. Esta carga es compartida por todos

⁵² La situación de las detenciones, según reportes judiciales y policiales, para 2011 fue la siguiente: hubo 39.741 detenciones, de las cuales 20,8% fueron realizadas por orden judicial, y 79,2% por situación de flagrancia. Este dato es alarmante porque indica que es falaz que la regla de detención sea la orden judicial (CPRG, art. 6), y que la flagrancia sea la excepción. Esta situación confiere un poder inmenso a los agentes policiales, considerando que el gobierno actual ha privilegiado la presencia militar en las calles mediante la creación de grupos mixtos (policías y soldados). Existe la posibilidad del arresto ciudadano, siempre que se respete el hecho de ser puesto bajo la autoridad competente de inmediato (CPP, art. 257).

los funcionarios, según se colige de los artículos 6 al 12 y 14 constitucionales; la violación a este derecho genera responsabilidades para las autoridades que la cometan.

Según personas entrevistadas para esta investigación,⁵³ el derecho a contar con suficiente información durante la detención⁵⁴ es irregular porque no existe un protocolo policial sobre cómo detener, ni una “carta de derechos” que le deba ser leída y/o entregada a la persona detenida.⁵⁵ De hecho, hay personas privadas de libertad provisionalmente que aún no comprenden por qué están detenidas (Asencio 2013). En los lugares donde existen juzgados de 24 horas (también conocidos como juzgados de turno), la exposición de la persona ante el poder judicial para que declare debe ser inmediata.⁵⁶

En otro sentido, este derecho también implica que la persona a quien se le imputa la comisión de hechos delictivos entienda perfectamente de qué se le acusa. En primer lugar, al fiscal le corresponde respetar este derecho cuando realiza la imputación de cargos en la etapa preparatoria y cuando da a conocer la acusación al inicio del debate oral y público;⁵⁷ al juez le corresponde verificarlo.⁵⁸ Entre los funcionarios consultados para esta investigación hay consenso en que este extremo se cumple con regularidad, dado que parten de que en las audiencias siempre está presente un defensor técnico velando por los intereses de su defendido. Sin embargo, entre los abogados hay cierta tendencia a expresarse con un vocabulario predominantemente técnico, en desmedro de la comprensión directa de las personas no especializadas en la jerga jurídica.

⁵³ Un magistrado del más alto rango, dos jueces de instancia, un juez de paz, un fiscal metropolitano, un fiscal distrital, grupos focales con abogados particulares y con defensores públicos. Por ejemplo, el CPP, en su artículo 88, ordena a la Policía Nacional Civil instruirle a la persona aprehendida que no debe declarar sino ante defensor, fiscal y juez, a su vez que le permite preguntarle únicamente extremos tales como su nombre y otros datos generales de identificación. Según las abogadas y los abogados, se ha dado el caso incluso de que se dilata la presentación de una persona ante el juez, mientras es llevada a una sede policial u otra instancia que no es la judicatura, y allí es comunicada a que se inculpe. Aun se dan casos en que fiscales solicitan testimonio de los agentes de policía, a pesar de que ya se presentó el documento denominado prevención policial, que contiene los hechos que le constan al captor, no debiendo permitírselle que se pronuncien sobre ningún otro punto.

⁵⁴ Este aspecto es oscuro dentro de la legislación porque incluso constitucionalmente se ordena que el aprehendido por orden de juez competente sea llevado a la conciencia de por qué se le capture y por orden de quién. Sin embargo, como se indicó, apenas el 20% de las detenciones provienen de orden judicial.

⁵⁵ CPRG, art. 7.

⁵⁶ Existen juzgados de turno, 24 horas al día, 365 días al año, en cinco municipios: Ciudad de Guatemala, Villa Nueva, Mixco, Sacatepéquez y Escuintla.

⁵⁷ CPP, arts. 326 y 332 bis.

⁵⁸ CPP, art. 81. En el caso de personas pertenecientes a pueblos indígenas, véase sección 3.6 de este capítulo.

Por último, este derecho se materializa en el principio de publicidad, a través de la facultad que tiene la persona imputada para conocer las actuaciones y la carpeta de investigación llevadas por la Fiscalía.⁵⁹ Según los jueces y fiscales entrevistados, no se deniega el acceso a ellas a la persona ni a su defensor debidamente acreditado; sin embargo, los defensores aseguran que ello ocurre en la práctica:

- a) cuando un abogado defensor se acerca por primera vez al caso, a solicitud informal del imputado (que puede o no estar privado de libertad provisionalmente), algunos fiscales deniegan el acceso a la carpeta correspondiente a los defensores. Argumentan que solamente les permiten acceder a esta, si existe una acreditación formal del cargo (en clara contravención a la Constitución que estipula que basta la designación verbal del defensor para que proceda a ejercer su derecho de defensa técnica);⁶⁰
- b) cuando la organización interna de la Fiscalía establece que la carpeta de investigación no se encuentra disponible, sea porque la persona responsable en sede fiscal no está presente o porque arbitrariamente decide que solo ciertos días y horas es posible acceder a ella;
- c) cuando son expedientes voluminosos y la Fiscalía –en su sede– argumenta falta de recursos para permitir una copia íntegra al defensor, a la vez que razonablemente impide que la carpeta salga de la sede fiscal para ser reproducida a cargo del defensor;

Según se informó, denegar acceso a las actuaciones por motivos de reserva se ha ido superando al comprenderse que solo es aplicable a personas extrañas al proceso.

3.2. Derecho a la propia defensa penal y a la representación legal

El artículo 8 de la CPRG establece que el detenido tiene derecho a contar con un defensor; el artículo 12, que nadie puede ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en juicio justo. Ser “oído” debe entenderse como ser capaz de pronunciarse con los argumentos a su alcance y las pruebas que lo respalden, y ser “vencido” como el resultado de que los argumentos y pruebas en contrario, las cuales pudieron ser refutadas, sean más contundentes.⁶¹

⁵⁹ CPP, art. 314.

⁶⁰ CPRG, art. 14.

⁶¹ Además de estos argumentos generales en pro del derecho de defensa, existe el Código Procesal Penal, que como se verá a continuación, desarrolla todos los elementos propios de la defensa técnica.

Por otra parte, está establecido que la representación técnica es obligatoria y universal⁶² desde que se rinda una primera declaración hasta la ejecución misma de la sentencia condenatoria, si la hubiere. Si la persona no quiere hacer uso de dicho derecho, se le impone legalmente bajo el entendido que la defensa material nunca puede obstaculizar la efectividad de la defensa técnica.⁶³

La capacidad de elegir a un abogado de su confianza implica también la capacidad para apartarlo de su caso. La persona con medios económicos suficientes puede elegir al defensor de su confianza y removerlo en cualquier momento (un defensor no puede abandonar su cargo hasta que se instale un sustituto),⁶⁴ en tanto que quien posee un defensor público puede pedir su sustitución en los siguientes casos: falta de idoneidad para el tipo de caso, negligencia e interés contrapuesto.⁶⁵

Policías, fiscales y jueces –cualquiera de ellos– tienen la obligación de facilitar la intervención de un defensor a favor del detenido/sindicado/imputado/acusado:⁶⁶

- a) brindando las condiciones para que se haga una llamada telefónica para contactarlo cuando se tuviere o hubiere medios económicos para ello, y para que físicamente pueda haber una comunicación eficaz entre ambos;
- b) solicitando la intervención pronta del IDPP.

En donde existen juzgados penales de turno, hay al menos un defensor público de planta y uno de oficio. Lo mismo sucede en donde hay juzgados de primera instancia penal (municipios o cabeceras departamentales).⁶⁷

⁶² No existe ningún tipo de diferencias legales en cuanto al ejercicio de este derecho. Hombres y mujeres, adultos y adolescentes en conflicto con la ley penal, extranjeros o nacionales, personas pertenecientes a pueblos indígenas o no, todas y todos deben afrontar un proceso penal acompañados de una defensora o un defensor, particular o público.

⁶³ CPP, art. 92, y LSDPP, art. 4, inc. 3.

⁶⁴ CPP, arts. 92, 98 y 99.

⁶⁵ LSDPP, art. 32.

⁶⁶ Si estuviera privada de libertad, cualquier persona está facultada para solicitar asistencia jurídica para el detenido (LSDPP, art. 6).

⁶⁷ Esta situación es importante de considerar, porque significa que la creación de nuevos juzgados de turno deberá pasar necesariamente por el crecimiento del personal del IDPP. Sin ello, más juzgados serían inoperantes.

3.3. Derechos procesales

3.3.1. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso mientras el juicio se encuentra pendiente

La prisión es una pena principal estipulada por la legislación penal sustantiva;⁶⁸ sin embargo, constitucionalmente, Guatemala está comprometida a garantizar la libertad como uno de los deberes principales del Estado.⁶⁹ La legislación procesal establece en dicho sentido que la libertad del imputado es tan importante que toda interpretación que se haga de la ley tiene que ser en función de garantizarla en lo posible.⁷⁰

Por lo anterior, debe entenderse que la prisión preventiva es, axiológicamente hablando, excepcionalísima;⁷¹ procede solamente para garantizar la presencia del imputado en el juicio⁷² a solicitud de la Fiscalía. Es criterio del juez aceptarla o no en función de que se cumplan los fines del proceso penal: la averiguación de la verdad sobre un hecho delictivo y establecer la participación de una persona en el mismo; el auto que concede prisión preventiva puede ser modificado en el transcurso de la investigación y es apelable.⁷³ En la práctica, el aspecto normativo no está funcionando: entre 2010 y 2011, por ejemplo, el número de personas privadas de libertad fue de 11.145 y 12.681, respectivamente. De ellas, el 54,7% y 50,6%, respectivamente, se encontraban en situación de detención provisional.⁷⁴

En contraposición al espíritu de la norma constitucional y procesal, en años recientes ha habido una tendencia legislativa a obligar al juez a imponer prisión provisional ante la supuesta comisión de delitos calificados de alto impacto y otros especiales;⁷⁵ esta se manifiesta principalmente en leyes especiales que tipifican nuevos delitos.

⁶⁸ Código Penal, arts. 41 y 43; Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

⁶⁹ CPRG, art. 2.

⁷⁰ CPP, art. 14.

⁷¹ En cuanto a la excepcionalidad de la prisión preventiva, la Corte de Constitucionalidad ya se ha pronunciado en su publicación *Gaceta* 57, expediente 73-00, p. 285, Sentencia 25-07-2000.

⁷² Se establece que no se aplicará nunca para delitos que no contengan o no se espere de ellos pena de prisión y en delitos menos graves, si no se prevé fuga del sindicado o que pueda obstaculizar la investigación.

⁷³ CPP, arts. 259 y ss.

⁷⁴ Datos recopilados por el ICCPG, tomados de reportes del Ministerio de Gobernación.

⁷⁵ La ley procesal taxativamente establece que no proceden medidas sustitutivas a la privación de libertad en los siguientes casos: a) en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales; b) delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo

Un ejemplo de lo anterior es la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer,⁷⁶ de 2008, en la cual se tipifica este delito, ordenándosele al juez, en el artículo 6, lo siguiente: “Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva”. Es importante señalar que quienes sufren prisión preventiva no cuentan con ningún tipo de acompañamiento psicológico y no se benefician de programas debido a la transitoriedad de su situación jurídica.

Si se analizan las estadísticas oficiales de prisión preventiva, es necesario observar: a) que por las reformas legales mencionadas y por el alto impacto de muchos delitos, la prisión preventiva se ha centrado crecientemente en delitos graves;⁷⁷ b) que sigue habiendo una cultura de prisión preventiva en los funcionarios de justicia,⁷⁸ lo cual se refleja en que durante 2012 todavía hubo personas privadas de libertad por los delitos de posesión para el consumo (43), encubrimiento propio (22), negación de asistencia económica (15), lesiones leves (12) y otros.⁷⁹

Al requerirle información al fiscal metropolitano sobre las razones por las cuales hay una cantidad alta de personas detenidas provisionalmente, expone que se debe a la gravedad de los delitos, la obligación legal impuesta para ciertos delitos y una razón de índole práctica: los sindicados no pueden identificarse plenamente, sea porque cambian de nombre entre el momento en que son capturados y cuando son interrogados en sede judicial, o porque no portan documentos de identificación. Los defensores entrevistados, públicos y privados, no comparten dicha opinión, pues subrayan que

agravado; c) delitos comprendidos en el Capítulo VII de la Ley contra la Narcoactividad, Decreto 48-92 del Congreso de la República; d) en procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero, excepto la de prestación de caución económica; e) en los procesos instruidos por los delitos de: 1) adulteración de medicamentos; 2) producción de medicamentos falsificados, productos farmacéuticos falsificados, dispositivos médicos y material médico-quirúrgico falsificado; 3) distribución y comercialización de medicamentos falsificados, productos farmacéuticos falsificados, medicamentos adulterados, dispositivos médicos y material médico-quirúrgico falsificado; y 4) establecimientos o laboratorios clandestinos. CPP, art. 264.

⁷⁶ Decreto 22-2008 del Congreso de la República.

⁷⁷ En este sentido, retómense los datos citados *supra*, sección 1.4 de este informe: “Según indica el Ministerio Público, entre el año 2007 y el 2012 los delitos por los cuales se dictaron autos de prisión preventiva fueron los siguientes: asesinato (4.882), homicidios (983), violencia contra la mujer (525), robo agravado (823), violaciones (217), portación ilegal de armas de fuego (216), plagio o secuestro (216), conspiración (124) [...]”.

⁷⁸ En este sentido, retómense los datos citados anteriormente, en cuanto a que entre 2005 y 2011, la prisión preventiva ocupó el 13,72% de las opciones de las juezas y los jueces.

⁷⁹ Datos proporcionados por el Ministerio Público, junio de 2013.

es comprensible que una persona actúe erráticamente al verse detenida por la policía, muchas veces de forma violenta, y porque la capacidad de identificarse puede concretarse antes de ir a un centro de privación de libertad.

3.3.2. Derecho del acusado a ser juzgado en su presencia

El artículo 12 de la Constitución Política de la República es claro al estipular que para ser considerada culpable, toda persona debe ser “citada, oída y vencida”; la normativa procesal se encamina en el mismo sentido.⁸⁰

Este aspecto se materializa en dos apartados en la legislación guatemalteca: a) mecanismos legales para garantizar la presencia del imputado en el juicio y b) mecanismos para que no se continúe un juicio en su ausencia.

El primer punto tiene que ver con las medidas de coerción, que están reguladas a partir del artículo 254 del CPP. Estas constituyen *númerus clausus*: a) privación de libertad provisional, b) caución económica y c) medidas sustitutivas a la privación de libertad (arresto domiciliario, sometimiento o cuidado de una institución o persona designada, obligación de presentarse periódicamente ante un tribunal, prohibición de abandonar el país o cierta localidad, prohibición de asistir a ciertas reuniones o de visitar ciertos lugares, prohibición de comunicarse con ciertas personas). Se establece además que, en determinados casos, basta la palabra del acusado en el sentido de que se presentará a juicio para que se continúe la investigación, hasta que sea notificado del inicio del debate.

Respecto del segundo punto, si concluida la fase de investigación –etapa preparatoria–, la persona sindicada no está presente, el proceso penal en su etapa de juicio no puede desarrollarse. Ya sea por rebeldía⁸¹ o porque el imputado no se halle debidamente individualizado, el Ministerio Público tiene la orden de solicitar al juez que se archive el caso mientras la persona aparece o se le identifica (CPP, art. 327). Las y los abogados consultados para este informe refieren que no tienen conocimiento de que en la práctica se le haya juzgado a alguien en ausencia.

Finalmente, la legislación procesal preceptúa que el principio de inmediación durante el debate se debe respetar. Este es desarrollado por el artículo 354 de la siguiente forma: “El acusado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal, si después de su declaración rehusare asistir, será custodiado en una sala próxima

⁸⁰ CPP, art. 20.

⁸¹ CPP, art. 79.

y representado por su defensor. Si el defensor no comparece al debate o se aleja de la audiencia, se considerará por abandonada la defensa y se procederá a su reemplazo”. De la misma forma, si un acusado es expulsado por indisciplina durante el debate, quedará siempre su defensor representándolo, o cuando desaparezca y se le declare rebelde durante un plazo de diez días, el debate se considerará interrumpido y deberá ser reiniciado.⁸²

Desde el año 2011, existen en el país juzgados denominados “de mayor riesgo”, los cuales conocen de delitos considerados graves (genocidio, delitos de lesa humanidad, tortura, desaparición forzada, femicidio, asesinato, parricidio, secuestro, narcotráfico, lavado de dinero u otros activos, entre otros).⁸³ Una de las características primarias de estos entes es que hacen especial énfasis en la seguridad del personal de los mismos. Para este informe se entrevistó a un juez de dichos juzgados y se le consultó su opinión respecto de este derecho. Afirmó que se debe velar por que el o los acusados estén presentes, aun cuando haya elementos que hagan pensar racionalmente que puede haber intenciones de liberarlos o asesinarlos en el recorrido de la cárcel preventiva hacia el tribunal, lo cual –aseguró– ha sucedido. En este caso –explicó– se les traslada con fuertes medidas de seguridad a la sede judicial y se construyó una cabina especial en donde se les retiene mientras presencian el juicio. Esta solución fue privilegiada por sobre otras opciones para garantizar la presencia del acusado: hacer las audiencias por videoconferencias (donde no podría comunicarse permanentemente con su abogado defensor, salvo que tenga a su servicio al menos dos: uno consigo en la cárcel y otro en el juzgado) o trasladar el aparato judicial al centro donde se le priva de libertad. Los jueces cuidan mucho de la forma en estos casos para que quede suficientemente garantizada la presencia del acusado, pues la defensa técnica puede utilizar una falla en este sentido para traer abajo al proceso.

3.3.3. Derecho a ser presumido inocente

Según la Constitución y la ley procesal penal, toda persona es inocente hasta que se le demuestre lo contrario, ante juez natural y con sentencia firme y ejecutoriada;⁸⁴ es decir, es un precepto de obligatorio cumplimiento para todo funcionario y subsiste

⁸² CPP, arts. 358 y 361.

⁸³ Ley de Competencia Penal en procesos de mayor riesgo, Decreto 21-2009 del Congreso de la República de Guatemala; Acuerdo 29-2011 de la Corte Suprema de Justicia.

⁸⁴ CPRG, arts. 12 y 14, y CPP, art. 14.

a la condena en primera instancia mientras no se hayan agotado todos los recursos pertinentes.

Una persona acusada pero presumida inocente tiene derecho lo más ampliamente posible a la libertad. La excepción es la procedencia de prisión preventiva, bajo la lógica de que ella debe respetar todo derecho salvo exclusivamente la libertad de movilización.

Esta situación impone a la Dirección General del Sistema Penitenciario la obligación de separar a quienes están bajo su custodia, según estén en situación provisional o definitiva de privación de libertad. Una persona provisionalmente detenida es inocente y puede y debe salir prontamente de las instalaciones carcelarias, salvo que se demuestre su culpabilidad; en cambio, una persona condenada definitivamente debe adecuar su estancia en la cárcel a los fines reeducadores que plantea el régimen progresivo del sistema penitenciario.⁸⁵ Este objetivo es violado permanentemente por parte del sistema de justicia: los jueces porque saben que la autoridad penitenciaria es incapaz de garantizar un centro especializado para prisión preventiva y no se pronuncian al respecto, e incluso envían a personas con estatus de inocencia a convivir con condenados; el sistema carcelario porque mantiene reunidos a condenados y personas aún consideradas inocentes.⁸⁶ Lo anterior se agrava porque existen personas detenidas en sedes policiales.

Un problema que se ha agudizado en los últimos años ha sido el de la estigmatización de diversos sectores en situación de vulnerabilidad (personas pobres, miembros de “maras” y “pandillas”, y/o adolescentes en conflicto con la ley penal). Es común observar en los periódicos o noticieros, incluso en boletines electrónicos de la Policía Nacional Civil,⁸⁷ imágenes de detenidos y declaraciones de funcionarios de gobierno anunciando la captura de “delincuentes” o de “bandas de delincuentes”, presentarlos públicamente engrilletados, a veces visiblemente golpeados, rodeados de agentes de policía. Toda esta presión mediática genera una expectativa social que vulnera a los detenidos públicamente y en su contexto familiar o local, e influye definitivamente en las juzgadoras y los juzgadores, por la influencia subjetiva que ello genera. En la práctica, no existen acciones judiciales tendientes a contrastar esta situación.

⁸⁵ Ley del Régimen Penitenciario, Decreto 33-2006 del Congreso de la República.

⁸⁶ La obligación de distinguir entre centros de privación provisional y definitiva procede de convenios internacionales y está sustentada en el artículo 10 de la CPRG.

⁸⁷ Es inconstitucional que las autoridades policiales presenten imágenes de las personas capturadas antes de ser indagadas por juez competente (CPR, art. 13). Sin embargo, no se obtuvo información sobre procesos que se hayan llevado en contra de agentes de policía por este tipo de prácticas.

En el plano probatorio, el derecho a ser tratado como inocente implica una presunción legal a través de la carga de la prueba (a cargo del ente fiscal) y del criterio de duda razonable (la culpabilidad se demuestra en todos sus elementos, sin lugar a dudas, los cuales operan a favor del reo).⁸⁸ Sobre este punto, particularmente en el caso de la etapa de juicio, a partir de los talleres realizados con los defensores públicos y privados, se concluyó que el juez tiene libertad de criterio para valorar la prueba y que si no está alguien de acuerdo puede impugnar. Sin embargo, se señalaron dos circunstancias: a) que hay jueces (a quienes los defensores ya conocen por su experiencia litigando) que tienen particular propensión a ser más laxos/duros en determinados temas que otros; b) que en los juzgados especializados en casos de violencia contra las mujeres, los hombres acusados son particularmente tratados de forma hostil.

3.3.4. Derecho a guardar silencio y/o a no declarar contra sí mismo

El derecho subjetivo a declarar en un proceso penal está regulado en Guatemala. Constitucionalmente, se establece que ninguna autoridad policial puede interrogar a una persona y que solamente lo podrá hacer juez competente, ante defensor de su confianza; en todo caso, si una persona emite declaraciones ante agentes policiales, estas entrarán como pruebas solo a nivel de declaraciones testimoniales.⁸⁹ En ningún caso será obligatorio declarar contra sí o contra parientes.⁹⁰ La legislación ordinaria procesal lo desarrolla aún más cuando refiere que nadie está obligado a declarar contra sí mismo o a declararse culpable, al extremo que obliga a fiscales y jueces a advertirle a la persona que es libre de declarar o no y de responder cualquier pregunta que se le haga.⁹¹ Es más, el juez debe explicar al acusado todo lo relativo a la naturaleza del acto procesal, incluyendo que no declarar no perjudicará en nada su proceso.⁹²

Lo anterior se relaciona con el derecho de asesoría y asistencia técnica para plantear una estrategia de defensa. Según las juezas y los jueces y el fiscal entrevistados, este principio es observado; sin embargo, un juzgador aseguró que las abogadas y los abogados asesoran deficientemente a sus detenidos al persuadirlos de que no declaren. El juez afirmó que esta actitud es perjudicial porque, en ocasiones, la declaración puede

⁸⁸ CPP, art. 14.

⁸⁹ CPRG, arts. 8 y 9.

⁹⁰ CPRG, art. 16.

⁹¹ CPP, art. 15.

⁹² CPP, art. 90.

servirle al juzgador para que asuma una postura distinta a la de privación de libertad, cuando se logra comprender el drama de lo que implica el delito y el proceso penal. Agregó que, aun cuando la declaración fuera incriminatoria, sin pruebas materiales que lo acrediten, no la tomaría en cuenta para un caso de sentencia. Mujeres privadas de libertad entrevistadas por el ICCPG han confirmado su conocimiento sobre el derecho a no declarar, pero señalan que no es correcto que los defensores les impidan hacerlo si desean hablar o explicar su situación.⁹³

Otro aspecto ligado al derecho del sindicado a no declarar contra sí es que no es protestado cuando declara; lo único que se hace es una amonestación para que diga la verdad (en etapa preparatoria o en debate). Se prohíbe coaccionarlo de cualquier forma, ofreciéndole amenazas o promesas, salvo las que establezca la ley; por ejemplo, reconocer su participación en un hecho como requisito fundamental para acceder a un criterio de oportunidad.⁹⁴

El derecho a no declarar se complementa con el derecho a hacerlo en el momento que deseé o las veces que deseé, siempre que sea oportuno y que no sea utilizado como medio dilatorio. La consecuencia necesaria de toda declaración del imputado es que puede ser interrogado por la Fiscalía.⁹⁵ Ante lo anterior, los defensores reconocen que prefieren aconsejar que se eluda declarar durante el proceso para dedicarse exclusivamente a derribar los argumentos del ente acusador.

No se obtuvieron indicios de que en la práctica forense los jueces o fiscales fueran a declarar a los sindicados. Los defensores refirieron que, sin embargo, hay que investigar de cerca a los agentes de policía, porque durante el trayecto que va de la detención a la presentación ante juez se han dado casos en que asustan a los capturados en torno a las consecuencias de que no reconozcan lo que aquellos expondrán; a pesar de lo anterior, no ha habido juicios penales contra quienes así han obrado por la dificultad de probarlo.

3.3.5. Derecho a que las decisiones que lo afectan sean motivadas en fundamentos razonados

Tal como se plantea en los artículos 2, 203 y 204 constitucionales, la obligación de incluir una sentencia fundada deviene de la obligación estatal de garantizar la justicia,

⁹³ Ascencio 2013.

⁹⁴ CPP, arts. 85 y 370.

⁹⁵ CPP, art. 87.

pues se establece que, en toda resolución o sentencia que emitan, los jueces de la República deben basarse en la propia Constitución y en las leyes.⁹⁶

Iniciando con la orden de aprehensión, los principales autos procesales (el que impone una medida de coerción –sobre todo si es de prisión preventiva–, el de procesamiento y el de apertura a juicio) y la sentencia deben ser suficientes en cuanto a su redacción, y estar detalladamente motivados y razonados.⁹⁷ Esta disposición se extiende en general a toda resolución que afecte al procesado. En el artículo 308 del CPP se establece que durante la etapa preparatoria, en relación con las acciones de investigación cuya autorización sea solicitada por policías y fiscales al juez correspondiente, esta deberá ser resuelta atendiendo dichos parámetros.

Ya se ha indicado que la orden de captura debe contener todos los elementos necesarios para establecer por qué se le manda a detener, aunque la flagrancia es la principal forma de detención en la práctica.⁹⁸ A su vez, el auto que se dicta para imponerle prisión preventiva debe estar fundado en información que permita establecer que se cometió un hecho delictivo y que es racional pensar que la persona pudo haber participado en él.⁹⁹ También deben incluirse las circunstancias de por qué se dictó prisión preventiva. Iguales requisitos requieren los autos de procesamiento y de apertura a juicio.¹⁰⁰

Las sentencias que se dicten también deben tener un componente transversal de razonamiento lógico en donde se relaten hechos que se consideran probados, pruebas rendidas y valoradas, y los fundamentos de derecho para llegar a una parte resolutiva que informe de los motivos de las decisiones. La sentencia debe ser congruente con la acusación.¹⁰¹

Los defensores consultados concluyeron, en cuanto al análisis del cumplimiento de este derecho en la práctica, que las decisiones sí van acompañadas de un razonamiento de parte de los jueces y que lo que sucede comúnmente es que los argumentos no son satisfactorios para las partes (por contrarios o por insuficientes), lo cual se resuelve mediante el derecho de impugnación.

⁹⁶ CPRG, arts. 2, 203 y 204.

⁹⁷ CPP, art. 11 bis.

⁹⁸ CPRG, art. 6, y CPP, art. 267.

⁹⁹ CPRG, art. 13, y CPP, art. 260.

¹⁰⁰ CPP, arts. 321 y 324, respectivamente.

¹⁰¹ Ley del Organismo Judicial, art. 147. Decreto 2-89 del Congreso de la República y CPP, arts. 385 y ss.

3.3.6. Derecho de apelación

El derecho a utilizar impugnaciones contra las decisiones de los jueces tiene inspiración constitucional en los derechos a la justicia (art. 2), a la defensa (art. 12) y, particularmente, en la regulación de la doble instancia.¹⁰² Desde el punto de vista de la defensa eficaz, procede cuando haya resoluciones que afecten al acusado/condenado;¹⁰³ sin embargo, es claro que existen requisitos formales para que puedan ser consideradas por parte de las autoridades competentes. Opera por igual para todas las partes procesales, pero, a favor del acusado, podrá interponerlas de forma automática el abogado defensor (público o privado) e incluso el Ministerio Público, cuando ello redunde en favor de la justicia.

En términos específicos, la apelación está regulada en los artículos 404 y ss. del CPP. Como se indicó, se reconocen dos instancias en el país:¹⁰⁴ la primera se verifica ante jueces contralores y tribunales de sentencia, y la segunda, ante magistrados de salas mediante el recurso de apelación especial.¹⁰⁵

La apelación especial se interpone por parte del acusado o de su defensor, de forma escrita y en un plazo de diez días a partir de notificada la sentencia recurrida. Puede operar cuando se argumentan debidamente errores de fondo (inobservancia o interpretación indebida o errónea de la ley) o de forma (falta de observación o aplicación errónea de una ley que constituya defectos de procedimiento).

En la práctica, se han podido determinar las siguientes circunstancias que inciden en su eficacia. Desde el punto de vista de la defensa pública penal, la apelación especial, por disposición legal, se efectúa toda vez que la sentencia es desfavorable al procesado (aun si hubo confesión, salvo en casos de procedimientos específicos). Para ello, existe una unidad de impugnaciones en la ciudad capital, tal y como se apuntó en el capítulo segundo de este informe. Cuando se trata de los departamentos del país,

¹⁰² Constitución Política de la República, arts. 2, 12 y 211.

¹⁰³ A partir del artículo 398 se regula lo relativo a los recursos procesales: reposición, apelación, casación, revisión y otros. Cuando la persona se encuentra en privación de libertad, la interposición de recursos se puede convertir en un mecanismo de alargamiento del plazo del proceso y, con él, de la prisión preventiva. Por ello, a veces las defensoras y los defensores prefieren no utilizar algunos recursos.

¹⁰⁴ CPRG, art. 211, y CPP, art. 49.

¹⁰⁵ CPP, art. 415. Además de los casos previstos, se podrá interponer el recurso de apelación especial contra la sentencia del tribunal de sentencia o contra la resolución de ese tribunal, y el de la ejecución que ponga fin a la acción, a la pena o a una medida de seguridad y corrección, que imposibilite que ellas continúen, impida el ejercicio de la acción o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena.

los mismos abogados defensores conocen todo el proceso, bajo la supervisión técnica de la unidad de impugnaciones, lo que incide directamente en el principio de especialización por parte de los abogados litigantes. De un total de 66.316 asistencias técnicas que prestó el IDPP durante 2012, el 63,2% se refiere a litigios de casos penales y el 1,5% a impugnaciones. Más detalladamente, la institución plantea que entre ciudad capital y departamentos, en casos penales para adultos se plantearon un total de 1.263 apelaciones especiales durante dicho año.¹⁰⁶

En los casos de la defensa privada, esta se basa en un acuerdo contractual entre abogado litigante y defendido, y el primero solo actúa por aquello que haya sido convenido. De allí que la cantidad de personas que posee medios económicos para pagar abogados particulares en primera instancia se reduce en el caso de tener que enfrentar una segunda instancia. Muchos defensores privados recomiendan a sus clientes, al obtener sentencias condenatorias, que si no cuentan con más recursos económicos se trasladen al servicio público de defensa penal, sin darles acompañamiento. Debido al carácter técnico de algunos recursos, la apelación especial o la casación de sentencias ante la Corte Suprema de Justicia requieren una experiencia especializada, la cual tiene un costo económico muy alto.

3.3.7. Derecho a asistencia legal durante la etapa de ejecución penal

La persona tiene derecho a ser asistida durante todo el proceso penal, lo cual incluye la etapa de ejecución. En esta etapa del proceso penal puede requerirse defensa para reclamar todos los derechos que la Constitución, las leyes penales, penitenciarias y los reglamentos (fase administrativa) otorgan.¹⁰⁷

La Ley del Servicio de Defensa Pública Penal (LSDPP) establece que el IDPP debe brindar continuidad al proceso de defensa, aun cuando existe sentencia condenatoria. En ese sentido, el caso pasa a un abogado defensor de planta o de oficio si fuere necesario.¹⁰⁸ Al igual que en el caso de las impugnaciones, la defensa privada puede continuar a cargo del defensor que litigó en el proceso o de uno nuevo, siempre bajo relaciones contractuales. Una persona que pudo sostener con sus propios recursos

¹⁰⁶ Datos anuales disponibles en: <http://www.idpp.gob.gt/estadisticas/cuadros.aspx>.

¹⁰⁷ CPP, art. 492.

¹⁰⁸ LSDPP, art. 33. Según datos oficiales de la institución (a través de su página electrónica), de 66.316 acciones que litigó el IDPP durante 2012, 2.214 corresponden genéricamente a incidentes (acciones en fase de ejecución penal), es decir, el 3,3%.

económicos una defensa técnica privada debe seguir contando con medios suficientes para que esta asistencia continúe; sin embargo, si está privada de libertad, la posibilidad de mantener recursos propios se reduce, sobre todo en los casos de quienes dependen de sus salarios.

Por lo anterior, la misma legislación procesal ha previsto que cuando una persona está privada de libertad y requiera un defensor y no lo tenga o no pueda pagarla, se le asignará un defensor público. Para el efecto, cualquier funcionario público e incluso cualquier particular podrá hacer el requerimiento en su nombre (LSDPP, art. 6, y CPP, art. 492). Sobre este derecho en la fase de ejecución, véase adelante en el punto 3.5.

3.4. Derechos relativos a la efectiva defensa penal

3.4.1. Derecho a investigar el caso y proponer pruebas

La Constitución Política es genérica al afirmar el derecho de la persona a la defensa (art. 12); sin embargo, es lógico derivar de ella el derecho a aportar pruebas en juicio. Resulta claro pensar que alguien que es oído tiene conocimiento pleno de la situación en que se encuentra (conoce los motivos por los cuales está sujeto a proceso penal) y, sobre todo, tiene la posibilidad de refutarlo, pasiva o activamente. Por ende, debe conocer perfectamente la acusación que el Ministerio Público le hace, para centrarse en ello.

En este contexto debe entenderse el artículo 315 del CPP, cuando indica que durante la etapa preparatoria, el acusado, su abogado o su mandatario pueden proponer diligencias de prueba en todo momento. Será el MP el que decida si las mismas son útiles y pertinentes, debiendo hacer constar su posición en caso negativo. Si lo anterior sucede, la parte acusada puede recurrir al juez contralor de la investigación para que ordene que se practiquen dichas diligencias. El Ministerio Público es el ente que dirige la investigación criminal y para efectos de la prueba científica, se sirve del INACIE.

Sin embargo, si la parte acusada tiene medios idóneos a su favor, puede realizar una investigación paralela. Le está permitido proponer, durante la etapa intermedia, los medios de prueba que considere apropiados; aceptados estos por el juez contralor, pasarán a ser conocidos y valorados en debate oral y público.¹⁰⁹ Cada una de las pruebas de cargo como las de descargo pueden ser objetadas por cada parte procesal. El

¹⁰⁹ CPP, art. 339.

acusado también puede dedicarse a cuestionar la veracidad y coherencia de la acusación en su contra; puede pedir el sobreseimiento o la clausura provisional del proceso, al considerar que la investigación no es sólida y que los extremos planteados en el requerimiento fiscal no podrán ser probados en juicio.

A todas las diligencias que realice la parte acusadora (aun en aquellas declaradas con carácter de urgencia),¹¹⁰ el acusado y/o su defensor tendrán acceso irrestricto,¹¹¹ bajo la responsabilidad del juez. En todo caso, la obligatoriedad de la presencia de la parte acusada e incluso su capacidad probatoria se ven beneficiadas en procedimientos específicos, como el anticipo de prueba.¹¹² Tómese en cuenta que la persona no puede quedarse sin defensor en ningún momento, por lo que en casos de extrema urgencia, aun contando con defensor privado, se ordenará un defensor de oficio para que controle los actos de diligencias de pruebas.¹¹³

La legislación provee suficientes herramientas y garantías a la parte acusada para ejercer su derecho material de defensa, posibilitándole proponer pruebas de descargo. Sin embargo, en la práctica ocurren situaciones que inviabilizan dicho derecho.

Un ejemplo de lo anterior está dado por la capacidad económica del acusado.

El IDPP contaba, para junio de 2013, con solo tres asesores en investigación específicos, lo que supone, sobre todo en delitos complejos, que las defensoras y los defensores (sobrecargados de trabajo) no cuentan con ellos totalmente y, por ende, deben asumir una actitud pasiva orientada a esperar destruir las pretensiones de la Fiscalía. Del mismo modo, los defensores públicos se quejan de que el INACIF responde a las solicitudes del MP en términos poco claros (pues no existen protocolos de investigación universales) y de la tendencia de sus peritos a no ratificar sus peritajes, debido a que los procesos tardan mucho tiempo en llegar a debate y, a veces, ya no laboran en la institución. Ante ello, en debate solo se puede asumir una actitud que apele al *indubio pro reo*, pero no a una activa defensa material.

¹¹⁰ En casos de urgencia extrema o cuando la persona imputada no esté del todo definida, el juez podrá practicar la diligencia solicitada por el Ministerio Público, pero haciéndose acompañar por un defensor público (CPP, art. 318).

¹¹¹ CPP, art. 316.

¹¹² Esta consiste en la facultad de las partes de pedir al juez el diligenciamiento de alguna prueba que no admite dilación antes del debate, bajo el riesgo de perderla, o que sea imposible de reproducir en debate, o cuando la persona que la provee no pueda presentarse justificadamente en el juicio (CPP, art. 348).

¹¹³ Cuando una diligencia de prueba –o en general cualquier acto procesal– se ve marcada por ausencia de defensa, sin perjuicio de las responsabilidades que se generen para los responsables, esta debe ser suspendida.

Esto ocurre en gran medida a quienes tienen recursos económicos para proveerse un defensor particular, pero no cuentan con lo suficiente para pagar investigadores privados o para acceder a pruebas que implican costos muy elevados. Inclusive los defensores privados consideran que el derecho a proponer pruebas a veces se ve coartado porque el imputado/acusado está en privación de libertad y porque su familia no lo apoya (por la razón que sea). Así, el litigante se ve obligado a asumir el papel de procurador de documentos o investigador, para lo cual no fue contratado o carece del tiempo o de la experiencia necesaria.

Caso contrario se da con personas que cuentan con abundante recurso material, proponen pruebas muy costosas y sofisticadas, como la reconstrucción de escenas del crimen con maquetas (avaladas por arquitectos expertos) o incluso recreaciones virtuales de hechos. Hay desigualdad entre ricos y pobres en este sentido.

Otro elemento que afecta el proceso penal en su conjunto, pero que es particularmente grave cuando sucede sobre la persona del acusado, es la suspensión de audiencias. Debido a la precaria condición económica de la mayoría de guatemaltecas y guatemaltecos, tomarse un día libre para presentarse como testigo es un esfuerzo enorme. Cuando en los juzgados existió una mala distribución de agenda (casos complejos cuyas audiencias tienen una duración mayor al lapso que les fue asignado), o bien los fiscales no se presentan, el esfuerzo de los testigos se multiplica.

La situación de este derecho es grave en el caso de las personas privadas de libertad provisionalmente (pues dependen absolutamente de quienes están por fuera de los muros de la prisión), pues sus defensores públicos tienen escasas posibilidades de visitarlos (a veces, por la carga de trabajo, una vez durante todo el periodo de investigación). Además de ser demasiados casos los que les asignan, los acusados a quienes defienden están recluidos en diferentes centros, alejados entre sí. Es cierto que las defensoras y los defensores programan visitas para hablar con los detenidos, pero también que existen pésimas condiciones de confidencialidad para hablar de estrategias de defensa.

3.4.2. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa

La Constitución Política no expresa concretamente que las personas deben contar con plazo suficiente para preparar su defensa; sin embargo, en su artículo 12 se estipula claramente que esta es inviolable. A partir de ello, es necesario considerar algunos elementos secundarios para interpretarlos en tal sentido: los plazos legales, los sistemas

de gestión de casos en las instituciones, las posibilidades económicas de las personas e incluso la carga de trabajo de las funcionarias y los funcionarios. Estos factores no pueden analizarse por separado por lo que se tratará de conjugarlos para explicar cómo operan en la práctica.

Según las normas constitucionales, una persona detenida debe ser presentada a sede judicial en un lapso no mayor de seis horas, y se le permitirá rendir su primera declaración en el término máximo de 24 horas.¹¹⁴ Cuando se trata de juzgados de 24 horas o de turno, sucede recurrentemente que a una persona detenida que ha llegado al juzgado no se le asigne de inmediato un defensor público sino momentos antes de que se efectúe la audiencia, por lo que no tiene suficiente tiempo para informarse del caso. Si el cambio de turno lo exige, una persona prestará su declaración cuando está iniciando el nuevo turno por lo que el defensor público entrante cuenta prácticamente con minutos para asesorar a su defendido. También ha ocurrido que los agentes de policía encargados de los espacios temporales de detención existentes en las sedes judiciales impiden que los abogados tengan acceso a sus defendidos en dicho lugar, por lo que se merma el tiempo disponible para que haya una entrevista efectiva mientras el juez lo autoriza. Según un juez de instancia penal consultado, ello ha ido mejorando, pues los jueces han reprendido a los agentes, que alegando razones de seguridad coartan este derecho.¹¹⁵

Una vez impuesta la medida de coerción, se dicta auto de procesamiento y, a partir de ello, la Fiscalía cuenta con un plazo formal de tres meses para investigar y promover acusación, mismo tiempo con que cuenta la defensa para elaborar su propia teoría del caso. Si la persona queda sujeta a prisión preventiva, quedará en situación de dependencia total respecto de su defensor y de su familia, si la tiene. Si el abogado es público, existe el agravante de que es responsable de al menos 45 a 60 personas más, en idénticas o más complejas situaciones. Los defensores públicos aseguran que si poseen

¹¹⁴ Constitución Política de la República de Guatemala, arts. 6 y 9.

¹¹⁵ Se tiene conocimiento, gracias a entrevistas con abogados privados, que afuera de la Torre de Tribunales (penales) en la ciudad capital hay abogadas y abogados –a veces estudiantes de derecho– esperando que haya personas detenidas, llevadas a declarar, para ofrecerles sus servicios a un costo relativamente bajo. Sin embargo, estos abogados, en muchos casos, burlan a las familias de sus clientes, cobrando honorarios por actuaciones que en la práctica no realizan o realizan sin empeño. El resultado es que las familias gastan dinero y, al no ver resultados, terminan trasladándose a otros defensores privados, mermándose el tiempo que se tiene para empezar una defensa técnica estratégica. No se tiene conocimiento de que existan investigaciones sobre este asunto o que los juzgadores pongan reparo en ello.

tantos casos en sus respectivas mesas de trabajo, semanalmente tienen que tomarse solo algunas horas para ir a visitar a las personas detenidas, recluidas en distintas prisiones. Dado que materialmente le será imposible a la defensa pública realizar una investigación propia, el hecho de que la Fiscalía pida una extensión de tres meses para investigar (lo cual es una práctica sistemática) perjudica al detenido, pues significará más tiempo de detención sin que varíen sus condiciones materiales de asistencia. En la práctica forense, si al término de la extensión del plazo para investigar, la Fiscalía no tiene aún una investigación sólida, la defensa técnica solicita clausura provisional (cesando, si la hubiera, la prisión preventiva) o el archivo del proceso. A pesar de que esto sí se cumple, comúnmente las personas se encuentran sujetas a prisión preventiva por más de seis meses porque ocurre repetidamente que las audiencias se suspenden y son reprogramadas, a veces, para uno o hasta tres meses después.

En general, pues, las defensoras y los defensores consideran que sí tienen tiempo suficiente para construir su defensa, dado que la mayoría de pruebas que aportan son testimonios o documentos, en tanto la prueba científica es aportada por INACIF, que responde a solicitudes de la Fiscalía. Una de las ventajas con que cuentan los defensores públicos es su experiencia, lo que constituye la única garantía para refutar las pretensiones de los fiscales, pues conocen los defectos generales del sistema de investigación criminal (forma de presentarla, tipo de resultados, etc.) y de la forma de litigación de los fiscales.

Por otra parte, en el caso de las personas que pueden costear una defensa técnica privada, la capacidad de movilidad de esta depende en gran medida de los recursos disponibles. La atención puede ser personalizada y el tiempo suficiente, pero hay diligencias probatorias complejas y específicas a las que solo se puede acceder dependiendo de la Fiscalía (auxiliada por el INACIF).

Las defensoras y los defensores públicos consultados refieren que en varias oportunidades les han asignado la representación de dos o más sindicados –con dos o más delitos cada uno–, y, a veces, incluso les fijan la defensa de “bandas” completas (una defensora refirió que una constaba de más de 20 integrantes, aunque finalmente fue acompañada por otro defensor). Esta situación hace que los plazos procesales se vuelvan insuficientes, pero, sobre todo, porque es imposible generar una defensa pertinente para cada delito y caso particular en cuestión.

A los jueces consultados se les preguntó cómo valoraban la acción del IDPP y fue mayoritaria la afirmación de que se les considera litigantes con gran experiencia. Uno, en cambio, adujo que, en general, las abogadas y los abogados de Guatemala tienen severas deficiencias en técnicas de litigación oral, que leen documentos en audiencias

y que no poseen un argumento coherente para proponer (una explicación que los mismos defensores exponen es que no se puede litigar con habilidad cuando se desconocen los pormenores del caso debido a que tienen mucha carga de trabajo).

3.4.3. Derecho a la igualdad de armas en la producción y el control de las pruebas y en el desarrollo de las audiencias públicas y adversariales

La Constitución Política no contempla taxativamente la igualdad de armas en relación con el sistema probatorio, salvo que se haga una interpretación extensiva de la fórmula genérica del derecho a ser “oído y vencido en juicio”, contenida en el artículo 12 constitucional, pues nadie puede ser efectivamente vencido si careció de la oportunidad de aportar las pruebas necesarias para destruir las pretensiones del ente acusador. En el plano de la ley procesal, como se expuso en el apartado anterior, la defensa tiene garantizada formalmente la capacidad de promover las diligencias probatorias que considere pertinentes y de participar sin restricción alguna en las que proponga la otra parte, durante la etapa de investigación.¹¹⁶

Pero el control de la prueba excede el hecho de estar presentes durante las diligencias, pues además se les faculta para dejar constancia de sus comentarios durante la realización del acto. Cuando una prueba deba ser anticipada, se requiere la asistencia del juez y del imputado o su abogado representante. Si la persona se encuentra detenida y requiere estar en el antícpio de prueba, tiene la facultad para pedirlo.¹¹⁷ Los abogados entrevistados adujeron que sí se permite la participación del defensor, pero raramente la del acusado, sobre todo si está en prisión.

Tómese en cuenta que en Guatemala los métodos especiales de investigación (operaciones encubiertas, interceptaciones telefónicas, entregas vigiladas, etc.) fueron regulados hasta 2006,¹¹⁸ por lo que no existe una cultura de conocimiento generalizado sobre cómo debe operar esta materia. De los abogados privados consultados, por ejemplo, ninguno había tomado parte de un proceso en el que se utilizaran este tipo de métodos. A pesar de ello, la ley establece medidas estrictas en cuanto a la capacidad de los investigadores para solicitarlas, la irrestricta confidencialidad de los datos obtenidos y, sobre todo, la vigilancia judicial respecto a la corrección de motivos para solicitar dichas medidas, procedimientos utilizados y resultados, según señaló un juez penal consultado.

¹¹⁶ CPP, art. 315.

¹¹⁷ CPP, arts. 316-317 y 348.

¹¹⁸ Ley contra la delincuencia organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República.

Las pruebas que se valorarán durante juicio son presentadas primero en la audiencia que da fin a la etapa intermedia. En ella, la Fiscalía ofrece pruebas e informa cómo las presentará, y la defensora o el defensor tienen la facultad de manifestarse al respecto, antes de que el juzgador decida si las acepta o rechaza.¹¹⁹ Esta audiencia, informaron los defensores, ocurre siempre en su presencia, y pueden señalar defectos y cominar al juez para que no permita que las pruebas obtenidas espuria o incorrectamente sean admitidas.

Finalmente, durante el debate, la presencia del acusado y la de su defensor es obligatoria. En el transcurso del debate, la defensa, además de presentar sus propios medios de prueba, puede refutar la veracidad de los de la fiscalía o del querellante adhesivo. Si son testigos o peritos, el acusado puede presentar un contraexamen.¹²⁰ Existe legalmente la figura del consultor técnico, es decir un experto (en técnicas, ciencias o artes), propuesto por la defensa para que interroge a un perito de la parte acusadora e incluso para que dé su interpretación de las conclusiones del mismo.¹²¹ Sin embargo, este es un ejemplo típico de un derecho regulado que solo puede ser utilizado por personas con altos recursos económicos.

3.4.4. Derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas

Los actos procesales en Guatemala se deben realizar en castellano; sin embargo, dada la condición multilingüe del país, pero pensando también en términos de personas extranjeras, el derecho a contar con un intérprete deviene del imperativo constitucional del debido proceso (CPRG, art. 12). La legislación procesal desarrolla este derecho cuando expresamente permite al acusado ser asistido por un intérprete de su confianza o que se le asigne uno de oficio cuando carezca de ello y le sea necesario para comprender y hacerse comprender en las diligencias o audiencias. El riesgo de no observar este principio es que, por ejemplo, una declaración así obtenida devenga inadmisible.¹²²

Como se ha indicado, el IDPP cuenta con 15 defensorías étnicas y no tiene traductores para idiomas extranjeros. Por lo menos, nueve idiomas indígenas nacionales no pueden ser atendidos por intérpretes específicamente contratados para ello, pues solo hay 13 en toda la República, por lo que si el juzgado o la Fiscalía no disponen de

¹¹⁹ CPP, art. 343.

¹²⁰ CPP, art. 378.

¹²¹ CPP, art. 376.

¹²² CPP, arts. 90 y 91.

un traductor especializado, se tiene que solicitar el apoyo de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala. Los defensores públicos consultados coinciden en que lograr dicho apoyo se convierte en un procedimiento “burocrático”. En la práctica, aseguran autoridades del IDPP, se solicita apoyo a miembros de las comunidades para que vayan traduciendo lo que se le informe al detenido –sobre todo en casos de primeras declaraciones– y lo que responda si quiere hacerlo (siempre hay un defensor técnico a su lado). Los traductores o intérpretes también pueden actuar como consultores técnicos de la defensa y referirse a la prueba misma de la que se trate.¹²³

Respecto de idiomas, pruebas y documentos, la ley procesal establece dos circunstancias: a) cuando las pruebas estén en idioma distinto al español, deberán ser traducidas al castellano para el juez y las demás partes; y b) cuando la persona no comprenda el idioma castellano, deberá ser informada en su idioma sobre el contenido de aquellas.¹²⁴ Estos preceptos también se extienden a las personas sordomudas que no puedan expresarse por escrito. Aunque los abogados defensores consultados ejercen su profesión mayoritariamente en la ciudad capital, informaron que no tienen conocimiento de que este derecho se violente. Para el caso de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas, véase más ampliamente el punto 3.6.

3.5. Derecho de defensa durante la ejecución de la pena¹²⁵

La Constitución Política de la República (art. 19) y Ley del Régimen Penitenciario (LRP)¹²⁶ le ordena a la Dirección General del Sistema Penitenciario (DGSP) la custodia de las personas privadas de libertad, tanto en situación de privación provisional de libertad como a condenadas con sentencia firme. Para efectos de esta sección, se hará alusión exclusivamente al segundo tipo de población.

En cuanto al régimen constitucional, este ordena que todo privado de libertad tenga derecho a comunicarse cuando lo solicite, entre otros, con su abogado defensor (art. 19); la normativa procesal, por su parte, regula que el derecho de defensa de la persona sentenciada es innegable: preceptúa que toda persona privada de libertad debe contar con un abogado de su confianza, particular o de oficio, para que la asesore en

¹²³ CPP, art. 141.

¹²⁴ CPP, arts. 142 y 143.

¹²⁵ Para comprender este aspecto fue consultado el experto Gary Estrada, coordinador de la línea programática de Personas Privadas de Libertad y Derechos Humanos del ICCPG.

¹²⁶ Decreto 33-2006 del Congreso de la República. Administrativamente, la DGSP es una dependencia del Ministerio de Gobernación, parte del organismo ejecutivo.

materia de derechos que le asisten de conformidad con su estatuto jurídico.¹²⁷ La ley penitenciaria abona en esta materia y otorga a la persona privada de libertad una serie de derechos y obligaciones y, sobre todo, regula el trato que se le debe dar por parte de las autoridades para cumplir con los fines de reeducación social y readaptación.¹²⁸

Respecto de la defensa de sus derechos, pueden darse dos casos en que esta deba estar garantizada:

- a) cuando se trata de control de la ejecución para acceder a beneficios penitenciarios (como, por ejemplo, la redención de penas).¹²⁹
- b) cuando haya sanciones administrativo-disciplinarias que les restrinjan derechos.

La ley establece que, en el primer caso, el procedimiento se verifica ante juez de ejecución, a través del procedimiento denominado “de incidentes”, con el auxilio necesario de un defensor técnico; para el segundo, en cambio, “no será necesaria la defensa técnica” y se hará frente a las autoridades penitenciarias.¹³⁰

En cuanto al proceso de ejecución, es notoriamente deficiente. Lo anterior porque no existe un auténtico proceso oral y contradictorio, en donde subyazca información para tomar decisiones. Se basa más bien en la valoración de informes del Sistema Penitenciario (expedientes gigantescos, avalados por grupos interdisciplinarios que muchas veces ni siquiera se encuentran permanentemente en los centros o en contacto con el privado de libertad). Además, existen solamente tres juzgados pluripersonales de ejecución en todo el país (con dos juzgadores cada uno, seis en total), por lo que de 7.449 personas sentenciadas (según datos oficiales de la DGSP para junio de 2013), le corresponde a cada uno un aproximado de 1.246 personas bajo su responsabilidad. Cada persona privada de libertad requerirá durante el tiempo en que esté sentenciada al menos una redención de penas por buena conducta, solicitudes varias (para salir del centro, por ejemplo) o traslados. Es importante agregar que en las audiencias que a este aspecto concierne, solamente acuden juez, abogado defensor y Ministerio Público, nunca el sentenciado.

La importancia de que la ejecución de la pena sea eficiente estriba en que ello permitirá al Sistema Penitenciario liberarse del enorme hacinamiento en el que se ve inmerso. Según informó la propia entidad, en 2011 se vio rebasado en un 94% de su

¹²⁷ CPP, arts. 492 y ss.

¹²⁸ LRP, arts. 2, 3, 12 y ss.

¹²⁹ El procedimiento de incidentes es el utilizado para tratar temas de ejecución o extinción de la pena.

¹³⁰ LRP, arts. 90 a 93.

capacidad de atención, cifra que ha ido aumentando. El resultado de que haya fiscales –y aun jueces– que se opongan a que las sentenciadas y los sentenciados obtengan redención de penas se debe en gran medida a que no conocen esta grave situación estructural de colapso de las cárceles. Tómese en cuenta que los fiscales no conocen las cárceles y que los jueces no las visitan con regularidad. Además, cada centro contempla una realidad y dinámica distintas a la de los demás: relaciones de poder externo-internos, formas en que se presenta la corrupción, desorden administrativo, etc.

En la realidad, la defensa material durante esta etapa solamente puede ejercerse a través de la defensa técnica, porque el procedimiento es demasiado burocrático y las condiciones lo impiden absolutamente. En los centros de privación de libertad no hay condiciones dignas para las personas y mucho menos las hay para que puedan tener al alcance sus informes respectivos, sin los cuales no se puede realizar ninguna petición al juez. Aun cuando pudieran tener una copia al alcance inmediato, alegando condiciones de seguridad, el sistema de justicia no les posibilita, como se indicó, presentarse a la sede judicial para hacer sus reclamos o solicitudes personalmente.

En cuanto al proceso por sanción administrativo-disciplinaria, el hecho de que quede excluido del control jurisdiccional y que “no sea necesaria” la participación del defensor, abona en arbitrariedad para el Sistema Penitenciario. En primer lugar, porque el sistema disciplinario está estrictamente centrado en el castigo impuesto, por una parte, por la autoridad administrativa y, por otra, por los mismos privados de libertad. El experto consultado informa que no existe uniformidad en cuanto a reglamentos disciplinarios en cada centro y ha habido castigos incluso de incomunicación, individual y colectiva, por razones de “seguridad”. En los centros, generalmente los reclusos se dividen por sectores y en cada uno de ellos hay reos que ostentan un poder excesivo sobre sus compañeros, convirtiéndose en los encargados de la disciplina, bajo la permisividad de los guardias y con la aquiescencia de los directores.

En cuanto a otros derechos, no existen carpetas que se les presenten a los reclusos en el momento de ingresar a un centro; sí se permite el acceso de los defensores a sus defendidos, pero no en condiciones que garanticen la confidencialidad, pues la conferencia se efectúa en espacios públicos a veces rodeados de guardias de seguridad.

3.6. Derecho de defensa relativo a los pueblos indígenas¹³¹

El sistema de justicia penal en su conjunto no está preparado para abordar la realidad pluricultural de Guatemala. El sustento constitucional para comprender este tema se encuentra en los artículos 12 (derecho de defensa), 44 (derechos inherentes a la persona, reconocidos en virtud del derecho internacional, aunque no se expresen taxativamente en la propia Constitución y en las leyes) y 58 (identidad cultural de los pueblos indígenas, entre los cuales destaca, obviamente, su sistema de valores, sus prácticas y sus propias formas de organización social; estos elementos implican las prácticas de derecho indígena).

El derecho a ser condenado si y solo si ha sido oído y vencido en juicio justo es inalienable. Sin embargo, oír a una persona solo se materializa, si se establece que hubo una claridad perfecta entre lo que se le dijo (imputación de cargos, acusación, etc.), lo que ella entendió y lo que respondió (declaración, defensa material). Y esta claridad no se limita a aspectos idiomáticos, sino que también se refiere a la pertinencia cultural con que esta información es asumida por parte de la persona. Por eso, no se puede aducir que alguien ha sido efectivamente oído solo porque, además de su lengua materna, habla (más o menos) castellano; no es mecánica la relación entre traducción de palabras y comprensión del mundo. Por esta razón, el Estado debe estar preparado no solo para traducir fidedignamente a la población indígena que habita en su territorio sino sobre todo para comunicarse con ella, sin barreras culturales.

Existen reglas específicas derivadas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Guatemala. En este se reconoce que los pueblos indígenas poseen su propia cosmovisión y que deben ser juzgados según su propia realidad y contexto (en lo político, social y cultural). Resultado de esta situación, se debe entender que para juzgar a una persona indígena, hay que hacerlo en sus propios términos y no con los criterios oficiales, aun si son mayoritarios. Uno de los principales problemas que se desprenden de lo anterior es que la cárcel no es una circunscipción propia, eficiente y legítima reconocida por los pueblos indígenas, por lo que

¹³¹ Para este apartado se consultó al experto Juan Santiago Quim, quien comenta que la categoría de pueblos indígenas es correcta, pues se ha asumido así políticamente durante los últimos años, aunque también se acepta la categoría de pueblos originarios (preexistentes a una invasión como sucedió en Guatemala). Este debate es más bien apropiado para los pueblos xinka y garífuna, pues en su interior se discute que no son preexistentes a la invasión española, pero que poseen rasgos culturales, valores y demás elementos identitarios propios.

es incompatible con su identidad cultural.¹³² Para ello, deben generarse mecanismos culturalmente apropiados.

Otro aspecto específico relativo a la defensa de la persona es la relatividad cultural de lo lícito y lo ilícito.¹³³ En este tipo de situaciones, aun en acciones declaradas ilícitas, pero que se practican en el ejercicio pleno del derecho a la identidad cultural, no procede la criminalización; las y los fiscales, indicó el experto consultado, de conformidad con los compromisos adquiridos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, deben abstenerse de la persecución penal y la judicatura de conocer este tipo de casos. La forma correcta de determinar que se presenta una situación acorde con estos planteamientos es el peritaje cultural. Por su parte, el IDPP indica que posee una coordinación de enfoque intercultural, la cual genera procesos de sensibilización en las defensoras y los defensores, y promueve el uso de estos peritajes a través de las defensorías indígenas. No es generalizado el uso de peritajes culturales para la defensa de personas indígenas ante el sistema oficial, pero hay casos paradigmáticos en donde este medio ha sido satisfactorio para absolver a indígenas.

En la práctica común, pues, no se observa el derecho de defensa penal eficaz de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas cuando se les juzga por delitos que para ellos no significan tal situación y/o se les condena con penas que no tienen una pertinencia cultural. Esto, sumado a que se les juzga en un idioma que no es el suyo, aunque lo conozcan. A pesar de no existir instituciones especializadas que brinden asesoría jurídica penal gratuita a acusados pertenecientes a pueblos indígenas, el IDPP cuenta con una unidad (defensorías indígenas) que comparte estos criterios y vela por que sean aplicados, aunque fiscales y jueces no los consideren ni haya una política nacional para sensibilizar a los funcionarios en esta materia.¹³⁴

¹³² Aunado al grado de violencia y alienación personal y colectiva que produce la prisión. Es decir, la cárcel ni siquiera debería ser pensada como una posibilidad para las personas indígenas, ni siquiera como pena principal derivada de una sentencia firme.

¹³³ Dos ejemplos de ello son la tipificación de la venta de licor denominado clandestino, pero en realidad hecho en las comunidades para efectos ceremoniales; o bien, la tipificación de saqueo de monumentos arqueológicos, cuando muchas piezas sirven a los líderes religiosos para ejercer su espiritualidad. Esta última situación es más injusta cuando es sabido que museos privados y colecciones particulares poseen, en cambio, valiosísimas piezas, que exponen sin que se investigue su procedencia. Claramente hay una fuerte carga de racismo entre perseguir penalmente a un guía espiritual indígena, pero no a un financista de proyectos culturales.

¹³⁴ Según indica el experto, en Guatemala cabe la posibilidad de que una persona sea juzgada en su idioma, pero los funcionarios fiscales y judiciales no conocen el idioma de la región. De igual

En la vida cotidiana, muchas comunidades indígenas cuentan con sus propias autoridades. Estas conocen de conflictos en su territorio y los resuelven conforme al sistema indígena. Ha sido difícil hacer entender que, en este tipo de casos, una persecución penal ya no es procedente, en virtud del principio *non bis in idem*, a lo cual se ha accedido gracias a criterios judiciales de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia y pocas veces por parte de los jueces locales.¹³⁵

4. La cultura profesional de las abogadas y los abogados defensores

En Guatemala, todo abogado colegiado y activo puede ejercer indistintamente en cualquier ámbito del derecho; no requiere ningún registro especial para el litigo en materia penal. Está obligado por mandato constitucional¹³⁶ a formar parte de un colegio profesional: el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (CANG). Este es un requisito, entre otros, para ejercer la profesión.¹³⁷

El CANG se rige por la Ley de Colegiación Obligatoria,¹³⁸ y por sus propios estatutos y reglamentos. En estos, se considera que dicha asociación existe para garantizar que los profesionales del derecho ejerzan su profesión con estricto apego a la Constitución, con justicia, equidad, responsabilidad y ética. Es por ello que la institución mantiene un Tribunal de Honor, órgano disciplinario que debería velar por la ética profesional de los colegiados. A finales del año 2012, autoridades de dicho tribunal

forma, no existen tribunales *ad hoc* ni procedimientos específicos para personas indígenas, ni aun cuando sindicado y víctima pertenezcan a la misma etnia.

¹³⁵ El Caso *Chiyax* representa un hecho paradigmático; en 2003, cuando el juez de primera instancia penal decretó el sobreseimiento y cese de toda medida de coerción (prisión preventiva en el caso particular) en contra de personas pertenecientes al pueblo indígena maya k'iche', argumentando que ya habían sido juzgadas en regla conforme al derecho indígena. E.312.2003 Of. 60. Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán, 25 de junio de 2003. La resolución íntegra puede consultarse en una recopilación de resoluciones conforme al derecho indígena, del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. Disponible en: <http://www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/resoluciones/resoluciones%20indigenas.pdf>.

¹³⁶ Constitución Política de la República de Guatemala, art. 90.

¹³⁷ El artículo 196 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, estipula como requisitos para ejercer la profesión de abogado: obtener el título correspondiente, ser colegiado activo, estar inscrito en el Registro de Abogados de la Corte Suprema de Justicia, estar en el goce de derechos ciudadanos y no tener vigente ninguna clase de suspensión.

¹³⁸ Decreto 72-2001 del Congreso de la República de Guatemala.

informaron que el 17% de los 16.000 profesionales del derecho en Guatemala (en dicha época) habían sido sancionados por faltas a los códigos éticos y al menos un 34% ha sido objeto de investigación.¹³⁹

Existe un Código de Ética Profesional que contiene una serie de postulados encaminados a dirigir una correcta aplicación del servicio profesional de las abogadas y los abogados. El postulado de la lealtad es uno de los más relevantes para los clientes de los profesionales del derecho, al garantizar la fidelidad a la justicia y a su cliente, resguardando el secreto profesional. Además, dicha normativa ética exige la defensa de los pobres, imponiendo la obligación a las abogadas y los abogados de defenderlos gratuitamente, de conformidad con la ley, cuando lo soliciten o recaiga sobre ellos la defensa de oficio.

Un aspecto que es imprescindible mencionar es que el CANG, a pesar de ser un órgano gremial en pro de la superación técnica de sus asociados, posee amplias atribuciones que lo hacen inmiscuirse fuertemente en la vida política del país¹⁴⁰ (tanto el presidente de la entidad gremial como el presidente del Tribunal de Honor y algunos de sus miembros electos para representaciones *ad hoc*). Así, hay injerencia del colegio profesional en consejos permanentes o bien en comisiones periódicas encargadas de elaborar listados de las abogadas y los abogados que podrán ser elegibles para ocupar los puestos de fiscal general de la república, magistrados de salas de apelaciones y de Corte Suprema de Justicia, magistrados de la Corte de Constitucionalidad y director o directora del IDPP, entre otros. Esta situación ha generado una politización de la vida gremial, al punto que cuando hay elecciones para junta directiva, es posible observar

¹³⁹ Datos proporcionados a la Agencia Guatemalteca de Noticias. Disponibles en: <http://www.agn.com.gt/index.php/world/fashion/item/1017-colegio-de-abogados-sanciona-a-m%C3%A1s-de-2-mil-profesionales-del-derecho>. Ante la falta de datos oficiales respecto del motivo de sanciones a las y los profesionales, se consultó con abogados litigantes, quienes hicieron dos observaciones al respecto: a) el colegio profesional abarca tanto la abogacía como el notariado, por lo que una proporción de este porcentaje deviene del defectuoso ejercicio notarial; b) sucede reiteradamente que abogados litigantes no asisten a audiencias y no se excusan, por lo que los juzgadores declaran abandono de defensa y dan aviso al Tribunal de Honor para que emita la sanción respectiva. En general, las sanciones son: amonestaciones privadas, amonestaciones públicas, suspensión temporal y suspensión definitiva (Estatutos del Colegio de Abogados de Guatemala). En el caso de las suspensiones, las decisiones deben trasladarse al pleno de la asamblea general de profesionales, lo que hace imposible que puedan concretarse, debido a la creciente apatía que existe entre las abogadas y los abogados, y al fuerte sentido de protección gremial que aún existe.

¹⁴⁰ Situación que se extiende a las facultades de Derecho del país, principalmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, única universidad pública y autónoma.

ingentes campañas políticas, las cuales erogan gastos enormes en propaganda y hasta espacios en la prensa escrita y en la radio y televisión.

La anterior situación, además de perjudicar la transparencia de los procesos de selección de importantes cargos como los ya citados, redunda en perjuicio directo para las colegiadas y los colegiados, pues las autoridades del colegio se preocupan menos de sus verdaderas funciones tendentes a la superación cultural, académica, moral, etc. del gremio. Salvo declaraciones esporádicas, las autoridades del CANG han estado ausentes cuando algunos de sus miembros han sido vilipendiados públicamente; tal es el caso del juez y las juezas del tribunal de sentencia de mayor riesgo (quienes conocieron el caso por genocidio al pueblo ixil –que concluyó en sentencia condenatoria – en contra del exdictador general Efraín Ríos Montt, pero que posteriormente fue anulada por la Corte de Constitucionalidad), quienes fueron insultados pública y reiteradamente por parte de abogados defensores de los exmilitares.

En otro orden de ideas, según las abogadas y los abogados entrevistados para la presente investigación, el factor económico repercute considerablemente en la prestación de una defensa penal eficaz. Tanto las abogadas como los abogados particulares y aquellos que prestan una defensa pública coinciden al afirmar que existe una ventaja para las personas que cuentan con recursos económicos suficientes en el momento de conseguir una defensa penal, frente a las personas pobres o de escasos recursos económicos. Según los abogados de la defensa pública penal, debido a la recarga de trabajo no pueden prestar defensa penal óptima y especializada a cada caso en particular. Por otra parte, las abogadas y los abogados particulares sostienen que el servicio de defensa penal que ejercitan a favor de sus defendidos depende en gran medida de la cantidad de dinero que les paguen.

En cuanto a capacitación, además de la formación universitaria, que es muy básica y centrada en el conocimiento de leyes (en desmedro de la práctica forense, técnicas de litigación, doctrina y análisis integrador de la norma, jurisprudencia e investigación jurídica), cada defensor particular debe buscarla por sus propios medios. Así, existe cierta ventaja para los servidores públicos de la defensa penal por la constante capacitación que obtienen a través de la institución –exclusiva para sus miembros–, lo cual les permite ir al día con las reformas penales (leyes) y fortalecerse en el ejercicio práctico de la profesión. La entidad gremial genera diferentes diplomados y conferencias, aunque no cuenta con programas permanentes de formación profesional para sus miembros.

Las defensoras y los defensores se califican a sí mismos como garantes de los derechos e intereses de sus clientes o defendidos; aducen que son las personas llamadas a abogar por que se respete a quien se le sindique de la comisión de un algún

hecho delictivo. Aseguran que tienen clara la importancia del papel que ejercen, lo cual puede llegar a representar un compromiso moral para lograr una defensa penal óptima. Consideran que factores externos, como corrupción del sistema de justicia en general, violación de los derechos humanos, falta de recursos materiales y de tiempo, etc., desvirtúan en gran medida el cumplimiento de una defensa penal eficaz; un abogado penalista en entrevista para este trabajo llegó a afirmar que en algunos ámbitos se considera que el mejor penalista no es el que más conoce de derecho, sino el que tiene buenos contactos en el seno del sistema de justicia penal y sabe usarlos a favor de los casos que litiga.

Según las defensoras y los defensores, es un error común considerar que la eficiencia del sistema de justicia penal se manifiesta en el mayor número posible de personas privadas de libertad por sentencia condenatoria.¹⁴¹ Según ellos, esto afecta su labor a nivel de litigio y aun de imagen pública porque socialmente son tratados como “libertadores del delincuente” cuando consiguen sentencias absolutorias. Concluyen que defensa penal eficaz es aquella que se ejerce utilizando todos los mecanismos legales existentes para la defensa de derechos y garantías, sin impedimentos o discriminación de ningún tipo. A esta importante conclusión habría que agregarle que una defensa penal es eficaz, evidentemente, cuando lo anterior es factible, pero también cuando todo ello ha sucedido bajo el control y la fiscalización activos de la persona acusada, para que se sienta ciudadana y satisfecha del conjunto de acciones de defensa que la favorecieron.

5. Compromisos políticos para una efectiva defensa penal

La historia reciente de Guatemala es muestra de una dinámica social que favorece los privilegios de un minúsculo sector de la población, situación garantizada por las diferentes instituciones que conforman el Estado. En ello radicaron las principales causas del conflicto armado interno que asoló al país y al concluir este se identificó que seguían siendo las mismas con las que se iniciaba la era de posguerra.¹⁴² Por ello, uno

¹⁴¹ En este sentido, cabe la crítica a las instituciones (Policía Nacional Civil, Ministerio Público y Organismo Judicial), pues utilizan sistemas de evaluación de desempeño que atienden primordialmente criterios cuantitativos (reflejados en estadísticas): números de aprehensiones, acusaciones o sentencias ganadas. Lo anterior va en desmedro del contexto del crimen en Guatemala y de las condiciones particulares de las personas.

¹⁴² CEH 1999, tomo I: Orígenes y causas del conflicto armado interno.

de los principales acuerdos de paz es el que llama al fortalecimiento del poder civil, principalmente del poder judicial, responsable de administrar la justicia y de velar por la aplicación democrática de la ley en clave de protección a la persona humana.

A partir de la década de los noventa, actores relacionados con la criminalidad organizada han irrumpido en la vida política, económica y social del país, generando la deslegitimación del Estado en todos los niveles (porque han permeado todas sus instituciones y las han vuelto inútiles para atender sus verdaderas prioridades: salud, educación, desarrollo, justicia, etc.). Ante los altos niveles de delincuencia, los gobiernos han asumido una retórica tendente a ofrecer seguridad, llegando en algunos casos a ser prácticamente el único eje conocido de los programas de gobierno de los partidos políticos que han ganado las elecciones. Las políticas de “mano dura” se han aplicado a nivel nacional y los discursos de “gobernabilidad” y la “seguridad ciudadana” han permeado el imaginario social a tal nivel, que la población apoya medidas que restringen los derechos y las libertades de las personas, a pesar de que los niveles reales de seguridad no aumentan. Entre tanto, fenómenos como la pobreza crecen en un ambiente de “estados de excepción” aplicados a comunidades en donde hay organización social que reclama el respeto al territorio y sus recursos frente a industrias extractivas, energéticas o monocultivos; contrario al espíritu de los acuerdos de paz que pusieron fin al conflicto armado interno, se vuelve a apostar institucionalmente por la militarización de las calles y carreteras del país.

El Poder Legislativo, en medio de una crisis de inoperancia y boicots mutuos entre bancadas oficiales y opositoras, también ha sucumbido ante una visión que no abona en la consecución de un sistema de justicia penal fuerte pero democrático, presentando proyectos de ley punitivistas que atentan contra la dignidad humana; afortunadamente, muchos de ellos han sido descartados, pero otros, aunque no han sido tratados, siguen latentes en los escritorios del Congreso.¹⁴³ Algunas leyes tipifican nuevos delitos y endurecen penas,¹⁴⁴ restando solamente trabajar, abogados defenso-

¹⁴³ Algunas de ellas tienden a que se eleve la edad de inimputabilidad, la castración química a condenados por violación, la aplicación de mecanismos de investigación con bajos estándares de garantías, la aplicación forzosa de la privación de libertad, el aumento de las penas o el aumento de tipos penales, etc.

¹⁴⁴ Particularmente en el marco de la narcoactividad y la delincuencia organizada se han presentado mecanismos que han generado un amplio número de delitos con penas altísimas. Entre otras: Ley contra la Narcoactividad, Decreto 48-92 del Congreso de la República; Ley contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006; Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la Mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República; Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del

res, sectores progresistas y sociedad civil por que en todo caso sean interpretadas a la luz de las disposiciones constitucionales que garantizan derechos y libertades.

En el caso de la pena de muerte, a pesar de que es una herramienta propagandística de los partidos políticos, es alentador el hecho de que actualmente Guatemala ha incurrido en moratoria de hecho, pues no se aplica desde el año 2000. Además, actualmente no hay ninguna persona en espera de ejecución de esta pena, pues todas han sido conmutadas, gracias a la labor de organizaciones sociales y del IDPP. El temor –real– es que esta no ha sido formalmente abolida y no deja deemerger públicamente en contextos electorales o de crisis políticas.

Sin embargo, partiendo de una visión integral del derecho de defensa, es necesario aclarar que las instituciones han generado estrategias para que la justicia sea tal. Algunos ejemplos son: el compromiso del Ministerio Público de generalizar un nuevo modelo de gestión fiscal, para que muchos de los casos que no requieran una intervención penal sean desjudicializados y para que la investigación criminal sea más eficiente (lo cual, bajo el debido respeto de la legalidad, beneficia a todos los sujetos procesales); del Organismo Judicial, para dar mayor cobertura, eliminando los resabios inquisitivos y generando una apuesta por consolidar las audiencias orales; del IDPP, para aumentar la cantidad de defensores y prepararlos adecuadamente, etc. El siguiente paso es que todos estos esfuerzos se den de forma coordinada para que no compitan entre sí o se obstaculicen. Además, debe entenderse que la mejor forma de consolidar derechos ciudadanos es a través de la organización social y de la justicia social.

6. Conclusiones

En Guatemala existe una protección normativa suficiente del derecho de defensa. En primer lugar, en la Constitución que indica que es inviolable y que nadie “podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en procedimiento legal ante juez o tribunal competente y pre establecido” (art. 12). Además, el Estado es signatario de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Congreso de la República; Ley para el fortalecimiento de la persecución penal, Decreto 17-2009 del Congreso de la República. Aunque muchas de estas leyes son necesarias (se justifican socialmente), el problema que generan tiene que ver con la ausencia de controles parlamentarios y hasta judiciales para verificar su adecuado cumplimiento.

En segundo lugar, la legislación procesal penal desarrolla este derecho de dos formas. Para empezar, al regular lo relativo a la obligatoriedad de la defensa técnica durante todo el proceso penal –desde la primera declaración ante juez competente hasta la etapa de ejecución de la sentencia–, pudiendo la persona elegir libremente al defensor que desee y, en caso de que el imputado/acusado no tenga medios económicos para costearse uno, se erige una obligación estatal de proveérselo. Pero, además, al indicar que el ente acusador y el juez deben velar por que las actuaciones forenses sean del completo conocimiento de la persona imputada o acusada, bajo la estricta supervisión del abogado defensor elegido o asignado.

No obstante los avances en la protección normativa de los derechos, en Guatemala persisten los retos para garantizar la efectividad de estos derechos.

En primer lugar, existen problemas relacionados con el cumplimiento de las normas vigentes, que llevan a que persista una brecha entre la consagración del derecho en la normatividad y su protección en la práctica. Se encuentra, por ejemplo, que el derecho a guardar silencio tiene constantes riesgos de ser vulnerado por agentes de policía, quienes durante las capturas en flagrancia –que son la mayoría– inducen a las personas a “informar” sobre su participación en determinados hechos, intimidándolas principalmente en el recorrido de la prisión al juzgado. A su vez, los jueces no verifican el cumplimiento de este derecho ni inician acciones cuando se confirma su vulneración. El derecho a no declarar contra sí mismo, en cambio, es respetado pues no tiene efecto probatorio.

Otro caso es el de la motivación de las decisiones judiciales. Las leyes del país mandan que toda resolución judicial esté debidamente razonada, derecho generalmente respetado, pero es preocupante que la minoría de las capturas provengan de orden judicial, pues ello impide que la persona –desde que es aprehendida– conozca las razones por las cuales probablemente se le someterá a proceso penal. En el caso de la apelación ocurre algo similar. De un lado, el derecho de apelación es universal, pero, en la práctica, las personas que son defendidas por abogados privados, si no pueden pagar los honorarios correspondientes a la impugnación que corresponda, no serán asistidas por sus defensores en el ejercicio de este derecho. Esto es particularmente grave en el caso de las personas que reciben sentencias condenatorias. Sin embargo, de manera general la calidad de la defensa puede estar relacionada con la capacidad económica de las personas.

En segundo lugar, existen problemas relacionados con la formación de los abogados y la cultura jurídica que prima entre estos. Para empezar, no hay una especialización profesional en materia de defensa penal; cualquier abogado puede constituirse

en defensor privado, si en el ejercicio de su carrera lo decide. Lo anterior es positivo porque supone que potencialmente todos los abogados colegiados y activos pueden defender a la ciudadanía que entra en conflicto con la ley penal; sin embargo, significa que no existe una garantía de experiencia, tan necesaria en la construcción de una estrategia eficaz de defensa penal. El sentido de la educación superior en ciencias jurídicas se centra en el conocimiento de leyes y, por ende, no se privilegian los aspectos técnicos y prácticos necesarios para el litigio. Al igual que los defensores públicos, los privados se encuentran en similar situación sobre la posibilidad de generar una investigación alternativa a la de la Fiscalía, principalmente cuando son contratados con bajas tarifas. Ello se debe a que los defensores aducen que esto requiere grandes sumas de dinero y que pocas personas pueden costearlo.

Lo anterior se agrava, si se considera que existe en Guatemala una cultura que muchas veces es contraria a la protección de los derechos. El derecho a permanecer en libertad mientras el juicio se encuentra pendiente, por ejemplo, no está siendo debidamente garantizado, pues 50,6% de detenidos están en esta situación jurídica. Este derecho es afectado por una cultura fiscal y judicial proclive a la prisión y es avalado desde el Poder Legislativo que impulsa reformas al Código Procesal Penal y otras leyes, ordenando que en determinados delitos sea obligatoria la prisión preventiva.

Asimismo, existe una cultura criminalizadora que violenta el derecho a ser presumido inocente, verificada en la prisión preventiva y en el abordaje de los medios de comunicación respecto de la situación de las detenidas y los detenidos. Muchas personas, incluso, son expuestas públicamente por la Policía Nacional Civil sin que la judicatura verifique si este derecho ha sido respetado.

A esto se suma que existe una cultura de defensa penal pasiva, tanto desde el servicio público como en la defensa privada, es decir, las defensoras y los defensores se limitan a cuestionar las aseveraciones que provienen del Ministerio Público, sin incorporar una versión propia de los hechos en litigio.

En tercer lugar, existen limitaciones institucionales que terminan incidiendo en la efectividad de la defensa. En efecto, para prestar el servicio gratuito de defensa técnica, el Estado de Guatemala creó el Instituto de la Defensa Pública Penal, el cual tiene la misión de auxiliar a quienes no quieran o no puedan nombrar a un abogado de su confianza. El servicio que presta dicha institución es valorado y se reconoce que los defensores tienen buena preparación teórica y práctica, porque cuentan con servicio de traductores para personas indígenas y utilizan recursos como el peritaje de género o el peritaje cultural para probar la inocencia de sus defendidos –mujeres y personas indígenas– en los casos correspondientes. Sin embargo, aún existen importantes obs-

táculos para superar, principalmente en relación con la cantidad de profesionales con que cuenta este servicio público, pues entre abogados de planta y de oficio suman 329 en total; esta cantidad representa 1,49 defensores públicos por cada cien mil habitantes, cifra muy inferior al 10 que representa la cantidad de fiscales por cada cien mil habitantes. Otra carencia esencial es la capacidad de atención personalizada al imputado o acusado y la posibilidad de generar una propia investigación, la cual tiene dos aristas: al haber pocos defensores, la carga de trabajo de cada uno es de 40 a 65 casos por persona y apenas tienen en su auxilio tres asesores en investigación; asimismo, muchos defensores toman la defensa penal de las personas sin conocer a fondo cada caso particular y ello está ligado al sistema de turnos, evidenciándose principalmente en las audiencias de primeras declaraciones.

Algo similar ocurre con el acceso a la información puesto que las personas detenidas no cuentan plenamente con información sobre sus derechos desde el momento mismo de su captura (considerando que la captura por flagrancia es la principal vía de ingreso de las personas al sistema penal) porque la Policía Nacional Civil no cuenta con una cartilla de derechos para leerles a las personas o protocolos establecidos para actuar; además, en el marco de un país pluricultural y plurilingüe, las audiencias se desarrollan todas en español y para una persona cuyo idioma materno no es este, el servicio de traductores es importante, pero no llena absolutamente las necesidades.

7. Recomendaciones

1. Promover un mayor compromiso entre las autoridades de todas las instituciones que se relacionan con la defensa penal efectiva para que vele por que el personal a su cargo cumpla con los parámetros internacionales y nacionales de defensa judicial efectiva.
2. Realizar, por parte de todas las organizaciones académicas y de derechos humanos, de forma permanente, concienciosa y técnica, un monitoreo del sistema de justicia penal con enfoque de derecho de defensa de las personas durante todas las etapas del proceso penal.
3. Fortalecer la institución de la defensa penal, principalmente representada por el Instituto de la Defensa Pública Penal, posicionándola estratégicamente y dotándola de más recursos y mejores herramientas para ejercer su labor. Esto se traduce en que la política criminal que establezca no faculte mayores límites al derecho de defensa, atando a los jueces y a los propios defensores en sus tareas de defender los derechos de las personas.

4. Promover la especialización técnica en defensa penal de las abogadas y los abogados que realizan esta labor, comprendiendo que este es un ejercicio en el que están en juego derechos fundamentales de las personas.
5. Fomentar en las universidades y otros centros académicos la oferta de cursos teórico-prácticos tendentes al desarrollo de herramientas útiles para que las y los profesionales estén en capacidad de hacer cumplir los mandatos constitucionales y legales que se han referido en el presente informe.
6. Promover un cambio en la cultura profesional de los abogados, para transitar de una actitud pasiva en la defensa hacia la construcción de auténticas estrategias de defensa penal en el ámbito forense.

8. Referencias bibliográficas

Ascencio, Jeannette. *Mujeres frente al derecho penal: tránsito de la detención a la privación provisional de libertad*. Informe de investigación inédito. Ciudad de Guatemala: ICCPG, 2013.

Comisión de Esclarecimiento Histórico. *Guatemala, memoria del silencio*. 12 tomos. Guatemala: CEH, 1999.

Cordón, María Antonieta y otros. *Observatorio de justicia penal juvenil en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: ICCPG, 2011.

García Barrachina, María Jesús, Morán, Ana Lucía y Canteo Patzán, Mario Antonio. *Respuesta del Estado a las denuncias por tortura en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: ICCPG, 2009.

Jiménez Felipe, Eulalia. *Linchamientos: violencia estatal y violencia social*. Ciudad de Guatemala: ICCPG, 2013.

Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala. *Observatorio guatemalteco de cárceles. Segundo informe 2005-2007*. 2007.

Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, Instituto de Estudios Compartidos en Ciencias Penales de Guatemala. *Observatorio de Cárcel*. Primer Informe del Observatorio guatemalteco de cárceles. 2004.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Guatemala: Diversidad étnico-cultural*. Informe Nacional de Desarrollo Humano, PNUD, 2005.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Guatemala: ¿un país de oportunidades para la juventud?* Informe Nacional de Desarrollo Humano, PNUD, 2011/2012.

Quim Kam, Juan Santiago. *Hacia el pluralismo jurídico en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: ICCPG, 2013.

Ramírez García, Luis R. “La reforma de la justicia penal en Guatemala. Aportes para una evaluación”. *Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad*, 25, Separata 4, 2006.

Ramírez García, Luis R. (coord.). “Observatorio de Justicia Penal”. *Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad*, 27, 2007.

Samayoa Sosa, Héctor Oswaldo. *Apuntes para un debate penitenciario en Guatemala*. Informe de investigación inédito. Ciudad de Guatemala: ICCPG.

Ana Aguilar García
Gregorio González
Nava

CAPÍTULO 7. MÉXICO¹

1. Introducción

1.1. Información demográfica y política básica

México² tiene una superficie de 1.964.375 km² y una población de 112 millones 336 mil habitantes, de los cuales seis de cada 100 hablan una lengua indígena. Se calcula que en el país existen alrededor de 53 pueblos indígenas.³

Es una república laica, representativa y democrática compuesta por 31 estados y un distrito federal (capital). Las 32 entidades federativas poseen estructuras de gobierno y leyes propias, por lo que se constituyen como estados libres y autónomos, que unidos conforman una federación. El ejercicio del poder federal se divide entre el Poder Ejecutivo, representado por el presidente; el Poder Legislativo, ejercido por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores; y el Poder Judicial. Esta misma estructura se refleja a nivel estatal.⁴

El Distrito Federal (en adelante DF), también conocido como Ciudad de México, tiene un territorio de 1.495 km² (menos del 0,1% del territorio nacional) y

¹ Este capítulo fue revisado por Miguel Sarre Iguíniz, a quien agradecemos sus valiosas observaciones. En la investigación y conclusión del capítulo participaron Patricia Villa Berger y Philippa Ross. Este reporte se concluyó en una primera fase en octubre de 2013 y fue revisado por última vez en septiembre de 2014.

² El nombre oficial es Estados Unidos Mexicanos.

³ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, INEGI 2010.

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CPEUM, arts. 40, 41, 43 y 44.

una población total de 8.851.080, lo que lo ubica como la segunda entidad federativa con mayor número de habitantes. La zona metropolitana de la Ciudad de México alberga a una población de 20.116,842 habitantes.⁵

Por otro lado, el estado de Baja California tiene un territorio de 71.450 km² (3,6% del territorio nacional) y una población de 3.155.070 habitantes, de la cual el 92% es urbana.⁶

1.2. Descripción general del sistema de justicia penal

En el momento de escribir este reporte, la competencia de legislar en materia penal correspondía a los estados y a la federación. Sin embargo, el 5 de marzo de 2014 se publicó el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP),⁸ que derogará gradualmente todos los códigos procesales penales hasta convertirse en el único ordenamiento aplicable con fecha límite al 18 de junio 2016.⁹

El “Índice sobre el Estado de Derecho 2012-2013”, elaborado por el World Justice Project, reporta que México obtuvo una calificación de 0,35/1,00 en el rubro de justicia penal. Así, ocupa el lugar 91 de entre 97 países analizados a nivel global, y el lugar 13/16 a nivel regional.¹⁰

Actualmente existen dos sistemas vigentes de justicia penal, el inquisitivo o tradicional y el acusatorio.¹¹ El texto constitucional que en 2008 introdujo el sistema acusatorio provocó un marco jurídico diferenciado transitorio. Así, quienes son juz-

⁵ INEGI 2010.

⁶ *Ibid.*

⁷ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, CPPDF, arts. 313-331 y Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, CPPBC, arts. 209-385.

⁸ Véase el CNPP, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 5 de marzo de 2014. Disponible en: <http://goo.gl/SRHaAD>.

⁹ CNPP, artículo segundo transitorio. Este código es producto, a su vez, de la reforma constitucional al artículo 73, f. XXI que da facultad al Congreso de la Unión para emitir legislación penal única aplicable para la federación y los estados. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5317162&fecha=08/10/2013.

¹⁰ Agrast et ál. 2013, p. 114.

¹¹ El artículo segundo transitorio de la reforma constitucional de 2008 obliga a la federación y a todas las entidades federativas a reformar el sistema de justicia penal tradicional para transitar a un sistema de justicia penal acusatorio, dentro del plazo de ocho años a partir del 19 de junio de 2008. La federación y los estados tienen la autonomía para decidir cuándo transitarán al sistema acusatorio contemplado en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

gados en estados donde todavía rige el sistema inquisitivo tienen derechos distintos en el proceso penal, con respecto a quienes son juzgados bajo el sistema acusatorio.¹²

Al día de hoy, 16 estados han comenzado a implementar el sistema acusatorio. El estudio contempla los dos sistemas vigentes. Para esto, nos concentraremos solamente en dos entidades federativas: el Distrito Federal, por ser la capital y la ciudad más importante del país con sistema de justicia penal tradicional vigente,¹³ y Baja California, por ser una de las pioneras en la implementación del sistema de justicia penal acusatorio, en su capital Mexicali.¹⁴

Adicionalmente, en algunas secciones se hará referencia a la defensa penal en material federal. Aunque este ámbito de competencia no forma parte de los objetivos originales de este reporte, la investigación empírica arrojó datos importantes que no pueden pasar desapercibidos.

La información provista en este estudio está basada, en primer lugar, en un análisis legal y jurisprudencial que engloba todos aquellos derechos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, la Constitución), y la legislación interna y criterios judiciales que garantizan una defensa penal efectiva. En segundo lugar, en reportes, estudios de investigación, estadísticas oficiales e información pública. Por último, en entrevistas llevadas a cabo de enero a octubre de 2012 con una académica, dos jueces, tres defensores privados, dos ministerios públicos y dos abogados de organizaciones civiles; dos grupos de enfoque con defensores públicos de cada estado (con cinco defensores, en ambos casos); y un cuestionario aplicado a 20 personas en prisión preventiva del estado de Baja California.

¹² Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia n.º 162669, novena época, primera sala, S.J.F. y su gaceta, tomo XXXIII, marzo de 2011, p. 17.

¹³ El 22 de julio de 2013 se publicó el Código Procesal Penal del Distrito Federal que implementa el sistema acusatorio. Entrará en vigor el 1º. de enero de 2015, parcialmente, y estará vigente totalmente hasta el 15 de junio de 2016.

¹⁴ Baja California, además, fue elegido por ser un estado caracterizado por tener sistemas de transparencia y acceso a la información más accesibles que los tres estados donde se ha implementado la reforma en la totalidad de su territorio. Igualmente, era un estado con condiciones políticas y de seguridad apropiadas para desarrollar la investigación. Algunos impulsores del sistema acusatorio refieren que Baja California es un referente en la implementación del sistema de justicia penal.

1.3. *El proceso penal y sus etapas*

A continuación se detallará el proceso penal ordinario en cada uno de los estados analizados para este estudio.¹⁵

1.3.1. Distrito Federal (sistema tradicional)

El proceso penal inicia con la noticia criminal¹⁶ –denuncia o querella– ante el Ministerio Público (en adelante MP).¹⁷ El proceso puede comenzar con una persona detenida en flagrancia o caso urgente,¹⁸ o bien en contra de una persona no detenida. La investigación previa a la fase judicial consiste en una investigación llevada a cabo por el fiscal, denominada averiguación previa (en adelante, AP). Cuando existe persona detenida, el fiscal tiene 48 horas para ordenar su libertad o llevar el caso a la autoridad judicial. Cuando la persona no está detenida, el fiscal puede solicitar una orden judicial de aprehensión o comparecencia para presentarla ante el juez con el fin de que este resuelva su situación jurídica.¹⁹

El MP tiene la facultad de investigación en materia penal, para lo cual puede solicitar el auxilio de la policía de investigación y de otras corporaciones policiales –estatal y federal– en el ejercicio de sus facultades.²⁰

Si el fiscal decide poner a disposición del juez, este dispone, dentro del “plazo constitucional” de 72 horas –o 144 en caso de que la defensa solicite la duplicación–, si la persona debe ser sujetada a proceso y si la enfrentará en libertad o en prisión preventiva.²¹

¹⁵ En ambos estados existe un procedimiento abreviado y un conjunto de salidas alternas del proceso penal que no fueron objeto de análisis en el presente estudio.

¹⁶ CPPDF, art. 262.

¹⁷ En algunos estados de la república, la institución encargada de perseguir los delitos se denomina Procuraduría y/o Ministerio Público o Fiscalía. Y a los fiscales se les llama “ministerio público”, “agente del Ministerio Público” y/o “MP”.

¹⁸ CPPDF, arts. 267 y 268.

¹⁹ CPPDF, art. 286 bis.

²⁰ CPEUM, art. 21.

²¹ CPPDF, art. 297.

Dentro del plazo constitucional indicado, tanto el MP como la defensa tienen la oportunidad de presentar pruebas al juez,²² y la persona imputada puede ejercer su derecho a declarar o a guardar silencio.²³

Dictado el auto de plazo constitucional, el juez da paso a la etapa de instrucción, donde las partes presentarán todas las pruebas disponibles para determinar la responsabilidad de la persona imputada.²⁴

Una vez concluida la etapa de instrucción, el juez requiere a las partes para que presenten sus “conclusiones”.²⁵ Despues, el juez cita a las partes a una “audiencia de vista” donde pueden presentar sus alegatos finales oralmente o por escrito.²⁶ Dentro de los siguientes 30 días, el juez debe pronunciar sentencia.²⁷ La sentencia que dicta el juez debe contener los razonamientos por los cuales quedó demostrada la responsabilidad de la persona imputada, entre otros señalados por la ley.²⁸

1.3.2. Baja California (sistema acusatorio)²⁹

De igual manera, el proceso penal acusatorio inicia con la noticia, ya sea por denuncia o querella.³⁰ Si una persona es detenida en flagrancia o por caso urgente,³¹ quien detiene debe llevarla inmediatamente ante el fiscal, que dentro del plazo de 48 horas

²² *Idem.*

²³ CPPDF, art. 290.

²⁴ CPPDF, art. 314.

²⁵ El ministerio público puede presentar conclusiones no acusatorias. Véase CPPDF, art. 315.

²⁶ CPPDF, art. 325.

²⁷ CPPDF, art. 329.

²⁸ Por ejemplo, la naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla; la magnitud del daño causado; las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho; la forma y el grado de intervención del sentenciado; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo; las características generales y sociales del sentenciado; sus condiciones fisiológicas y psíquicas; las circunstancias del activo y el pasivo, antes y durante la comisión del delito como violencia o abuso de poder; y, por último, las demás circunstancias especiales que sean relevantes. Véase CPPDF, art. 72.

²⁹ El sistema acusatorio entró en vigor en el municipio de Mexicali el 11 de agosto de 2010. Por Decreto 196 se determinó que en el municipio de Ensenada entraría en vigor el 11 de agosto de 2014 y para los demás municipios del estado de Baja California, el 11 de agosto de 2015.

³⁰ CPPBC, art. 209.

³¹ Tanto en el artículo 16 de la Constitución como en el artículo 275 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y en el artículo 164 de Baja California, se entiende caso urgente cuando: se trata de un delito grave en el que existe un riesgo fundado de que el indiciado puede sus traerse de la acción de la justicia y que, por el tiempo, lugar o circunstancia, el Ministerio Público

deberá decidir si judicializa o no el caso. De hacerlo, la persona es presentada ante un juez de control, quien inmediatamente determina la legalidad de su detención.³² Si el juez la declara legal, el fiscal debe formular cargos. Si la persona bajo investigación no fue detenida en flagrancia o caso urgente, su proceso penal inicia con la audiencia de formulación de imputación.³³

Concluida la audiencia de formulación, el fiscal solicita la vinculación a proceso. Para ello, la defensa puede solicitar que la audiencia se lleve a cabo dentro del plazo constitucional de 72 o 144 horas para tener la oportunidad de generar pruebas. Si es el caso, entonces, en el día y hora señalada, las partes regresan a audiencia para presentar la evidencia con la que cuentan, y el juez decide si vincula o no a proceso a la persona imputada. Enseguida, el MP solicita las medidas cautelares que considere más idóneas a la situación de cada persona imputada, con la oportunidad para la defensa de contraargumentar.³⁴

Si la defensa no se acoge al plazo constitucional, el juez decide sobre la vinculación en la misma audiencia y, enseguida, el Ministerio Público solicita la medida cautelar.³⁵

Una vez dictada la vinculación a proceso, el juez fija un plazo para cerrar la investigación.³⁶ Concluida esta, el fiscal formula la acusación o solicita el sobreseimiento (desechamiento) de la causa o la suspensión del proceso a prueba.³⁷ Si formula acusación en contra de la persona imputada, el juez llama a las partes para una audiencia intermedia, donde se ofrecen y admiten las pruebas y depuran los hechos controvertidos que son debatidos en el juicio oral.³⁸ Hasta antes de la declaración de apertura al juicio oral, y para algunos tipos de delito, la persona imputada puede convenir con

no puede concurrir inmediatamente ante la autoridad judicial. CPEUM, art. 16 y CPPBC, art. 164.

³² CPPBC, art. 162 y CPPBC, art. 166. Esta garantía del sistema acusatorio está conforme con el parámetro internacional de derechos humanos, pues la Convención Americana indica que toda persona privada de su libertad tendrá derecho a acudir ante un juez competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su detención y ordene su libertad, si la detención fuere ilegal. Véase CADH, art. 7.6. De igual forma, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

³³ CPPBC, art. 275.

³⁴ CPPBC, art. 283.

³⁵ *Idem.*

³⁶ CPPBC, art. 286.

³⁷ CPPBC, art. 288.

³⁸ CPPBC, art. 300.

la víctima la terminación del procedimiento mediante una salida alterna o una forma diversa de terminar con el proceso.³⁹ Una vez concluida la audiencia intermedia, el juez ordena la apertura del juicio oral.⁴⁰

El juicio oral es llevado a cabo por un tribunal de juicio oral conformado por tres jueces distintos a los que conocieron las etapas previas al juicio.⁴¹ Una vez recibida la instrucción de apertura, el tribunal señala día y hora en que se desarrollará la audiencia.⁴² Dentro de la audiencia del juicio oral, las partes presentan sus argumentos de apertura, desahogan las pruebas y exponen los argumentos de clausura.⁴³ El juez o jueces deliberan y citan a las partes para dictar sentencia y fijar la fecha de la audiencia de individualización de la pena.⁴⁴

1.4. Índices de criminalidad y población penitenciaria

El 57% de los mexicanos considera que la inseguridad es el problema que mayor preocupación les causa. En Baja California, el 51% de sus habitantes se siente inseguro, mientras que en el DF la proporción asciende al 73%. Las principales actividades cotidianas que dejaron de hacer las personas en Baja California y el Distrito Federal por temor a ser víctimas de un delito fueron: permitir que sus hijos menores de edad salieran, usar joyas y llevar dinero en efectivo. La percepción nacional de llegar a ser víctima de un delito es del 75% del total de la población, en Baja California es del 74% y en el DF del 84%.⁴⁵

De acuerdo con la estadística del Sistema Nacional de Seguridad Pública en el año 2012, a nivel nacional se denunciaron 125.328 delitos federales, de los cuales 37.714 fueron delitos relacionados con la posesión y el tráfico de drogas;⁴⁶ y en las entidades

³⁹ CPPBC, art. 196.

⁴⁰ CPPBC, art. 315.

⁴¹ CPPBC, art. 317. El CNPP prevé que uno o tres jueces pueden conformar el tribunal de juicio oral.

⁴² CPPBC, art. 318.

⁴³ CPPBC, arts. 316-370.

⁴⁴ CPPBC, art. 380.

⁴⁵ INEGI 2013.

⁴⁶ Secretario Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública 2012b. Los delitos relacionados con la posesión y el tráfico de drogas comprenden la suma de los delitos del CPF en el rubro de producción, transporte, tráfico, comercio, suministro y posesión en contra de la salud; de la Ley General de Salud en el rubro contra la salud, en su modalidad de narcomenudeo, y de la LFCDO en el rubro contra la salud.

federativas se registraron 1.702.150 denuncias por delitos del fuero local o común, de las que 108.682 se presentaron en Baja California y 179.146 en el Distrito Federal.⁴⁷

En 2010 se presentaron 2.130 denuncias por cada 100 mil habitantes en el Distrito Federal y 3.886 en Baja California. El delito más recurrente en ambos estados fue el robo; en el DF correspondió al 52% de las denuncias y en Baja California al 55,9%.⁴⁸ La tasa de crecimiento anual de denuncias presentadas de 2009 a 2010 fue del 3% en el Distrito Federal y del -9% para el estado de Baja California.⁴⁹

Durante el año 2012, el 32% de los hogares a nivel nacional fue víctima de un delito. Tanto en Baja California como en el Distrito Federal correspondió al 39%. La tasa nacional de prevalencia delictiva fue de 27.337 víctimas por cada 100 mil habitantes, mientras que en el Distrito Federal fue de 31.675 y en Baja California de 36.579.⁵⁰

Actualmente, uno de los datos más relevantes con respecto a la incidencia delictiva es la llamada “cifra negra”.⁵¹ A nivel nacional, en 2012, esta cifra alcanzó el 92%. En el Distrito Federal fue del 92% y en Baja California alcanzó el 84%. Los principales motivos por los que las personas no denuncian la comisión de un delito tienen que ver con que lo consideran una pérdida de tiempo o existe desconfianza en la autoridad.⁵²

Con respecto a la población penitenciaria, de acuerdo con información oficial disponible a enero de 2013, el número total de personas privadas de libertad era de 242.754; de las cuales, el 4,8% eran mujeres y el 95,2% hombres; 193.194 correspondía a la población del fuero común y 49.560 al fuero federal. La tasa promedio era de 207 personas privadas de libertad por cada 100 mil habitantes. El número total de personas en prisión preventiva era de 100.304 que equivale al 41,3% del total de la población penitenciaria. En el DF había un total de 7.477 personas en prisión preventiva, lo que equivale al 18% de la población penitenciaria total de la entidad. En Baja California existían 7.305 personas en esa situación, lo que representa el 44,4%.⁵³

Otro dato interesante respecto a las personas indígenas fue que, hasta julio del año 2012, un total de 8.530 estaban en prisión, 7.715 por delitos locales y 815 por

⁴⁷ Secretario Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública 2012a.

⁴⁸ México Evalúa 2009, p. 13.

⁴⁹ Rivera y CH 2011, p. 7.

⁵⁰ INEGI 2013.

⁵¹ Índice de impunidad calculado de acuerdo con el porcentaje de delitos por los que se ha iniciado una investigación y el porcentaje de los que han alcanzado una sentencia condenatoria.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Secretaría de Gobernación 2013.

delitos federales. Del total, 3.126 estaban en prisión preventiva y el resto se encontraba cumpliendo una sentencia definitiva.⁵⁴

2. Sistema de defensa penal

Por mandato constitucional, toda persona, desde el momento de su detención y hasta la ejecución de su sanción, tiene derecho irrenunciable⁵⁵ a ser asistida por un abogado. Por ello, no es posible que una persona pueda defenderse a sí misma, salvo que ella sea abogada.

La defensa penal es ejercida por abogados privados independientes que prestan un servicio remunerado y por abogados públicos proporcionados por el Estado a través de las instituciones de defensoría pública. Los defensores públicos deben representar a cualquier persona que no designe a un abogado privado, independientemente de su condición social. Adicionalmente, existen defensores independientes asociados a bufetes jurídicos de universidades y organizaciones de la sociedad civil que proveen asistencia jurídica gratuita en materia penal.

De acuerdo con la Constitución, la defensa pública debe ser de calidad y gratuita para cualquier persona que la solicite o no tenga defensa privada. Los defensores públicos deben contar con servicio profesional de carrera y su remuneración no puede ser menor que la de los fiscales.⁵⁶ Las 32 entidades federativas y la federación tienen sus propias oficinas de defensoría pública.

En el Distrito Federal, la asistencia legal gratuita se presta a través de la Defensoría de Oficio, que es una unidad administrativa dependiente de la Dirección General de Servicios Legales, adscrita a la Consejería Jurídica y de Servicios Legales, dependencia del Poder Ejecutivo local.⁵⁷

En 2011, la Defensoría Pública del DF otorgó 108.198 asesorías y orientaciones, de las cuales solo 35.150 fueron representaciones en materia penal. En 2012, proporcionó 157.538 asesorías y 40.492 representaciones. Las representaciones provistas

⁵⁴ Comisión Nacional de Derechos Humanos, Comunicado CGCP/223/12, Acceso a un sistema eficaz de justicia de los indígenas.

⁵⁵ CPEUM, art. 20, B, VIII. Derecho que igualmente lo expresa el art. 8.2. e) de la CADH, al decir que es irrenunciable el derecho a ser asistido por un defensor público, cuando este no nombrare defensor privado.

⁵⁶ CPEUM, art. 17, párr. 7º. Sin embargo, esta disposición no se cumple del todo, ya que los ministerios públicos tienen acceso a bonos provenientes de fondos federales que elevan su salario.

⁵⁷ Ley de Defensoría de Oficio del Distrito Federal, arts. 2 y 4.

en 2011 se concluyeron de la siguiente manera: 537 sentencias absolutorias, 9.675 sentencias condenatorias, 266 sobreseimientos,⁵⁸ 3.903 otras causas⁵⁹ y ninguna por algún medio alternativo de justicia. En 2012, los resultados fueron: 1.387 sentencias absolutorias, 21.779 sentencias condenatorias, 305 sobreseimientos, 3.599 otras causas y ninguna causa por medios alternativos de justicia.⁶⁰

La defensoría tiene 304 defensores públicos en materia penal. El ingreso neto de los defensores es de USD 1.073 mensuales para los de la categoría A y de USD 930 para los de la categoría B.⁶¹

En Baja California, la Defensoría Pública depende de la Secretaría General de Gobierno del Poder Ejecutivo.⁶²

En 2012 se prestaron 227.836 atenciones jurídicas, 91.985 asesorías penales y 5.044 causas penales (representaciones); de las últimas, 839 correspondieron a causas penales en la ciudad de Mexicali, la capital de Baja California, donde ya se encuentra vigente el sistema acusatorio. Para 2011, las cifras fueron: 217.195 atenciones jurídicas, 129.611 asesorías penales y 4.858 causas penales, de las cuales 762 fueron del sistema acusatorio.

Las causas penales llevadas en 2012 concluyeron 381 por sentencias condenatorias, 364 por procedimientos abreviados, 17 por juicio oral, 168 por acuerdos reparatorios (medios alternativos de justicia), 17 por suspensión de proceso a prueba y 9 por perdón del ofendido. Con respecto al año de 2011 concluyeron 363 por sentencias condenatorias, 350 por procedimientos abreviados, 13 por juicio oral, 159 por acuerdos reparatorios, 11 por suspensión de proceso a prueba y 12 por perdón del ofendido.⁶³ En 2012, el 99,8% de las sentencias dictadas en primera instancia fueron condenatorias.⁶⁴

⁵⁸ Son las resoluciones por las cuales el juez da por terminado el proceso penal sin que exista un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y tendrá los efectos de una sentencia absolutoria. Los códigos penales y de procedimientos contemplan en diversos artículos las causas en las que procede el sobreseimiento. Véase Código Penal para el Distrito Federal, art. 122 y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, arts. 315, 323, 324 y 363 f. III, 660.

⁵⁹ Revocación del defensor público, muerte de la persona imputada y/o suspensión del procedimiento.

⁶⁰ Solicitud de información con número de folio 0116000068613 a la Consejería Jurídica y de Servicios Legales.

⁶¹ Solicitud de información con número de folio 0116000040213 a la Consejería Jurídica y de Servicios Legales. El tipo de cambio al día consultado fue de 12,71 pesos por un dólar.

⁶² Ley Orgánica de la Defensoría Pública del Estado de Baja California, art. 4.

⁶³ Solicitud de información con número de folio UCT-130912.

⁶⁴ El total de personas sentenciadas fueron 962. Datos relevantes del sistema acusatorio en Mexicali, Baja California, publicados por el Poder Judicial el 2 de agosto de 2012.

De acuerdo con entrevistas realizadas con defensores públicos, las pocas sentencias absolvitorias (dos en la fecha de la entrevista) fueron para abogados privados.

El estado de Baja California cuenta con 98 defensores públicos penales, los cuales en promedio tienen un ingreso neto mensual USD 1.140.⁶⁵ Dieciocho de ellos son expertos en el sistema acusatorio y están asignados al distrito de Mexicali.

De acuerdo con los diversos actores entrevistados, la percepción generalizada sobre la defensa pública es que es ineficiente, debido a la enorme carga de trabajo, la escasez de recursos humanos y financieros, y la falta de capacitación continua. Esto ocasiona que los procesos no se lleven a cabo en los plazos establecidos y, sobre todo, que la defensa no sea adecuada.⁶⁶ Esta misma percepción es compartida por Carlos Mendoza Mora en su análisis costo-beneficio del nuevo sistema de justicia penal en los ámbitos federal y estatal.⁶⁷

No obstante que ambas instituciones comparten los mismos problemas arriba mencionados, la Defensoría Pública de Baja California parece haber contrarrestado de manera importante la percepción negativa sobre ella. En entrevistas con funcionarios locales y un pequeño grupo de personas privadas de libertad, estos consideraron que los defensores públicos son más activos y confiables en el ejercicio de la defensa, a diferencia de lo que ocurría en el sistema inquisitivo.

Uno de los grandes retos de las defensorías públicas en ambos sistemas es su posición en la administración pública, ya que no gozan de autonomía y jerárquicamente se encuentran en niveles orgánicos inferiores a los de las fiscalías dentro del Poder Ejecutivo. En general, no tienen acceso a sus propios peritos e investigadores. Esto resulta relevante, pues en otras entidades federativas, incluso en la federación, los defensores públicos se ven en la necesidad de solicitar dictámenes periciales a las fiscalías.

La Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de las Naciones Unidas recomendó que la Defensoría Pública se independizara del Poder Ejecutivo en todas las entidades federativas, a fin de garantizar el principio de igualdad

⁶⁵ Solicitud de información con número de folio 130330. El tipo de cambio al día consultado fue de 12,71 pesos por un dólar.

⁶⁶ Información empírica recopilada mediante entrevistas con defensores públicos, privados, académicos, jueces y organizaciones civiles.

⁶⁷ “En México los servicios de defensoría pública gratuita y de calidad han sido más excepción que regla en el sistema inquisitivo. Las oficinas respectivas han sido relegadas, su personal no goza de capacitación oportuna ni de salarios dignos y las cargas de trabajo no son razonables [...] Los servicios que se han prestado a los inculpados no se han distinguido por su calidad o eficacia, lo que es un verdadero problema [...].” Mendoza 2012, p. 198.

de armas.⁶⁸ Actualmente existen, en otros estados, algunas buenas prácticas de independencia e igualdad de armas en oficinas de defensorías.⁶⁹

Con respecto a la práctica de la abogacía, es necesario contar con el permiso de la Dirección General de Profesiones,⁷⁰ instancia federal que sistematiza el registro nacional de abogados con dicha autorización. El registro no ofrece información sobre los abogados que ejercen la defensa penal, cuántos casos toma al año, si está capacitado, o si ha sido sancionado por el mal ejercicio de su profesión.

Por otra parte, existen organizaciones de la sociedad civil, bufetes jurídicos universitarios e incluso abogados independientes que proporcionan defensa penal gratuita. Pero hasta ahora no existe registro alguno de quién y qué organizaciones proporcionan este servicio o cuántos casos atienden al año, ello a pesar del fuerte impacto de estas organizaciones de generar importantes criterios jurisprudenciales en la litigación de sus casos.⁷¹

3. Derechos de la persona imputada y su instrumentación

Los derechos humanos del proceso penal mexicano son aquellos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos y resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷² Por jurisprudencia de la SCJN, las restricciones constitucionales a derechos fundamentales prevalecen sobre los derechos convencionales.

⁶⁸ Naciones Unidas 2011, pp. 2 y 16.

⁶⁹ En los estados de Morelos y Nuevo León, las defensorías públicas son organismos descentralizados del Poder Ejecutivo con autonomía propia, patrimonio y cuerpo de peritos. En el estado de Jalisco tienen un Instituto de Ciencias Forenses descentralizado del Poder Ejecutivo, con patrimonio y personalidad jurídica propia que otorga a peritos forenses la autonomía técnica frente a las autoridades que procuran e imparten justicia. En el estado de Guanajuato, la Defensoría Pública tiene su propio cuerpo de peritos especializados en diversas áreas.

⁷⁰ La autorización se expide mediante una cédula de profesión (credencial), la cual es requerida en el proceso penal para acreditarse como abogado. Véase <http://goo.gl/qscZzj>.

⁷¹ Por ejemplo, el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) en el *Caso Acteal*. Disponible en: <http://goo.gl/EqhGaf>; el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez (Centro Prodh) con casos como *Hugo Sánchez Ramírez*, *Campesinos Ecologistas*, *Mujeres de Atenco*, entre otros; y Asistencia por los Derechos Humanos (Asilegal) en los casos *Zenaida Pastrana y Roberto Pastrana*.

⁷² En adelante, cada vez que este reporte se refiera a un derecho humano en particular deberá entenderse como parte del catálogo reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sea su fuente constitucional o internacional. En caso de restricciones constitucionales contra derechos

Este catálogo de derechos con sus restricciones es denominado “parámetro de control de regularidad constitucional”, que es la fuente del control de convencionalidad, introducido a partir de 2011 al sistema jurídico mexicano.⁷³

3.1. Derecho a contar con información

De acuerdo con el texto constitucional nadie puede ser molestado en su persona sin un mandato escrito firmado por una autoridad competente. Para que una persona pueda ser detenida se requiere una orden judicial a la que preceda la noticia criminal y que existan elementos suficientes para suponer que dicha persona ha estado involucrada en la comisión de un delito; además, esa orden solo puede ser proporcionada si el delito en cuestión tiene una pena privativa de libertad.⁷⁴ La orden por escrito permite conocer la información, fundamentos y razones por las cuales una autoridad detiene a una persona.⁷⁵ La orden puede otorgarse para casos comunes a los que precede una investigación, o bien, previa solicitud de arraigo, figura que permite la detención administrativa de una persona por hasta 80 días en materia federal por delincuencia organizada.

Un estudio reciente sobre personas privadas de libertad en prisiones del Distrito Federal y el Estado de México reportó que al 93,7% de las personas aprehendidas en cumplimiento de una orden de aprehensión, no se les mostró un documento que acreditara la orden del juez en su contra.⁷⁶

3.1.1. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas del arresto o detención y los derechos que emanen de esa situación

De acuerdo con el texto constitucional, toda persona tiene derecho a que le informen los hechos que le imputan y los derechos que le asisten desde el momento de la detención hasta su comparecencia ante el MP⁷⁷

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) también señala que nadie puede ser privado de la libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas en la Constitución de cada país; además dice que nadie puede ser

humanos reconocidos en tratados internacionales, se hará notar el conflicto puntualmente. Véase contradicción de tesis 293/2011. Disponible en: <http://goo.gl/M4BmPp>.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ CPEUM, art. 16, 1º, 3º.

⁷⁵ CPEUM, art. 16, 8º.

⁷⁶ Bergman y Azaola 2013, p. 35.

⁷⁷ CPEUM, art. 20.

sometido a detenciones arbitrarias y cuando se detenga o retenga a una persona deberá ser informada de las razones de su detención y de los cargos formulados contra ella.⁷⁸

En el Distrito Federal, una vez que una persona es detenida y presentada ante el MP, este debe entregarle una “carta de derechos” en la que se enuncian los derechos que le asisten según las distintas disposiciones constitucionales y legales en materia de debido proceso. La persona detenida debe firmar o asentar su huella digital en el documento como señal de que entiende qué derechos le asisten. Además, de acuerdo con disposiciones de carácter administrativo, se deben colocar carteles a la vista del público e imprimir y distribuir folletos impresos donde se detalle el contenido de la carta de derechos.⁷⁹

En Baja California, la Secretaría de Seguridad Pública cuenta con un documento parecido, fundado en una disposición del Código Procesal Penal⁸⁰ que obliga a registrar las actuaciones policiales. Igualmente, los fiscales cuentan con un proceso de lectura de derechos. Conforme con las entrevistas con personas en prisión preventiva en el estado de Baja California, una de ellas refirió que tuvo conocimiento de sus derechos mediante un cartel que vio en las oficinas de la Fiscalía cuando estaba detenida.

En la realidad, la presentación y firma de la “carta de derechos” se ha convertido en una actuación de trámite después de la cual no existe ninguna práctica que permita verificar si la persona efectivamente ha entendido o no sus derechos, y cómo hacerlos valer. Esta omisión tiene un fuerte impacto en la defensa a la que pueden acceder las personas desde el momento de su detención o comparecencia. La carta, además, está redactada en un lenguaje jurídico ininteligible para quienes no son abogados.

La falta de información efectiva sobre los derechos que tiene una persona en el momento de su detención material por parte de la policía, impacta su capacidad de solicitar un abogado inmediatamente. De acuerdo con abogados públicos y privados del Distrito Federal entrevistados, el tiempo que transcurre entre la detención material y la puesta de la persona bajo la responsabilidad del fiscal muchas veces es utilizado por la policía para incomunicar, intimidar y, en el peor de los casos, para infligir tratos crueles, inhumanos y degradantes, o tortura.⁸¹ Esta información es confirmada

⁷⁸ CADH, arts. 7.2-7.4; PIDCP, arts. 9.1-9.2.

⁷⁹ Procuraduría General del Distrito Federal 2011, p. 5.

⁸⁰ CPPBC, art. 273.

⁸¹ La Convención Americana prohíbe estas prácticas al señalar que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Véase CADH, art. 5.2, y PIDCP, conforme a los numerales 7 y 10.1.

con las últimas observaciones generales del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas.⁸²

Entre 2002 y 2009 aumentó la cifra de detenidos que denunciaron humillaciones y golpes, mayoritariamente por parte de la Policía Judicial, y el 94% de los internos declararon que cuando los detuvieron, los llevaron a un módulo policial. También se sostiene que al 92% de los detenidos no les explicaron la diferencia entre la fase de acusación y la de juicio, y a un 70% no les informaron de su derecho a hacer una llamada telefónica. Hallazgos que arrojó la Encuesta con población en reclusión en el Distrito Federal y el estado de México.⁸³

El impacto de no saber que se tiene derecho a un abogado desde el momento de la detención tiene consecuencias importantes en la defensa adecuada durante la fase de AP en el DF. De acuerdo con las entrevistas realizadas, una vez que la persona detenida está bajo custodia del fiscal, no existe una regla sobre en qué momento –dentro del plazo de 48 horas que como máximo puede estar la persona bajo detención administrativa– puede tener acceso a un abogado defensor, a pesar de que la Constitución indica que debe ser “inmediatamente”.

Sobre este derecho en particular, el Estado mexicano fue sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores* por haber excedido el tiempo de detención y no haber puesto a los quejosos inmediatamente a disposición del juez para determinar la legalidad de su detención.⁸⁴ De igual forma, estableció que “la información de los motivos y las razones de la detención debe darse ‘cuando esta se produce’, lo cual constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo”. Esta información, además, debe darse en un lenguaje simple, libre de tecnicismos; no basta mencionar las bases legales de la detención.⁸⁵

⁸² Comité contra la Tortura 2012.

⁸³ Bergman y Azaola 2013, p. 9.

⁸⁴ “[...] Excediendo el término establecido en la Convención Americana, que claramente exige la remisión ‘sin demora’ ante el juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales sobre control de la libertad. Al respecto, la Corte reitera que en zonas de alta presencia militar, donde los miembros de la institución militar asumen control de la seguridad interna, la remisión sin demora ante las autoridades judiciales cobra mayor importancia con el fin de minimizar cualquier tipo de riesgo de violación a los derechos de la persona”. Corte IDH, 26 de octubre de 2010, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Serie C, No. 220, párr. 102.

⁸⁵ *Ibid.* párr. 105.

De acuerdo con abogados litigantes en el Distrito Federal, el fiscal “decide” cuándo le da acceso al defensor, bien en el momento en que el abogado se hace presente, bien hasta que se toma la declaración de la persona detenida, o se asienta constancia de que ejerce su derecho a guardar silencio. Esto puede ocurrir en cualquier momento dentro de las 48 horas.

3.1.2. Derecho del fiscal o Ministerio Público a acceder a la investigación

De acuerdo con la Constitución, al defensor y a la persona imputada les deben ser facilitados todos los datos que soliciten para la defensa y que consten en el proceso. Esto significa que deben tener acceso a la investigación durante su detención y hasta antes de su primera comparecencia ante el juez. Salvo casos excepcionales establecidos en la ley, este derecho no puede ser restringido.⁸⁶

En Baja California, la ley ordena al fiscal que permita al defensor revisar la carpeta de investigación con la obligación, incluso, de proporcionarle copias de ella. En caso de negativa, el defensor puede acudir al juez para que se suspenda la audiencia respectiva hasta que pueda hacerlo.⁸⁷

En el sistema del Distrito Federal, la práctica indica que el acceso de los defensores a la investigación es limitado y sujeto a la potestad del MP. Por ejemplo, puede ocurrir que demoren demasiado tiempo en integrar nuevas pruebas y documentos a la averiguación previa (AP) para evitar que sean examinados oportunamente por los abogados. Por otro lado, si solicitan acceder a ella, entonces los hacen esperar horas e incluso días, lo que obliga a los defensores a presentar una serie de recursos para que les permitan revisar dichos archivos.

Lo mismo pasa con la obtención de copias certificadas del expediente, solicitud que debe hacerse por escrito, lo cual provoca una demora de días. Muchas veces, los defensores tienen que tramitar un amparo para que se las proporcionen.⁸⁸

En Baja California, esta situación no es tan desfavorable para los defensores públicos, debido a que ellos tienen acceso directo por vía de un sistema interno a toda la carpeta de investigación y en todo momento pueden revisar si se han agregado nuevas pruebas; así mismo tienen la posibilidad de obtener copias escaneadas de todos los documentos. Infortunadamente, los abogados privados no tienen acceso

⁸⁶ CPEUM, art. 20, B, VI.

⁸⁷ CPPBC, art. 148.

⁸⁸ Entrevistas con abogados litigantes. Véase también ABA ROLI 2011, p. 27.

a este sistema, por lo que tienen que recurrir directamente a las oficinas del fiscal y enfrentarse frecuentemente a los obstáculos burocráticos para tener acceso a la carpeta de investigación.⁸⁹

3.1.3. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y causas de la imputación o acusación

La Constitución señala que toda persona imputada tiene derecho a que se le informen los hechos que se le imputan.⁹⁰ Este derecho debe ser cumplido por el MP y por el juez, una vez que la persona ha sido presentada ante ellos. Este derecho incluye el mandato de informar el delito que se imputa, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y, finalmente, que existe la probabilidad de que la persona detenida o imputada lo cometió o participó en su comisión. Igualmente, todo proceso debe seguirse por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de plazo constitucional.⁹¹ Este derecho también es salvaguardado por las legislaciones estatales del Distrito Federal⁹² y Baja California.⁹³

Sin embargo, la entrevista con personas privadas de libertad en Baja California arrojó un dato interesante. Aproximadamente el 50% de ellas expresaron que su defensor no les explicó lo que sucedería en sus audiencias antes de que estas se llevaran a cabo. En materia federal, la encuesta a población en reclusión ya citada refiere que el 43,7% de los encuestados dijo no tener abogado al rendir declaración en la agencia del MP. El 44% manifestó que su abogado no le explicaba lo que estaba pasando durante las audiencias; el 51%, que no recibía consejo de sus abogados antes de las audiencias; y el 39%, que no le explicaba los resultados de los procesos.⁹⁴

Así, aunque la formulación de la imputación es una etapa meramente formal durante el proceso penal que suele llevarse en el tiempo y en la manera que marca la ley, la falta de información de los defensores hacia las personas viola su derecho a ser informado sobre la naturaleza y causas de la imputación.

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ CPEUM, art. 20, B, III. El artículo 14.3 a) del PIDCP garantiza que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser informada de la naturaleza y las causas de la acusación en su contra.

⁹¹ CPEUM, art. 19.

⁹² CPPDF, art. 297.

⁹³ CPPBC, art. 281.

⁹⁴ Centro de Investigación y Docencia Económicas 2012, p. 9.

3.2. Derecho a defenderse y a contar con asistencia legal

3.2.1. Derecho a contar con asistencia legal durante los interrogatorios

Constitucionalmente, la persona imputada tiene derecho a que su defensor esté presente en todas las audiencias y actos procesales que se llevan a cabo durante todo el proceso penal.⁹⁵ Si se demuestra que el defensor no estuvo presente en algún acto procesal, pierde validez probatoria. Debe aclararse que la policía no tiene facultad para interrogar a las personas detenidas o sujetas a investigación. El único que la tiene es el fiscal.

El código procesal penal vigente en el Distrito Federal señala que la persona imputada debe ser asistida por su defensor durante la declaración preparatoria o, en su lugar, por una persona de confianza. La legislación de Baja California señala que desde el momento de su detención y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, la persona tiene derecho a contar con una defensa técnica. No obstante, a la pregunta expresa al grupo de personas en prisión preventiva entrevistadas en el estado de Baja California, el 50% contestó que durante su detención no le informaron que tenía derecho a contactar a un abogado.

De acuerdo con un estudio de investigación, en el momento de rendir su declaración el 70% de los sentenciados dijo que no estuvo presente su abogado, o la persona de confianza.⁹⁶

3.2.2. Derecho a hablar en privado con el abogado defensor

La Constitución establece que las personas imputadas tienen derecho a una defensa adecuada, por parte de un abogado de su elección, a partir del momento de su detención y que comparezca en cada acto del procedimiento judicial. Igualmente, el abogado tiene la obligación de comparecer tantas veces como lo necesite la persona.⁹⁷ Además, todas las comunicaciones privadas que tenga el defensor con su cliente son consideradas confidenciales e inviolables.⁹⁸ La CADH establece expresamente que es

⁹⁵ CPEUM, art. 20, B, VIII.

⁹⁶ Bergman 2007, p. 85.

⁹⁷ CPEUM, art. 20, B, VIII.

⁹⁸ CPEUM, art. 16, párr. 12.

un derecho de la persona imputada poder comunicarse libre y privadamente con su defensor.⁹⁹

El Código de Procedimientos Penales para Baja California consagra expresamente que el imputado tendrá derecho a comunicarse libre y en forma privada con su defensor.¹⁰⁰ Cabe destacar también que en la legislación sobre el ejercicio de profesiones tanto de Baja California¹⁰¹ como del Distrito Federal¹⁰² se establece la obligación de los abogados de guardar estrictamente el secreto de los asuntos que les confieren los clientes.

En el cuestionario aplicado a personas imputadas que se encontraban en prisión preventiva en el estado de Baja California, algunas de ellas expresaron que durante la visita de su defensor se encontraba cerca un custodio u otro agente de autoridad. Esta afirmación es corroborada por un estudio reciente que sostiene que las comunicaciones privadas entre el defensor y su cliente suelen ser difíciles; aun cuando el acceso a los clientes detenidos por lo general está permitido, sigue siendo probable que las conversaciones sean escuchadas, por lo que, para asegurar la privacidad, los abogados suelen tener que realizar pequeños sobornos a los guardias de los centros de detención.¹⁰³

Con base en diversas entrevistas con abogados litigantes tanto del Distrito Federal como de Baja California, no existen mayores obstáculos para hablar con sus clientes en privado cuando estos se encuentran en centros de detención locales –ante el fiscal o en reclusorios-. Todos mencionaron la existencia de locutorios para estos efectos. El problema fundamental es el trámite burocrático por el que deben pasar para obtener el acceso a ellos.

No se puede dejar de mencionar el testimonio de abogados de personas acusadas por delitos federales, quienes informaron que este derecho no se respeta del todo en centros de detención destinados a este tipo de delitos, ya que el acceso a las personas se da a través de un cristal que impide que escuchen adecuadamente, por lo que en ocasiones deben gritar para hacerse oír. Igualmente señalaron que, por razones de

⁹⁹ CADH, art. 8.2. d). Además, la Observación General No. 32 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su párrafo 34 dice: “Los abogados deben poder reunirse con sus clientes en privado y comunicarse con los acusados en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones.”

¹⁰⁰ CPPBC, art. 7.

¹⁰¹ Ley de Ejercicio de las Profesiones para el Estado de Baja California, art. 23, III.

¹⁰² Ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, art. 36.

¹⁰³ ABA ROLI 2011, p. 23.

seguridad, no se les permite entregar directamente documento alguno a las personas detenidas; estos deben pasar un filtro incierto dentro del centro. Con lo anterior, se pierde cualquier expectativa de privacidad y confidencialidad en la comunicación abogado-imputado.

En el DF, este derecho se ve afectado durante las audiencias. La rejilla¹⁰⁴ y el ruido de los juzgados impiden que el abogado tenga un contacto confidencial mínimo con su cliente.

3.2.3. Derecho a una defensa técnica

La Constitución ordena que toda persona imputada tenga derecho a una defensa adecuada por abogado, el cual puede elegir libremente y desde su detención.¹⁰⁵ En caso de no hacerlo, el Estado está obligado a proporcionarle un defensor público.¹⁰⁶ La reforma constitucional de 2008 estableció un nuevo estándar de defensa técnica, pauta constitucional que puede ser considerada incluso más favorable que la Convención Americana, al exigir que sea un abogado el que la lleve a cabo.¹⁰⁷ La Corte Interamericana, al respecto, considera que “el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partície de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena”.¹⁰⁸

Como se mencionó al inicio, la reforma constitucional de 2008 provocó un régimen diferenciado de debido proceso para el sistema inquisitorio y acusatorio, respectivamente. En el texto vigente para estados sin reforma, la defensa penal podía ser ejercida por un abogado, por la propia persona o por una persona de confianza. Sin embargo, recientemente, la Suprema Corte determinó que, tratándose del derecho a una defensa adecuada, esta debe entenderse con la más amplia protección, es decir que debe ser ejercida por un abogado, independientemente del texto constitucional

¹⁰⁴ Sobre este tema, véase apartado “3.4.5. Derecho a ser juzgado en audiencia pública por un tribunal independiente e imparcial”.

¹⁰⁵ “[...] la legislación nacional debe evitar excluir cualquier posibilidad de que una persona se defienda en un proceso penal sin la asistencia de un abogado”. Comité de Derechos Humanos 2007, párr. 37.

¹⁰⁶ CPEUM, art. 20, B, VIII.

¹⁰⁷ CADH, art. 8.2. d) “[...] derecho del imputado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección [...]”. El PIDCP lo garantiza en su artículo 14.3 d).

¹⁰⁸ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2010, párr. 154.

vigente y, en consecuencia, aquellas actuaciones que se llevaron a cabo sin la asistencia de un abogado defensor no pueden ser consideradas por el juez para determinar la responsabilidad del imputado.¹⁰⁹

En el Distrito Federal existen defensores públicos adscritos a las agencias del MP. Cuando una persona es detenida en flagrancia, debe de ser llevada inmediatamente al MP. En el momento que la persona es presentada ante este, él mismo notifica al defensor público para que lo asista. En la práctica, la notificación al defensor público sucede tiempo después de que la persona llegó al Ministerio Público. En estos casos, la persona detenida no tiene oportunidad de escoger a su defensor, ya que la asignación corresponde al sistema de turnos de los defensores. Además, el defensor asignado en el MP es distinto al defensor que lo representará en el proceso penal, pues cuando la persona es presentada ante juez, le asignarán un nuevo defensor público adscrito al juzgado donde se llevará a cabo su proceso. Si la sentencia en primera instancia no favorece al imputado y recurre el fallo al tribunal superior, entonces, nuevamente le asignan a otro defensor público que esté adscrito al tribunal de segunda instancia.

En Baja California es distinto, pues existe un acuerdo institucional entre la Procuraduría General de Justicia y la Defensoría Pública. Cuando una persona es presentada ante fiscal, inmediatamente después se notifica por correo electrónico y/o teléfono a la Defensoría Pública. A partir de ese momento, los defensores públicos tienen acceso electrónico a la carpeta de investigación de la persona detenida. Cuando se trata de defensores privados, el Ministerio Público notifica vía telefónica; pero para tener acceso a la investigación, es necesario que acudan directamente a las oficinas de la Procuraduría y se enfrenten a los trámites burocráticos.

Defensores públicos y privados del Distrito Federal refieren que durante las primeras horas de la detención es difícil que a las personas imputadas les permitan realizar una llamada telefónica para hablar con sus familiares o su abogado de confianza. Comúnmente, solo hasta que el MP recaba suficiente información y cuenta con elementos para judicializar la causa, entonces permiten hacer una llamada a la persona detenida. Además, señalan que ese lapso de tiempo en que el MP deja en incomunicación a la persona detenida es trascendental para desarrollar una estrategia de defensa.

En Baja California, la experiencia es distinta pues los defensores públicos refieren que a las personas detenidas sí les permiten realizar llamadas inmediatamente. En su opinión, es raro que se pueda dar una incomunicación, gracias al sistema informático

¹⁰⁹ Versión taquigráfica de las sesiones públicas ordinarias del pleno de la SCJN, celebradas los días 3, 4, 6 y 10 de junio del 2013. Disponibles en: <http://goo.gl/EGyzuG>.

de interconexión con que cuenta el fiscal que permite dar aviso inmediato a la Defensoría Pública.

No obstante, en el mismo estado, solo el 40% de las personas en prisión preventiva preguntadas refirieron que el Ministerio Público les permitió hacer una llamada y el 75% mencionó haber visto por primera vez al abogado en la primera audiencia ante el juez.

3.2.4. Derecho a una defensa adecuada en la fase de ejecución penal

La reforma constitucional de 2008 incluyó un nuevo régimen de ejecución penal ya vigente en todo el país. Este crea la figura del “juez de ejecución” y un sistema penitenciario organizado sobre la base del respeto a los derechos humanos.¹¹⁰ La defensa adecuada no es la excepción.

A partir de este cambio, cada estado debió expedir leyes en la materia. Sin embargo, en el momento de escribir este documento se discuten proyectos de una ley nacional única que será aplicable en todo el país. Existe consenso en que esta garantice el derecho de defensa en esta fase del proceso penal.

De acuerdo con un juez penal del sistema acusatorio entrevistado, en la etapa de ejecución los defensores deben procurar justicia, es decir, hacer valer ante el juez el conteo exacto de los días que permanecerá la persona imputada en reclusión, el día preciso en que comenzó a tomarse en cuenta el cómputo, considerar la racionalidad de la pena y aportar elementos para que el cumplimiento de la pena sea puntual. Además, durante las audiencias de ejecución debe prevalecer el debate en el otorgamiento de beneficios.

El juez también señaló que el defensor tiene la responsabilidad de saber en qué momento se actualizan las condiciones para que el interno o interna se beneficie de alguna de las alternativas a la pena. Ello exige el contacto periódico con la persona sentenciada y la visita para cerciorarse de que sus derechos sean respetados por las autoridades penitenciarias dentro de la prisión, y si es el caso solicitar inmediatamente al juez de ejecución una audiencia para garantizar sus derechos humanos. Es decir, en la etapa de ejecución, el abogado debe tener mucha iniciativa, ser dinámico y proactivo.

Respecto a la etapa de ejecución de sanciones, tanto abogados privados como públicos comienzan a litigar estos asuntos ante los jueces de ejecución, incorporados a los sistemas de justicia penal inquisitivo y acusatorio a partir de 2011. Por ejemplo, en

¹¹⁰ CPEUM, art. 18.

Baja California, la Defensoría Pública atendió 24 asuntos en 2011 y 178 en 2012, en la etapa de ejecución de sentencias. En el Distrito Federal se contempla que toda persona sentenciada deberá contar con la asesoría especializada de su abogado particular o de la Defensoría Pública en cualquier incidente que se presente durante la ejecución de la pena.¹¹¹ No fue posible obtener datos estadísticos sobre el número de representaciones en esta etapa por parte de los defensores públicos de esta entidad.

En el Distrito Federal existen dos juezas penales especializadas en ejecución.¹¹² De acuerdo con testimonios de expertos entrevistados, la población privada de la libertad en centros de reinserción social del Distrito Federal es tan alta que no puede esperarse una función eficaz en la protección de sus derechos.¹¹³ Por otra parte, también se menciona que en teoría, la función de los jueces de ejecución incluye la resolución de conflictos entre la autoridad penitenciaria y la persona sentenciada. En este sentido, la regulación normativa de este tema suprimió esa facultad para los jueces de ejecución del DF.

Por otro lado, subsisten los “estudios de personalidad”, elemento que debió ser eliminado con la reforma constitucional en materia penitenciaria. Sobre esto, académicos comentan que en el Distrito Federal es lamentable que todavía se considere al sentenciado como una persona a la cual hay que someterla a terapia para que cambie “moralmente”. Esto es así porque dentro de los centros de internamiento existen aún los consejos interdisciplinarios que tratan al sentenciado con programas encaminados directamente a readaptar al individuo a la sociedad, como si se tratara de personas con alguna discapacidad psicosocial.¹¹⁴

3.3. Derechos y garantías vinculadas con la efectividad de la defensa

3.3.1. Derecho a ofrecer pruebas y testigos

De acuerdo con la Constitución, la persona imputada y su defensor pueden aportar los elementos probatorios que estimen necesarios para la investigación; también se les debe dar el tiempo y las facilidades para hacer comparecer a los testigos que ofrez-

¹¹¹ Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal, arts. 3, II y 5, I.

¹¹² En Baja California, no existen jueces de ejecución especializados. Esta función es realizada por los jueces penales ordinarios.

¹¹³ El Distrito Federal tiene un porcentaje de ocupación penitenciaria del 184%, el segundo más alto en el país. Véase México Evalúa 2013, p. 33.

¹¹⁴ Véase, Sarre 2011.

can.¹¹⁵ De igual manera, la CADH reconoce como derecho de la defensa interrogar a los testigos y ofrecer pruebas que esclarezcan los hechos.¹¹⁶

El derecho a la defensa técnica, de acuerdo con la Corte Interamericana, no solo implica el nombramiento de un defensor, pues con esto no se satisface este derecho, sino también que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger los derechos de la persona que defiende.¹¹⁷ Así, el defensor debe ser proactivo durante el proceso y ofrecer pruebas y testigos que ayuden a esclarecer los hechos.

En el proceso penal del Distrito Federal, el imputado tiene derecho a ofrecer las pruebas y los testigos que estime necesarios. El juez tiene la facultad de auxiliar al imputado para el desahogo de pruebas y este tiene la opción de renunciar a los plazos establecidos cuando lo considera necesario para ejercer su derecho a la defensa.¹¹⁸ Para el caso de Baja California, la ley garantiza a las partes el derecho de igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa; por tanto, el fiscal y la defensa tienen el mismo derecho de ofrecer pruebas y testigos en igualdad de condiciones.¹¹⁹

De acuerdo con las entrevistas, abogados litigantes en el DF señalaron que no existe una regla sobre el acceso a los documentos que utiliza el Ministerio Público para integrar la AP. Por lo tanto, durante esta fase administrativa es muy difícil presentar pruebas que contrarresten el poder del MP en esta etapa.

La falta de reglas sobre el acceso a la persona detenida y a los documentos que integran la AP también impide que los abogados conozcan oportunamente los hechos y provean una defensa adecuada. En palabras de los abogados entrevistados, la integración de la averiguación previa sin acceso a la defensa para ofrecer pruebas, aunada a la regla que le da valor probatorio pleno y la falta de control judicial estricto sobre las actuaciones del MP, se traduce, en la práctica, en la precondena de quienes defienden.

Por su parte, en Baja California, el control judicial de la etapa de investigación bajo el sistema de audiencias con base en los principios de publicidad y contradicción, permite el ejercicio irrestricto de este derecho a los defensores.

¹¹⁵ CPEUM, art. 20, B, IV.

¹¹⁶ CADH, art. 8.2. f). De igual manera, PIDCP, art. 14.3. e).

¹¹⁷ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2010, párr. 155.

¹¹⁸ Código Penal para el Distrito Federal, art. 314.

¹¹⁹ CPPBC, art. 13.

3.3.2. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa

La Constitución señala que es un derecho que a la persona imputada se le faciliten todos los datos que solicite, con la oportunidad debida para preparar la defensa.¹²⁰ En Baja California se retoma esta posibilidad.¹²¹ Asimismo, la CADH señala que a la persona sujeta a proceso deberá otorgársele el tiempo y los medios adecuados¹²² para la preparación de su defensa.¹²³

Si los abogados estiman que el tiempo de que disponen para preparar una defensa adecuada es insuficiente, son ellos quienes deberán solicitar al juez la ampliación de los términos.¹²⁴

Este derecho solo es garantizado expresamente en el sistema acusatorio, puesto que en el Distrito Federal no existe en ningún caso la posibilidad de solicitar la suspensión de una audiencia para preparar la defensa, ni su texto constitucional vigente ni su legislación procesal penal lo garantizan. Sin embargo, la Suprema Corte, en algunos casos, ha interpretado que dentro del derecho a la defensa adecuada se encuentra el derecho a que la persona cuente con tiempo suficiente para preparar su defensa, ofrecer pruebas y alegar en la audiencia.¹²⁵ En entrevistas con diversos abogados del DF, estos señalaron que en la práctica es muy difícil contar con suficiente tiempo para preparar la defensa, debido a que el agente del Ministerio Público siempre presenta obstáculos para que el defensor consulte los datos y probanzas que hasta el momento se han recabado.

¹²⁰ CPEUM, art. 20, B, VI.

¹²¹ CPPBC, arts. 356 y 368.

¹²² Los medios adecuados deben comprender el acceso a los documentos y otras pruebas; ese acceso debe incluir todos los materiales que la acusación tenga previsto presentar ante el tribunal contra el acusado o que constituyan pruebas de descargo. Se considerarán materiales de descargo no solo aquellos que establezcan la inocencia sino también otras pruebas que puedan asistir a la defensa. Véase Comité de Derechos Humanos 2007, párr. 33, p. 13.

¹²³ CADH, art. 8.2. b) y PIDCP, art. 14.3 b).

¹²⁴ Comité de Derechos Humanos 2007, p. 12.

¹²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia n.º 2000976, tesis aislada, décima época, T.C.C., S.J.F. y su Gaceta, libro IX, junio de 2012, t. 2, p. 865 y jurisprudencia n.º 2003152, tesis aislada, décima época, T.C.C., S.J.F. y su Gaceta, libro XVIII, marzo de 2013, t. 3, p. 2115.

3.3.3. Igualdad de armas en la producción y control de la prueba y en el desarrollo de las audiencias públicas y adversariales

La reforma constitucional de 2008 establece la prohibición expresa de que los jueces traten asuntos relacionados con los procesos vigentes bajo su conocimiento con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra.¹²⁶

Una de las características fundamentales del sistema tradicional es el poder con que cuenta el fiscal dentro del proceso penal con su fe pública y el valor probatorio pleno de lo actuado durante la fase de averiguación previa. El sistema acusatorio restaura el equilibrio procesal, al disponer expresamente la igualdad entre las partes como uno de sus principios fundamentales.

Como se ha mencionado en secciones anteriores, la falta de acceso oportuno a los documentos producidos por el Ministerio Público durante la detención administrativa en el DF, constituye uno de los factores que más afectan este derecho en etapas procesales posteriores.

Abogados litigantes en el DF aludieron a la ausencia de estándares probatorios en la legislación y en la práctica; en ocasiones, dicen, dan más importancia a la prueba indiciaria, sin tomar en cuenta la prueba científica. También es muy común que una persona sea condenada con una sola prueba testimonial o pericial sin que consten otros medios probatorios para demostrar la culpabilidad del imputado. Este problema se intensifica con la falta de servicios periciales o investigadores propios para los defensores públicos, o bien, con la incapacidad económica de las personas que defienden para pagar por dichos servicios a consultores independientes.

En Baja California, el principio de igualdad de armas debe ser preservado por los jueces, quienes están obligados a resolver los obstáculos que impidan su observancia.¹²⁷ Además, prohíbe que los jueces traten asuntos sujetos a proceso sin la presencia de una de las partes. Esto también representa un cambio diametral respecto del sistema tradicional donde es costumbre que los abogados defensores se acerquen a los jueces con los llamados “argumentos de oreja”, sin la presencia de los MP y viceversa.¹²⁸ Este principio parece aplicarse en la práctica en el sistema acusatorio, apoyado por los principios de publicidad y contradicción.

¹²⁶ CPEUM, art. 20, A, f. VI.

¹²⁷ CPPBC, art. 13.

¹²⁸ ABA ROLI 2011, p. 28.

En el *Caso Acteal*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció, entre muchos otros derechos, sobre el de igualdad de armas, defensa adecuada y la necesidad de fundar y motivar las decisiones. Entre los criterios jurisprudenciales formados están los que permiten a la defensa exigir la “nulidad de la prueba ilícita como una garantía que le asiste al imputado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad y el derecho a una defensa adecuada”.¹²⁹

Igualmente, la Corte considera que “es inadmisible que los medios de prueba de la misma índole –ofrecidos por ambas partes– tengan un estándar de valoración distinto, según se trate del órgano ministerial o del acusado, pues ello atenta contra las garantías de justicia imparcial, de equidad procesal y de correcta fundamentación y motivación”.¹³⁰

3.3.4. Derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas

El catálogo de derechos constitucionales de la persona imputada lo incluye, al regular de manera general el derecho a un intérprete práctico para personas indígenas como parte del derecho a la jurisdicción.¹³¹ El artículo 2º constitucional en relación con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es su fuente normativa y es aplicable a cualquier persona que hable una lengua distinta del castellano.¹³²

En nuestro contexto cultural se vuelve relevante en relación con personas indígenas cuya primera lengua no es el español, pues existen alrededor de 364 variantes lingüísticas que deben ser tratadas como lenguas en la impartición y la administración de justicia.¹³³

¹²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia n.º 160509, décima época, primera sala, S.J.F. y su Gaceta, libro III, diciembre de 2011, tomo 3, p. 2057.

¹³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia n.º 160513, décima época, primera sala, S.J.F. y su Gaceta, libro III, diciembre de 2011, tomo 3, p. 2103.

¹³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia n.º 2004542, décima época, primera sala, S.J.F. y su Gaceta, libro XXIV, septiembre de 2013, tomo 1, p. 808.

¹³² Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada n.º 2003544, décima época, primera sala, S.J.F. y su Gaceta, libro XX, mayo de 2013, tomo 1, p. 535. En ella, la Corte explica la importancia de que la persona cuente no solo con asistencia consular sino también con un intérprete como forma de garantizar el derecho de defensa adecuada.

¹³³ Véase, <http://goo.gl/BgkQkO>.

En los últimos años se ha realizado un esfuerzo por garantizar y proteger los derechos de las personas indígenas a la luz de los lineamientos internacionales, ratificando el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural y suscribiendo la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas.¹³⁴ La Constitución garantiza a las personas indígenas el derecho a contar en todo tiempo con la asistencia de intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Asimismo, las autoridades deben tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales dentro del proceso penal.¹³⁵

A nivel nacional existe la Ley General de los Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, que establece los alcances del texto constitucional y crea el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas cuyo fin es promover, preservar y desarrollar las lenguas indígenas. No obstante, en la práctica de la impartición y la administración de justicia no existen intérpretes profesionalizados.¹³⁶

Recientemente, la SCJN publicó el protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucran derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, una útil herramienta para que los actores del sistema de justicia penal garanticen sus derechos. Una de sus disposiciones más importantes establece que toda persona indígena debe tener acceso a un intérprete desde el momento de su detención. Además, con el fin de proteger el derecho a una defensa adecuada, recomienda a los jueces que soliciten peritos intérpretes o peritos técnicos culturales para garantizar que las personas indígenas entiendan lo que sucede en el proceso y se puedan hacer entender durante este. Dicho intérprete o traductor debe ser proporcionado de manera gratuita. Todas las personas indígenas tienen derecho a hablar en su propia lengua ante los tribunales.¹³⁷

En 2007, un estudio realizado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos reportó que solo el 16% de las

¹³⁴ Ramírez 2012, p. 20.

¹³⁵ CPEUM, art. 2, inc. A, fracc. VIII. Robustece este derecho la CADH en su artículo 8.2.a), al reconocer que todo inculpado debe ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del tribunal. De igual forma, lo establece el artículo 14.3 f) del PIDCP. “Si el acusado no habla el idioma en que se celebra el juicio, pero está representado por un abogado que conoce ese idioma, podrá bastar que se faciliten a este los documentos pertinentes del expediente”. Comité de Derechos Humanos 2007, párr. 33.

¹³⁶ Ramírez 2012, p. 60.

¹³⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación 2013, pp. 16, 33 y 34.

personas indígenas privadas de libertad entrevistadas había contado con traductor o intérprete en algún momento del proceso.¹³⁸

En Baja California, las autoridades están obligadas a garantizar que se tomen las medidas necesarias para que toda persona entienda lo que está sucediendo en el proceso, aunque existe una disposición expresa que señala que todas las actuaciones en juicio deben hacerse en español. También se contempla que cualquier documento o grabación en un idioma distinto al español deberá ser traducido. Los servicios de intérprete son gratuitos y cubiertos por el Estado.¹³⁹

Abogados con experiencia en la defensa de personas indígenas relatan que durante los procesos penales en su contra persiste la violación sistemática a su derecho de contar con un intérprete. En la práctica, dicen, los jueces se asumen como peritos lingüísticos, porque les preguntan a los detenidos o imputados si entienden el español y sin tener una opinión técnica asumen que si les contestan que sí, eso es suficiente para seguir con el proceso.

Un reclamo generalizado, entre los pueblos y las comunidades indígenas es la carencia de traductores y/o intérpretes calificados y la paga para quienes realizan esa tarea. Además, se considera que es muy difícil disponer de intérpretes para todas las lenguas y las variantes lingüísticas existentes.¹⁴⁰

3.4. Derechos o garantías judiciales genéricas, relativas al juicio justo

3.4.1. Derecho a la presunción de inocencia

De acuerdo con el catálogo de derechos constitucionales toda persona imputada debe presumirse inocente mientras no se declare su culpabilidad mediante sentencia emitida por un juez.¹⁴¹ El texto constitucional anterior a la reforma de 2008 que todavía está vigente en los estados donde persiste el sistema inquisitivo, no establece expresamente el derecho del imputado a la presunción de inocencia como ahora lo dice su texto reformado, aunque sí es reconocido por la jurisprudencia de la SCJN.¹⁴²

La Constitución, sin embargo, establece dos restricciones importantes a la presunción de inocencia –que prevalecen sobre derechos convencionales–. Una contem-

¹³⁸ Centro Profesional Indígena de Asesoría, Defensa y Traducción 2010, p. 8.

¹³⁹ CPPBC, arts. 23, 66, 69, II, y 122, V.

¹⁴⁰ Ramírez 2012, p. 42.

¹⁴¹ CPEUM, art. 20, B, I, CADH, art. 8.2 y PIDCP, art. 14.2.

¹⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia n.º 172433, tesis aislada, novena época, segunda Sala, S.J.F. y su Gaceta, tomo XXV, mayo de 2007, p. 1186.

pla la prisión preventiva obligatoria para cierto tipo de delitos considerados de alto impacto social,¹⁴³ y la segunda impone el arraigo que constituye una privación de la libertad sin cargos hasta por 80 días, con autorización de un juez por delitos relacionados con delincuencia organizada.¹⁴⁴

En definitiva, estas dos disposiciones contrarían estándares internacionales. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en sus observaciones finales a Argentina, sostuvo que “no debe existir ningún delito para el que sea obligatoria la prisión preventiva”.¹⁴⁵ Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* estableció que la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva.¹⁴⁶

La presunción de inocencia como regla de trato exige que todas las personas sujetas a proceso penal sean tratadas como inocentes tanto por los actores del sistema –con excepción del MP– como por terceros.¹⁴⁷

En general, la actitud respecto de personas detenidas y/o imputadas es de “presunción de culpa”. Tanto las autoridades como los medios noticiosos y el público dan por sentado que una persona detenida es culpable.¹⁴⁸ Prima el término de “presunto delincuente” para referirse a toda persona acusada de un delito.

El 26 de marzo de 2012, la Comisión de Derechos Humanos del DF emitió la recomendación 03/2012, sobre la presentación de “presuntos responsables” ante los medios de comunicación,¹⁴⁹ recomendación que hasta la fecha se tiene por no cumplida. De acuerdo con la investigación de la Comisión (92 casos), varias de las personas presentadas fueron vinculadas por delitos diferentes a los que originalmente se les

¹⁴³ CPEUM, art. 19.

¹⁴⁴ CPEUM, art. 16.

¹⁴⁵ Comité de Derechos Humanos 2000, párr. 10.

¹⁴⁶ Corte IDH, 12 de noviembre de 1997, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Serie C, No. 35, párr. 77. “Además, la duración de la detención preventiva nunca deberá ser considerada indicativa de culpabilidad ni del grado de esta”: Comité de Derechos Humanos 2007, párr. 30, p. 11.

¹⁴⁷ En el *Caso Gridín vs. Rusia*, el Comité de Derechos Humanos dijo que las declaraciones de las autoridades sobre la culpabilidad de la persona fueron muy difundidas en los medios de información y consideró que aquellas no actuaron con la prudencia para proteger la presunción de inocencia de la persona acusada de un delito. La Observación General No. 32 del PIDCP en el párrafo 30 señala que “los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia”.

¹⁴⁸ Véase Lara 2011.

¹⁴⁹ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal 2012.

imputó –generalmente menos graves *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*–, y otras personas fueron absueltas.

En respuesta a la recomendación, la Procuraduría emitió el acuerdo A/003/2012, por el que reformó el *Protocolo para la presentación ante los medios de comunicación, de personas puestas a disposición del Ministerio Público*.¹⁵⁰ Esta modificación no cambió en lo esencial las prácticas denunciadas por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). Finalmente, después de una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2013, solicitada por la propia comisión y otras organizaciones y representantes de la sociedad civil,¹⁵¹ la Procuraduría del Distrito Federal publicó en su gaceta oficial el protocolo para la presentación ante los medios de comunicación de personas puestas a disposición del fiscal. De acuerdo con este documento, la presentación se hará a través de un boletín que debe contener la foto del detenido y la aclaración de que se trata de un “probable responsable”; también se agregará un resumen de los hechos y las características de la comisión del delito que presumiblemente cometió.¹⁵²

Recientemente, la SCJN resolvió el *Caso Florence Cassez*, paradigmático para la presunción de inocencia, en donde se determinó que la exhibición anticipada de la imputada ante los medios de comunicación como una “presunta delincuente” generó un efecto corruptor en las pruebas, pues todavía no había sido presentada al juez cuando previamente fue juzgada públicamente ante los medios de comunicación.¹⁵³ El sistema inquisitivo siempre ha padecido un déficit de presunción de inocencia. Por ejemplo, un estudio comparativo entre las legislaciones de los estados encontró que en ninguna de las legislaciones del sistema tradicional se reconoce expresamente el derecho a la presunción de inocencia ni se expresa que la carga de la prueba debe recaer en el Ministerio Público y no en el imputado, mientras que en las legislaciones de los estados que han implementado el sistema acusatorio se reconoce de forma expresa ese derecho y que la carga de la prueba recae en el Ministerio Público.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal 2012.

¹⁵¹ Véase <http://goo.gl/J14n6j>.

¹⁵² Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal 2013.

¹⁵³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, amparo directo en revisión 517/2011, pp. 130 y 136. Disponible en: <http://goo.gl/dxWtfD>.

¹⁵⁴ Mendoza 2012, p. 170.

3.4.2. Derecho a declarar o a guardar silencio

El catálogo de derechos constitucionales reconoce que toda persona imputada tiene derecho a declarar o a permanecer en silencio. Este derecho debe conocerlo desde el momento de su detención y el silencio no tiene efectos jurídicos.¹⁵⁵

El estudio sobre población interna en cárceles del DF y el Estado de México sostuvo que, en 2009, el 72% de los detenidos no fue informado de su derecho a no declarar.¹⁵⁶ Entrevistas con expertos en el Distrito Federal indicaron que la práctica generalizada durante la fase de AP consiste en ejercer el derecho a guardar silencio durante la declaración ministerial. Sin embargo –de acuerdo con algunos testimonios–, si la persona decide declarar por consejo de su defensor durante la declaración preparatoria, algunos jueces consideran que hubo “aleccionamiento” por no declarar la primera vez ante el MP. Es decir, en ocasiones, el silencio en la primera oportunidad, *de facto*, tiene un efecto y este es negativo para la persona imputada.

En el Distrito Federal, uno de los grandes vicios que se presenta en relación con este derecho son las confesiones obtenidas bajo tortura o maltratos o intimidación. Como se mencionó arriba, estas prácticas no son excepcionales.¹⁵⁷ Así, al llegar el

¹⁵⁵ CPEUM, art. 20, B, II.

¹⁵⁶ Bergman y Azaola 2013, p. 35.

¹⁵⁷ En 2011, la CDHDF recibió 1.019 quejas por violación del derecho a la integridad personal. De acuerdo con el informe anual de la institución, el 64,2% del total de quejas ante la comisión, se refieren a la probable vulneración de este derecho. Aunque no todas las 1.019 quejas corresponden necesariamente a tortura, la percepción de los ciudadanos de que fueron sujetos a tortura es muy alta. Las autoridades más comúnmente acusadas de tortura son la Secretaría de Gobierno (encargados del sistema penitenciario), la Secretaría de Seguridad Pública y la Procuraduría General de Justicia. De acuerdo con el informe de la CDHDF, esta ha podido identificar prácticas sistemáticas de incomunicación por un tiempo prolongado durante la detención, falta de supervisión y control institucional durante el tiempo en que ocurren las detenciones y la puesta de la persona bajo la responsabilidad ante el ministerio público. Entre las prácticas identificadas se señalan traumatismos, asfixia y humillaciones. Véase Informe CNDH 2011, pp. 189-192. Asimismo, Human Rights Watch (HRW) reporta que la tortura en México es un problema serio que permanece. Señala que es aplicada de manera más frecuente durante el tiempo que transcurre entre el momento de la detención y la puesta de la persona bajo la responsabilidad del Ministerio Público. Algunas de las prácticas más comunes son golpes, asfixia con bolsas de plástico, choques eléctricos y amenazas de muerte. El mismo reporte señala que uno de los factores que contribuyen a perpetuar dichas prácticas es la aceptación judicial de confesiones obtenidas bajo tortura y otros tratos degradantes, al igual que la “complicidad de defensores públicos encargados de velar por la protección de los derechos de los defendidos”. Otra falla más, señala la organización, es “la omisión de las autoridades de investigar y perseguir la mayoría de los casos de tortura, incluyendo la omisión en ordenar los

momento de la declaración ministerial, la persona se encuentra en un grado de vulnerabilidad tal que le impide seguir el consejo de su defensor de no declarar, tomando en cuenta que este se retirará y ella permanecerá detenida. La declaración inculpando a terceros o la confesión inculpándose a sí misma difícilmente puede ser controvertida bajo el argumento de que fue coaccionada, ya que el Ministerio Público aducirá que fue obtenida en presencia del abogado del declarante.

Este círculo vicioso es convalidado por los criterios del Poder Judicial de la Federación referentes al principio de inmediatez que se traduce en dar mayor valor probatorio a la primera declaración.¹⁵⁸ Aunque existen criterios jurisprudenciales que prohíben dar eficacia probatoria a medios de prueba obtenidos ilegalmente y en violación de derechos fundamentales porque, de hacerlo, se trastoca la garantía de presunción de inocencia¹⁵⁹ y, aún más, porque la Convención Americana señala que la confesión de la persona sujeta a proceso únicamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.¹⁶⁰ Los jueces que otorgan valor a las confesiones coaccionadas contravienen un derecho convencional. Aunado a lo anterior, la Corte Interamericana sostiene que cuando el imputado alegue que su declaración o confesión fue obtenida mediante coacción o tortura, la carga probatoria no debe recaer en este, sino en la autoridad que debe demostrar que la confesión fue voluntaria.¹⁶¹

Por otro lado, en opinión de todos los abogados litigantes entrevistados con experiencia en el sistema de justicia penal del Distrito Federal es muy difícil contrarrestar esa confesión, incluso si existe evidencia de tortura. Cuando existe evidencia probatoria, obtenida a través de la aplicación del Protocolo de Estambul y las recomendaciones emitidas por las comisiones de derechos humanos, se integran al expediente solo como “indicios”.

exámenes médicos diseñados para evaluar la condición física y psicológica de una víctima potencial de tortura”. Véase World Report 2012.

¹⁵⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia n.º 201617, novena época, T.C.C., S.J.F. y su Gaceta, tomo IV, agosto de 1996, p. 576.

¹⁵⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia n.º 160500, décima época, primera sala, S.J.F. y su Gaceta, libro III, diciembre de 2011, tomo 3, p. 2058.

¹⁶⁰ CADH, arts. 8.2. g) y 8.3. Es menester señalar que tanto la CADH como el PIDCP en su artículo 14.3. g) prohíben que los estados obliguen a las personas imputadas a declarar contra sí mismas y/o confesarse culpables. En el párrafo 41 de la Observación General No. 32 del PIDCP se dispone que en “[e]l derecho interno debe establecerse que las pruebas y las declaraciones o confesiones obtenidas por métodos que contravengan el artículo 7 del Pacto quedarán excluidas de las pruebas, salvo que se utilicen para demostrar que hubo tortura u otros tratos prohibidos por esta disposición”.

¹⁶¹ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2010, párr. 136.

Expertos han expresado que en el sistema de justicia acusatorio también es posible que se sostenga una confesión coaccionada; sin embargo, la probabilidad de que esto suceda ha disminuido debido a la prohibición que tienen los ministerios públicos de interrogar a las personas, si no es ante la presencia de un juez.

De acuerdo con la encuesta realizada a personas privadas de libertad en Baja California, el 80% contestó que durante su detención le informaron que tenía derecho a permanecer en silencio o a declarar y que no habían recibido ningún maltrato o uso de fuerza física desmedida.

3.4.3. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente

El catálogo de derechos constitucionales señala que la persona imputada tiene derecho a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Esta libertad puede estar condicionada al cumplimiento de ciertas medidas cautelares que aseguren su comparecencia en el juicio.¹⁶² Asimismo, un informe reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advierte que el solo hecho de que una persona enfrente un proceso penal en prisión preventiva constituye de por sí una desventaja procesal, la cual aumenta la dificultad de preparar y presentar una defensa penal efectiva.¹⁶³

En el Distrito Federal, toda persona imputada tiene derecho durante la etapa de investigación y en el proceso judicial a ser puesta en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite y cumpla con los requisitos establecidos en la ley. Estos últimos consisten en garantizar económicamente los montos estimados de la reparación del daño y de las sanciones económicas que en su caso podrían imponérsele, garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven por el proceso y, el más

¹⁶² El artículo 19 de la CPEUM señala: “El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”. De igual forma, la Corte Interamericana ha señalado en diversos casos que el Estado debe preferir las medidas menos lesivas, que aseguren la comparecencia al juicio de la persona imputada, a la prisión preventiva. Véase Corte IDH, 17 de noviembre de 2009, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, Serie C, No. 106, párr. 120, y Corte IDH, 30 de octubre de 2008, *Caso Bayarri vs. Argentina*, Serie C, No. 187, párr. 63. Véase también CADH, art. 7.5, y PIDCP, art. 9.3.

¹⁶³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013, párr. 194.

importante, que no se trate de un delito de los llamados inexcarcelables.¹⁶⁴ La caución puede depositarse en efectivo, o garantizarse mediante hipoteca, prenda, fianza personal o fideicomiso de garantía.¹⁶⁵

Al otorgársele el beneficio de la libertad bajo caución, la persona tiene la obligación de presentarse ante el Ministerio Público o el juez cuantas veces sea requerida, notificar el cambio de domicilio e ir a firmar semanalmente ante la autoridad correspondiente. La revocación de este beneficio procede en los casos en que la persona incurra en alguna falta grave a sus obligaciones o cuando desobedezca alguna orden judicial o deje de exhibir los depósitos cuando el pago sea en parcialidades. También si es sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena privativa de la libertad, o si amenaza a la víctima o testigo, o si durante la instrucción aparece que el delito es grave, y cuando cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia.¹⁶⁶

El texto constitucional reformado, aplicable en el sistema acusatorio, dispone que la prisión preventiva es una medida excepcional de último recurso para contrarrestar los riesgos procesales. Sin embargo, el mismo texto se contradice de inmediato, al generar excepciones para los casos en que la persona imputada ha sido previamente condenada por un delito doloso o esté sujeta a otro proceso penal. Una contradicción más es el catálogo constitucional de delitos inexcarcelables.¹⁶⁷

Recientemente, el Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia Penal, mediante ejercicios de observación, en 22 audiencias contabilizó el tipo de decisiones judiciales que se tomaron en torno a las medidas cautelares aplicables a los imputados en procesos seguidos en Mexicali, a partir de las cuales se identificó que en el 50% de los casos prevaleció la prisión preventiva por encima de otras medidas como el arraigo domiciliario o dispositivo electrónico, hallazgo que refuerza nuestra predicción.¹⁶⁸ Asimismo, como se mencionó en la sección relativa a la presunción de inocencia, la Constitución prevé la figura del arraigo como una medida cautelar constitucional en casos federales de delincuencia organizada, que consiste en la restricción de la libertad personal ordenada por un juez a petición del MP para que una persona permanezca detenida por un tiempo y en un lugar determinado hasta por 80 días. Su finalidad es la consecución del proceso penal y para los supuestos de que sea necesario para el éxito

¹⁶⁴ CPPDF, art. 556.

¹⁶⁵ CPPDF, art. 562.

¹⁶⁶ CPPDF, art. 568.

¹⁶⁷ CPEUM, art. 19, 2º.

¹⁶⁸ Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia Penal 2014.

de la investigación; la protección de personas o bienes jurídicos; y/o que exista el riesgo fundado de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia.¹⁶⁹

En los estados, el arraigo estaba sujeto a lo dispuesto por el artículo transitorio de la Constitución, que facultaba al Ministerio Público para solicitar al juez el arraigo domiciliario del imputado cuando se trataba de delitos graves hasta por un máximo de 40 días. Esta disposición dejaría de estar vigente para los estados hasta que implementaran el sistema acusatorio. Recientemente, la SCJN, en una acción de inconstitucionalidad, determinó que esta figura constitucional no puede ser utilizada por los estados, sino únicamente por la federación para casos de delincuencia organizada.¹⁷⁰

Así, tanto el arraigo federal como la prisión preventiva oficiosa constituyen restricciones constitucionales a derechos fundamentales que, por ahora, no pueden ser revertidas vía aplicación del principio pro persona. Por lo tanto, toda persona sujeta a estas medidas verá violado su derecho a permanecer en libertad durante el proceso penal.

3.4.4. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable

La Constitución establece dos plazos máximos para ser juzgado: el primero es de cuatro meses para delitos que no excedan los dos años de pena; y el segundo, de un año para aquellos en que la pena sea superior. Además se impone un plazo máximo de la prisión preventiva, que en ningún caso será superior a dos años. Todos estos plazos tienen como excepción el ejercicio del derecho de defensa del imputado.¹⁷¹ De igual forma, la CADH reconoce a toda persona imputada el derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable.¹⁷²

En el plano formal, la duración máxima en ambos sistemas penales cumple con el estándar constitucional de un año. En la realidad, los procesos penales en el sistema inquisitivo, como en el Distrito Federal, tienen una duración promedio de 543 días, mientras que los procesos en el sistema acusatorio, como en Baja California, tienen una duración media de 152 días, lo que equivale a una diferencia de 391 días entre ambos sistemas.¹⁷³

¹⁶⁹ CPEUM, art. 16, párr. 8.

¹⁷⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de inconstitucionalidad 29/2012. Disponible en: <http://goo.gl/Pj1KWo>.

¹⁷¹ CPEUM, art. 20, B, VII y IX.

¹⁷² CADH, art. 7.5. El artículo 14.3. c) del PIDCP dispone que toda persona acusada de un delito deberá ser juzgada sin dilaciones indebidas.

¹⁷³ Mendoza 2012, p. 196.

Un estudio sobre operadores y usuarios de ambos sistemas de justicia penal concluyó que la percepción sobre el sistema acusatorio es casi siete veces más favorable que la del sistema inquisitivo. En el sistema tradicional, solo el 11,8% considera que la justicia es pronta y el 21,4% dice que es expedita, mientras que en el sistema acusatorio estos porcentajes son de 75,7% y 68,3%, respectivamente. El estudio también señaló que de entre los entrevistados, las víctimas y los peritos en ambos sistemas expresaron que este principio constitucional no se cumple de manera efectiva.¹⁷⁴

3.4.5. Derecho a ser juzgado en audiencia pública por un juez independiente e imparcial

La Constitución y los tratados de derechos humanos ordenan que toda persona en conflicto con la ley penal sea juzgada en audiencia pública por un juez o tribunal previamente establecido,¹⁷⁵ independientemente del tipo de sistema de justicia penal de que se trate. Esta característica se enfatiza en el sistema acusatorio donde la publicidad es un principio.

En el caso de Baja California, el derecho a ser juzgado en audiencia pública tiene excepciones cuando existen razones de seguridad nacional o seguridad pública; por protección de las víctimas, testigos o menores de edad; cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos; cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo; y todas aquellas previstas específicamente en la ley. Para que la decisión sea procedente, el tribunal debe fundarla y constar en el registro del debate.¹⁷⁶ Para el caso del Distrito Federal, la ley solo establece un supuesto de excepción cuando se trata del delito de violación.¹⁷⁷

Un reciente estudio que evalúa el principio de publicidad en ambos sistemas reporta que en el sistema inquisitivo –como el del DF–, el acceso a los juzgados es restringido; no hay sala de audiencias ni lugares habilitados para que las personas puedan escuchar adecuadamente lo que ocurre en las diligencias que se desarrollan mientras se encuentran detrás de la rejilla de práctica; el espacio donde se llevan a cabo las audiencias es muy ruidoso como para escuchar lo que se está diciendo en la audiencia. Además, los registros de las audiencias son elaborados por escribientes en computadoras, y muchas veces no permiten que los abogados defensores revisen lo que escriben.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 140 y 141.

¹⁷⁵ CPEUM, art. 20, B, V, CADH, art. 8.1 y 5, y PIDCP, art. 14.1.

¹⁷⁶ CPPBC, art. 321.

¹⁷⁷ Código Penal para Distrito Federal art. 59.

En cambio, en los estados donde ya se implementó el sistema acusatorio existen salas de audiencias abiertas al público para que cualquier persona pueda acudir libremente a escuchar el desarrollo de las audiencias.¹⁷⁸

La rejilla de prácticas es uno de los elementos que mejor caracteriza el sistema inquisitivo. Es un espacio de los juzgados donde la persona imputada es llevada para que esté presente en sus audiencias; una reja separa a la persona del resto del público y del juez, si este está presente. Durante el tiempo que dura la audiencia, la persona no tiene acceso a un baño, ni a una silla donde sentarse. En ocasiones, según las fuentes consultadas, la obtención de una silla requiere el pago de una cuota; otras fuentes entrevistadas reportaron haber estado presentes en un juzgado del Distrito Federal donde se colocó un hule para evitar que el “mal olor” de dicho espacio se traspasara al resto del juzgado.¹⁷⁹

Por otro lado, en 2009 se reportó que el 72% de las personas internas en el Distrito Federal y el estado de México dijeron que el juez no estuvo presente en su audiencia al rendir su declaración preparatoria.¹⁸⁰ En 2012, en un estudio realizado en cárceles federales, los internos reportaron que los jueces están ausentes durante las audiencias y que cuando están presentes, suelen no interactuar directamente con los imputados. El 75% de los encuestados señalaron que nunca habían hablado con el juez o la jueza y el 52,4% de ellos afirmaron que el juez no estuvo presente en el momento de rendir su declaración preparatoria.¹⁸¹

Algunos de los entrevistados en el estudio sobre la profesión jurídica en México mencionaron su inconformidad con que, en muchos casos, el ejercicio del derecho a la audiencia con el juez es impedido por la constante ausencia de este en las etapas del juicio. A menudo, los clientes y sus defensores tienen que tratar con las secretarías o los secretarios de los jueces.¹⁸² Algunos subrayaron la importancia de las solicitudes de amparo como mecanismo alternativo para obtener derechos de audiencia en primera instancia.¹⁸³ Esta situación es reforzada con el estudio sobre internos del Distrito Fede-

¹⁷⁸ Mendoza 2012, pp. 127-130.

¹⁷⁹ “Normalmente, los acusados no deberán llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser presentados ante el tribunal de alguna otra manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos”. Véase Comité de Derechos Humanos 2007, párr. 30, p. 11.

¹⁸⁰ Bergman y Azaola 2013, p. 45.

¹⁸¹ Centro de Investigación y Docencia Económicas 2012, pp. 8 y 71.

¹⁸² En el sistema tradicional es la persona encargada de dar fe y legalidad a todas las actuaciones realizadas por el juez. En el sistema acusatorio, esta figura fue eliminada.

¹⁸³ Naciones Unidas 2011, p. 28.

ral y del estado de México de 2009, donde el 82% de los encuestados comentó que nunca pudo hablar personalmente con el juez.¹⁸⁴

Lo anterior ya no ocurre en el sistema acusatorio pues, de acuerdo con el reciente informe general sobre el seguimiento del proceso de implementación de la nueva reforma, se constató que en el 100% de las audiencias presenciadas estuvieron los jueces.¹⁸⁵

En Baja California, por otro lado, se observó que si bien el acceso a las audiencias es efectivamente público, requiere depositar todos los artefactos electrónicos como teléfonos, cámaras, etc., bolsos e identificación oficial y pasar por un detector de metales para entrar a las salas.

3.4.6. Derecho a que las decisiones que lo afectan sean motivadas en fundamentos razonados

En distintas partes, el texto constitucional ordena a las autoridades fundar y motivar sus decisiones. Por ejemplo, prevé que nadie puede ser molestado en su persona sin que previamente exista un mandamiento de la autoridad que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de las sentencias penales se prohíbe imponer –por simple analogía, y aun por mayoría de razón– pena alguna que no esté apoyada en una ley sobre el delito de que se trata. Por otro lado, contempla que las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.¹⁸⁶

En materia penal existen numerosos criterios judiciales que explican y desarrollan qué debe entender el juzgador por fundar y motivar cualquier resolución que dicte durante el proceso. Por ejemplo, el criterio que distingue cuando estamos ante una falta o indebida fundamentación y motivación.¹⁸⁷ De igual forma, la Suprema Corte de Justicia define la fundamentación y motivación, como “la precisión del precepto legal aplicable al caso y, además, debe señalarse con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto”. También ha señalado que es fundamental “que exista adecuación

¹⁸⁴ Bergman y Azaola 2013, p. 41.

¹⁸⁵ Zepeda 2012, p. 69.

¹⁸⁶ CPEUM, arts. 14, 16, 17 y 20.

¹⁸⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia n.º 173565, novena época, T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, tomo XXV, enero de 2007, p. 2127.

entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”.¹⁸⁸

En relación con este derecho, los jueces de amparo han establecido precedentes sobre la debida fundamentación y motivación de las resoluciones y han señalado que ciertas resoluciones tienen que emitirse necesariamente por escrito.¹⁸⁹ La transición de un sistema a otro también implica un cambio de paradigma, por lo que los jueces en general tienen el reto de dejar atrás el sistema inquisitivo que por su naturaleza es escrito para pasar a uno nuevo donde debe prevalecer la oralidad. Estos jueces todavía relacionan lo escrito con una adecuada fundamentación y motivación; sin embargo, es claro que en el sistema acusatorio es un requisito básico que los jueces motiven sus decisiones en fundamentos razonados más allá de plasmarlos en un papel.

3.4.7. Derecho a una revisión integral de la sentencia de condena

En una interpretación sistemática de la Constitución, la Suprema Corte de Justicia ha determinado que este derecho se encuentra garantizado por el juicio de amparo directo.¹⁹⁰ También, la Convención reconoce como derecho de toda persona imputada recurrir la sentencia ante un juez superior;¹⁹¹ esta revisión debe ser sencilla, rápida y sobre todo efectiva.¹⁹² En el caso contencioso *Castañeda Gutman vs. México*, la Corte Interamericana sostuvo que debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso y que esta garantía constituye uno de los pilares básicos del estado de derecho en una sociedad democrática.¹⁹³

En el estado de Baja California existen dos recursos que permiten la revisión integral de la sentencia condenatoria. El primero de ellos corresponde al recurso de nulidad, que procede cuando la resolución no observó o aplicó erróneamente un precepto legal. Este debe presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución.¹⁹⁴ El segundo es el recurso de revisión que procede contra una sentencia firme en los siguientes supuestos: que la sentencia se haya fundado en prueba falsa y

¹⁸⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia n.º 820034, séptima época, segunda sala, ap. 1988, parte II, p. 1481.

¹⁸⁹ Zepeda 2012, p. 68.

¹⁹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia n.º 161822, novena época, T.C.C., S.J.F. y su Gaceta, tomo XXXIII, junio de 2011, p. 980.

¹⁹¹ CADH, art. 8.2. h). En el mismo sentido, PIDCP, art. 14.5.

¹⁹² CADH, art. 25.1.

¹⁹³ Corte IDH, 6 de agosto de 2008, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, Serie C, No. 184, párr. 78.

¹⁹⁴ CPPBC, art. 415.

así se haya declarado judicialmente; cuando sobrevengan hechos de prueba que hagan evidente que el hecho delictivo no existió o no se cometió; y cuando exista una ley, jurisprudencia o decreto que le beneficie.¹⁹⁵

En el Distrito Federal, el recurso por excelencia que permite la revisión integral de la sentencia dictada por la primera instancia es la apelación;¹⁹⁶ la misma ley otorga al órgano revisor las mismas facultades que el juez de primera instancia, es decir, podrá volver a estudiar y valorar las pruebas ofrecidas en el juicio.¹⁹⁷

Un trabajo conjunto entre el Alto Comisionado de las Naciones Unidas y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el que elaboraron indicadores sobre el juicio justo, se encontró que la tasa de apelación en 2010 fue del 105%. El comportamiento de la tasa es mayor al 100% debido a que en un solo juicio se pueden presentar varias apelaciones. Otro dato de interés fue que el 67,3% de los usuarios dijeron que luego de obtener una sentencia penal, apelarían ante el Tribunal Superior.¹⁹⁸

En el actual contexto de transición de un sistema penal a otro, los jueces constitucionales que revisan las sentencias en amparo enfrentan grandes retos pues, en la práctica, su desconocimiento del sistema acusatorio “ha introducido sesgos y anomalías en la concepción de las nuevas figuras procesales”.¹⁹⁹

4. Cultura de profesionalización de abogados litigantes

El derecho a la profesión está garantizado por la Constitución mexicana.²⁰⁰ Con fundamento en esto, la ley relativa al ejercicio de las profesiones establece quiénes están

¹⁹⁵ CPPBC, art. 426.

¹⁹⁶ CPPDF, art. 414.

¹⁹⁷ CPPDF, art. 427.

¹⁹⁸ ACNUDH - México y TSJDF 2011, pp. 110 y 112.

¹⁹⁹ Zepeda 2012, p. 68.

²⁰⁰ CPEUM, art. 5. Un punto que ha sido invisibilizado en el ejercicio de la abogacía es la falta de garantías de protección por parte del Estado a los abogados que están llevando a cabo la defensa penal de alguna persona imputada o acusada de narcotráfico o algún delito del crimen organizado. Según el Índice para la reforma de la profesión jurídica en México, la percepción de algunos abogados es que la abogacía podría ser la segunda profesión más peligrosa después del periodismo. Porque sucede que en estos casos se ven expuestos a intimidaciones, hostigamientos e intervenciones a sus comunicaciones privadas por parte del propio Estado. Y en casos más graves, cuando son amenazados o agredidos por los carteles contrarios a los que está defendiendo o incluso de su propio cliente cuando no se gana el caso. Igualmente sucede cuando los abogados representan a supuestas víctimas de delitos de derechos humanos por parte de funcionarios públicos como los militares o policías; en estos asuntos, es muy común que los abogados sufren amenazas, atentados

autorizados para expedir los títulos profesionales, quién es la autoridad facultada para expedir las cédulas profesionales y, de manera muy general, el funcionamiento del ejercicio de la profesión, los colegios de profesionistas y los delitos e infracciones administrativas en el ejercicio de la profesión.²⁰¹

La profesión de abogado puede ser ejercida siempre y cuando se cuente con cédula profesional proporcionada por la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública Federal. El requisito principal para adquirirla es obtener el título de abogado otorgado por universidad acreditada. Cada universidad define los requisitos de titulación pues no existen disposiciones normativas adicionales, colegios o barras de abogados que impongan estándares mínimos uniformes para ejercer la profesión.²⁰²

La cédula profesional es un documento vitalicio.²⁰³ No existe ley que obligue a los abogados a certificarse periódicamente o a tomar cursos de actualización para cerciorarse de que tienen la capacidad para seguir ejerciendo la profesión y, por lo tanto, mantener la autorización para hacerlo. Tampoco se cuenta con ningún código deontológico ni estándares profesionales obligatorios para los abogados.²⁰⁴

A nivel nacional no hay un organismo que se encargue de agrupar los colegios o barras de abogados que existen en todo el país; lo más parecido es la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados, que afirma representar a 54.000 profesionales, pertenecientes a 390 colegios de todo el país. Sin embargo, esta organización no tiene ningún impacto legal en el ejercicio de la profesión. La afiliación a colegios es voluntaria, por lo que el cumplimiento de sus reglas depende únicamente del compromiso

e incluso en muchas ocasiones son asesinados. Las organizaciones no gubernamentales son las más vulnerables a este tipo de prácticas porque llevan la mayoría de los más importantes casos sobre violación de los derechos humanos. El más reciente informe de la ONU sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en México toma como base 89 agresiones en su contra registradas entre noviembre de 2010 y diciembre de 2012, de las cuales el 38% son amenazas, 13% injerencias arbitrarias, 12% hostigamientos, 11% privación arbitraria de la vida, 11% detenciones arbitrarias, 6% atentados, 7% uso arbitrario del sistema de justicia penal y 2% desaparición forzada. El Distrito Federal es uno de los cinco estados de la república mexicana que presenta mayor incidencia de agresiones hacia las defensoras y los defensores de derechos humanos.

²⁰¹ Ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal.

²⁰² ABA ROLI 2011, p. 1.

²⁰³ Véase, <http://goo.gl/sVnE4v>.

²⁰⁴ ABA ROLI 2011.

y voluntad de sus miembros –se estima que más del 90% de los abogados no están afiliados a un colegio por la falta de incentivos legales para hacerlo.²⁰⁵

La omisión legal de regulación de la abogacía va más allá de la adopción de un modelo de colegiación o certificación. Un informe especial de la ONU menciona que es urgente la adopción de una reglamentación de la profesión jurídica que garantice una representación profesional calificada.²⁰⁶ Este mismo documento dice lamentar la falta de uniformidad en los criterios de calificación para el ejercicio de la abogacía, y la ausencia de un mecanismo de supervisión independiente que pueda velar por la calidad, integridad, ética y honorabilidad de la profesión.²⁰⁷

La ley de profesiones, así como los códigos penales de Baja California y del Distrito Federal cuentan con un apartado de infracciones y de delitos cometidos en el ejercicio de la profesión. En el Distrito Federal, la multa mínima por cometer una infracción es de USD 5 y la máxima de hasta USD 500.²⁰⁸ En Baja California, la multa por una infracción menor es de mínimo USD 30 y máximo 900; si se trata de infracciones graves, la mínima es de USD 900 y la máxima de 1.800.²⁰⁹

La imposición de las sanciones administrativas en Baja California le corresponde al Departamento de Profesiones del Estado;²¹⁰ y en el Distrito Federal, a la Dirección General de Profesiones, que es la máxima autoridad nacional en su tipo.²¹¹ Una de las sanciones administrativas contenidas en ambas leyes es la de inhabilitar o suspender el ejercicio de la profesión. En la práctica, las sanciones de inhabilitación o suspensión de la cédula profesional a abogados no se aplican, ya que durante 2011 y 2012 en todo el país se encontró únicamente un registro de inhabilitación o suspensión por año.²¹²

El Código Penal de Baja California contiene un capítulo especial sobre delitos de abogados, defensores y litigantes, según el cual se impondrá prisión de seis meses a tres años y suspensión hasta por tres años para ejercer la abogacía.²¹³ De la misma

²⁰⁵ *Idem.*

²⁰⁶ Naciones Unidas 2011, p. 16.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 2.

²⁰⁸ Ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, arts. 61-73.

²⁰⁹ Ley de Ejercicio de las Profesiones para el Estado de Baja California, art. 56 bis.

²¹⁰ *Ibid.*, art. 53.

²¹¹ Ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, art. 65.

²¹² Véase Dirección de Autorización y Registro Profesional de la Secretaría de Educación Pública, oficio N.º 2603/2013.

²¹³ CPBC, art. 337.

manera, en el Distrito Federal la prisión es de seis meses a cuatro años y la suspensión por un término igual al de la pena impuesta.²¹⁴ Considerando que en la comisión de cualquier tipo de este delito se les impondrá la suspensión del ejercicio de su profesión, entonces, conforme a la estadística nacional de profesiones, concluimos que durante los años 2011 y 2012 solo se sentenciaron a dos personas por esos delitos, si es que esas suspensiones corresponden a una suspensión por una sentencia penal.

En la experiencia de abogados litigantes entrevistados, la falta de representación calificada en un proceso penal genera consecuencias incalculables para las personas acusadas. Muchas de ellas enfrentan largas condenas en prisión –sin recurso alguno para revertirlas– por una mala defensa, sin responsabilidad para quien provee el servicio.

5. Políticas públicas para una defensa penal efectiva

De un análisis del Plan Nacional de Desarrollo y el de las entidades federativas del Distrito Federal y Baja California, nos percatamos de la ausencia de políticas públicas en materia de defensa penal, tanto pública como privada. Esto nos permite concluir que la defensa penal no es un tema prioritario dentro de la política criminal ni dentro de las políticas públicas en materia de derechos humanos. En general, la preocupación común tiene que ver con la persecución penal, la implementación general del sistema de justicia penal o el sistema penitenciario. No existe referencia específica a la defensa.

La Agenda Nacional de Derechos Humanos 2013 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos recomienda reformar el texto constitucional, a fin de suprimir la figura del arraigo, privilegiar las investigaciones exhaustivas y científicas previas a la detención, y no, como es la práctica recurrente, llevar a cabo la detención de una persona para después investigar.²¹⁵

A diferencia de Baja California, el Distrito Federal cuenta con un programa estatal de derechos humanos. Este programa dedica un apartado al derecho a un debido proceso, donde se desarrollan los pendientes que existen en la defensa adecuada. Por ejemplo, una de las estrategias es constituir a la Defensoría Pública en una institución autónoma en sus funciones y presupuestos, a fin de que desarrolle un trabajo de calidad para cualquier persona que solicite sus servicios y así se fortalezca el derecho a una defensa adecuada y el equilibrio procesal.²¹⁶

²¹⁴ Código Penal para el Distrito Federal, art. 319.

²¹⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos 2013, p. 41.

²¹⁶ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal 2009, p. 189.

El programa menciona que uno de los obstáculos para el ejercicio del debido proceso en el Distrito Federal tiene que ver con la insuficiencia de recursos materiales y humanos de los órganos de procuración y administración de justicia, lo que impide a menudo que la persona cuente con una traductora o un traductor o intérprete, o con otros medios de comunicación que garanticen accesibilidad de información y comunicaciones; que no tenga una defensa adecuada; o que las juezas y los jueces no estén presentes en las audiencias debido a la carga de trabajo.²¹⁷

Entre las líneas de acción más relevantes sobre la defensa adecuada está la de llevar a cabo un análisis de los programas de estudio de la licenciatura en Derecho y de las condiciones necesarias para regular la profesión jurídica, a fin de evitar abusos o acciones negligentes que terminen en violaciones del derecho al acceso a la justicia y al debido proceso. Para llevar a cabo esta acción se debe establecer, entre otras, un sistema para que las abogadas y los abogados puedan rendir cuentas, sin que implique la afectación del libre ejercicio de su profesión conforme a los Principios Básicos para la Función de los Abogados de la ONU.²¹⁸

En el caso de Baja California, la política pública de implementación del sistema de justicia acusatorio incluyó a la defensoría pública desde el inicio, al proporcionarle instalaciones dignas y mayores recursos económicos, así como personal capacitado, aunque no cuenta con un programa de capacitación continua institucionalizado.

Dada la carga de trabajo de la institución –toma más del 90% de los casos del sistema–, el personal y los recursos asignados no son suficientes para que la defensa sea verdaderamente adecuada para todas las personas a las que proporcionan el servicio. En 2013, la Procuraduría recibió un presupuesto de casi USD 90 millones, mientras que la Defensoría Pública recibió poco más de USD 4 millones; esta última sigue dependiendo de la Secretaría de Gobierno.²¹⁹

6. Conclusiones

Los derechos relacionados con una defensa adecuada han estado en constante evolución desde hace algunos años en México. La reforma de 2005 en materia de justicia para adolescentes, la de 2008 del sistema de justicia penal –política pública de gran

²¹⁷ *Ibid.*, p. 212.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 228.

²¹⁹ Presupuesto de egresos del estado de Baja California para el ejercicio fiscal 2013. Disponible en: <http://goo.gl/mr28Dr>.

envergadura que cambió el sistema mixto inquisitivo de justicia penal por uno acusatorio adversarial–, hasta los cambios constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos y sus correspondientes criterios jurisprudenciales han marcado un hito para el desarrollo de los derechos humanos relacionados con el proceso penal.

Entre los resultados prácticos positivos de la reforma del sistema de justicia penal destacan: la presencia de los jueces en las audiencias; la verdadera publicidad de las audiencias; la introducción de alternativas a la prisión preventiva, más allá de la tradicional libertad provisional bajo caución; y la disminución de los tiempos para procesar a una persona. Todo esto confirma la necesidad y el consenso que existen para contar con un sistema acusatorio pues, como se documenta en este reporte, está demostrado que con él se han revertido prácticas que afectan la defensa de una persona.

Sin embargo, a pesar de que el marco normativo vigente prevé altos estándares de debido proceso, algunas prácticas distan mucho de apegarse al derecho a una adecuada defensa. Estas inician desde el momento de la detención y perduran durante todo el proceso hasta la ejecución de la pena, afectando los diferentes derechos que garantizan la defensa efectiva.

Para empezar, la detención material, en particular, constituye un grave problema pues el periodo que pasa entre ese momento y la trasferencia de la custodia de la persona detenida al Ministerio Público constituye un espacio de vulnerabilidad y alto riesgo para la integridad personal.

En cuanto al derecho a la información, otras malas prácticas identificadas se refieren al hecho de que las personas imputadas no reciben inmediatamente reportes de calidad sobre su detención y los derechos que emanan de esa situación. Dentro de ambos sistemas penales vigentes, no se verifica en qué momento la persona recibió información ni si se transmitió efectivamente para que pudiera ejercer sus derechos. También se reporta que, a menudo, los ministerios públicos obstaculizan el acceso de los abogados defensores –en particular a los privados– a la persona y a la averiguación previa o carpeta de investigación.

Durante la detención material y ministerial, esta falta de información, conocimiento y acceso no solo impacta negativamente la preparación de la defensa técnica sino que además viola el derecho constitucional a contar con la presencia de un defensor durante todo proceso penal. Aún más, aumenta la posibilidad de que la persona detenida sufra intimidación, humillación, autoincriminación y, en el peor de los casos, tortura. En este sentido, destaca el mayor valor probatorio de la declaración ministerial dentro del sistema tradicional y la dificultad de controvertir confesiones coaccionadas. La tortura y los tratos crueles e inhumanos siguen siendo una práctica cotidiana en el sistema de justi-

cia, sin consecuencias para el proceso ni para los perpetradores, tal como lo documentan diversos reportes de organismos de derechos humanos nacionales e internacionales.

En lo relativo al derecho a contar con un traductor o intérprete, ambos sistemas están rezagados en su protección. Es claro que no existen mecanismos efectivos para garantizar que las personas indígenas cuenten con una defensa de calidad acorde con su cultura.

En relación con el derecho a guardar silencio también existe una asincronía entre la protección normativa y la ejecución práctica. Mientras el sistema acusatorio garantiza el derecho a guardar silencio y el derecho a la no autoincriminación, el resultado de la encuesta aplicada a personas privadas de libertad en Baja California arroja que el primer contacto con el defensor suele ocurrir unos minutos antes de la primera audiencia. Así, no solo el derecho a contar con un abogado desde la etapa inicial del proceso es prácticamente nulo sino que la falta de abogado desde la detención pone en riesgo el debido proceso, la integridad personal, y el derecho a la libertad y seguridad personales.

En relación con la presunción de inocencia, la Constitución la garantiza expresamente. No obstante, dos factores afectan este derecho en particular: la prisión preventiva oficiosa y el arraigo constitucional por delitos asociados a delincuencia organizada. En el primer caso, esa restricción constitucional al derecho a estar en libertad durante el proceso viola los fines legítimos –exclusivamente procesales– de las medidas cautelares, reconocidos internacionalmente. Lamentablemente, se observa que más del 40% de la población carcelaria del país se encuentra en prisión preventiva.

En el segundo caso, el arraigo constitucional constituye prácticamente una detención arbitraria pues desde su concepción se impone a personas contra las que ni siquiera hay una investigación en curso. Es un hecho que de no estar establecida en la Constitución, tendría que ser una medida expulsada del sistema jurídico mexicano por contrariar los derechos más básicos de las personas pues en el momento de sujetar a una persona a arraigo, el derecho a un juicio justo pierde eficacia.

Igualmente, aún falta instaurar un cambio cultural en toda la sociedad, incluyendo al Gobierno y los medios de comunicación, que todavía tienden a suponer la culpa de una persona detenida y/o imputada.

La protección de los derechos en la etapa de ejecución penal ha representado también un reto importante para los defensores pues no parece haber uniformidad ni claridad sobre el alcance de su intervención. Por otro lado, el sistema penitenciario mantiene prácticas inquisitivas como los estudios de personalidad vía los consejos interdisciplinarios, que al ser validados por los jueces impiden una defensa adecuada en esta fase.

En cuanto a la igualdad de armas, es claro que el poder del Ministerio Público en el sistema inquisitivo es casi absoluto; prácticamente, no existe un control judicial efectivo sobre la averiguación previa, quizá debido a su valor probatorio pleno. Ante este poder, la defensa adecuada es prácticamente anulada desde las fases iniciales del proceso.

El sistema acusatorio, en principio, ha logrado la instauración del equilibrio procesal, al quitarle al fiscal la fe pública y el carácter de autoridad en el proceso. Sin embargo, se identifican pendientes por resolver. En relación con la defensa pública, estos se traducen en la asignación inequitativa de recursos para fiscalías y defensorías, la insuficiencia de recursos para desarrollar investigaciones independientes, la falta de autonomía orgánica de las defensorías y la nula institucionalización de la capacitación continua. Por ende, la defensa pública mantiene una posición institucional débil frente a la persecución penal, que impacta la calidad del servicio proporcionado a las personas detenidas e imputadas.

Sería importante indagar las causas de las muy altas tasas de condena en los dos estados analizados (Baja California, 99,8%, y Distrito Federal, 90%) y su relación con la defensa efectiva de las personas sentenciadas.

Respecto a la defensa privada, igualmente, es posible identificar pendientes como el importante déficit de capacitación de abogados en el sistema acusatorio, circunstancia que afecta los derechos de defensa de las personas a quienes les prestan el servicio.

Hay que decir también que la tardanza en el trámite del juicio de amparo se opone a la sustanciación expedita de las causas, como ocurre ahora en los sistemas reformados. Este es un pendiente importante pues muchas resoluciones que imponen restricciones a la libertad –como las medidas cautelares– no encuentran un recurso efectivo en la justicia constitucional.

Finalmente, cabe destacar la nula información sobre qué abogados están efectivamente capacitados y autorizados para proveer una adecuada defensa penal; la carencia de estándares obligatorios de la profesión, y la inexistencia de órganos de control y rendición de cuentas efectivos que la regulen. Como resultado, no existen consecuencias para las malas defensas que afectan los derechos de las personas sujetas a proceso penal, muchas veces de manera irreversible.

Recomendaciones

1. Asegurar que la implementación del sistema penal acusatorio adopte los más altos estándares de defensa penal en la aplicación de la legislación penal única, así como incluir expresamente la defensa penal dentro de las

políticas públicas relacionadas con el sistema de justicia penal como en los planes nacionales y estatales de desarrollo, y de derechos humanos. En este sentido, asegurar la independencia de la defensa pública como garantía de legitimidad del sistema de justicia penal.

2. Implantar mecanismos eficientes –como el acceso irrestricto y efectivo a un abogado– al momento de la detención que empoderen a las personas para exigir sus derechos durante el proceso hasta la etapa de ejecución penal, a través de la comunicación efectiva de estos en un lenguaje democrático y accesible.
3. Capacitar a los abogados defensores públicos y privados en el control del parámetro de regularidad constitucional para ampliar el espectro de la adecuada defensa en el litigio penal.
4. Eliminar el arraigo constitucional del sistema jurídico, así como el catálogo de delitos inexcarcelables de la Constitución y del Código Nacional de Procedimientos Penales, y promover el uso racional de la prisión preventiva con base en los estándares internacionales.
5. Garantizar la igualdad de armas entre la defensa pública y el Ministerio Público, lo cual implica dotar de autonomía funcional a las defensorías públicas; igualar los salarios netos de los defensores con los del Ministerio Público; y aumentar sus presupuestos para contar con más defensores públicos, auxiliares y un grupo de peritos independientes de los de las procuradurías.
6. Establecer indicadores de calidad obligatorios de la defensa pública para garantizar el acceso a un abogado defensor desde el momento de la detención y durante todo el proceso penal. Además, crear mecanismos eficientes para la rendición de cuentas por parte de quienes ejercen la profesión jurídica, ya sea a través de la colegiación, de la certificación para ejercer la defensa en todas las materias, o de cualquier otra herramienta que permita imponer estándares profesionales y éticos a los abogados, y sancionar su incumplimiento. Asimismo, permitir el acceso público a información de calidad sobre quienes ejercen la defensa penal.

7. Bibliografía

- Agrast, Mark David y otros. *WJP Rule of Law Index 2012-2013*. Washington, D.C.: World Justice Project, 2013. Disponible en: <http://goo.gl/SFRllf>.
- American Bar Association Rule of Law Initiative. Índice para la reforma de la profesión jurídica para México. Washington, D.C.: American Bar Association, 2011. Disponible en: <http://goo.gl/fSDeJt>.
- Bergman, Marcelo y Azaola, Elena. "Cárceles en México: cuadros de una crisis". *Urvio Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana* (2007): 74-87. Disponible en: <http://goo.gl/6srF3m>.
- Bergman, Marcelo y Azaola, Elena. "De mal en peor, las condiciones de vida en las cárceles". *Nueva Sociedad* (2007): 118-127. Disponible en: <http://goo.gl/Z7Pn2O>.
- Bergman, Marcelo y Azaola, Elena. *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la tercera encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*. México, D.F.: Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2009. Disponible en: <http://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2013/03/Encuesta-a-población-en-reclusión.pdf>
- Centro de Investigación y Docencia Económicas. *Resultados de la primera encuesta realizada a población interna en centros federales de readaptación social*. México: CIDE, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/iwIeQt>.
- Centro de Justicia Alternativa. "Estadística 2012". *Tribunal Superior del Distrito Federal*. México, Poder Judicial del Distrito Federal, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/9DdWMH>.
- Centro Profesional Indígena de Asesoría, Defensa y Traducción. *Informe sobre el estado que guardan los derechos lingüísticos de los pueblos y comunidades indígenas en el ámbito de procuración y administración de justicia en Oaxaca*. México: Centro Profesional Indígena de Asesoría, Defensa y Traducción, A.C., 2010.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2009.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Recomendación 02/2011, Violaciones a derechos humanos con motivo de la solicitud, expedición y condiciones en*

- las que se aplica el arraigo en el Distrito Federal.* México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011. Disponible en: <http://goo.gl/JZFZKi>.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Recomendación 03/2012, Exhibición de personas, publicidad de su información confidencial y la contenida en los expedientes de averiguación previa, por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.* México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/anE9RQ>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas.* Costa Rica: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013. Disponible en: <http://goo.gl/ZcJ91X>.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. *Diagnóstico nacional de supervisión penitenciaria.* México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011. Disponible en: <http://goo.gl/6NQvUg>.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. *Informe anual de actividades 2011.* México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/bYHsZY>.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. *Agenda nacional de derechos humanos.* México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2013.
- Comité contra la Tortura. *Observaciones Generales 2012.* Ginebra: Naciones Unidas, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/GNHGjg>.
- Comité de Derechos Humanos. *Observaciones finales sobre Argentina.* Ginebra: Naciones Unidas, 2000.
- Comité de Derechos Humanos. *Observación General Nº 32.* Ginebra: Naciones Unidas, 2007.
- Defensoría de Oficio del Distrito Federal. *Informe de actividades 2010.* México: Dirección de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal, 2011.
- Defensoría Pública de Baja California. *Reporte Estadístico.* Baja California: Defensoría Pública de Baja California, 2012.
- De la Madrid, Ricardo Raphael. *Reporte sobre la discriminación en México 2012. Proceso penal.* México: CIDE-CONAPRED, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/9B3SwR>.
- Human Rights Watch. *Ni seguridad, ni derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la “guerra contra el narcotráfico” de México.* Nueva York: Human Rights Watch, 2011. Disponible en inglés en: <http://goo.gl/vBLgA3>.

Human Rights Watch. *World Report 2012: México*. Nueva York: Human Rights Watch, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/qbHwP5>.

Ingram, Matthew C. y otros. *Judicial Reform in Mexico. Toward a New Criminal Justice System*. San Diego: Trans-Border Institute, 2010. Disponible en: <http://goo.gl/iPsI5Q>.

Ingram, Matthew C. y otros. *Justiciabarómetro. Survey of Judges, Prosecutors, and Public Defenders in Nine Mexican States*. San Diego: Trans-Border Institute, 2011. Disponible en: <https://justiceinmexico.files.wordpress.com/.../justicia>.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. *Censo de población y vivienda 2010*. México: INEGI, 2010. Disponible en: <http://goo.gl/9VmV1X>.

Instituto Mexicano para la Competitividad. *Presupuesto de egresos del estado de Baja California para el ejercicio fiscal 2011*. México: Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C., 2011. Disponible en: <http://goo.gl/GiCLCK>.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. *Seguridad pública y justicia 2010, principales indicadores*. México: INEGI, 2011.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. *Censo nacional de impartición de justicia estatal*. México: INEGI, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/qlBCoR>.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. *Encuesta nacional de victimización y percepción sobre seguridad pública*. México: INEGI, 2013. Disponible en: <http://goo.gl/2v8sQP>.

Instituto para la Seguridad y Democracia. *El sector seguridad bajo lupa ciudadana. Sistematización de resultados de la fiscalización de la cuenta pública 2009 [Auditoría Superior de la Federación]*. México: Instituto para la Seguridad y Democracia, 2011. Disponible en: <http://goo.gl/NR1Th4>.

Lara Klahr, Marco. *No más pagadores. Guía de periodismo sobre presunción de inocencia y reforma al sistema de justicia penal*. México: Instituto de Justicia Procesal Penal, A.C., 2011. Disponible en: <http://goo.gl/mgTdsB>.

Latinobarómetro. *Informe 2011*. Santiago de Chile: Corporación Latinobarómetro, 2011. Disponible en: <http://goo.gl/GUbSXT>.

Mendoza Mora, Carlos. *Análisis costo-beneficio del nuevo sistema de justicia penal en los ámbitos federal y estatal*. México: Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/KNn4D8>.

- México Evalúa. *Índice de inseguridad ciudadana y violencia*. México: México Evalúa - Centro de Análisis de Políticas Públicas, 2009. Disponible en: <http://goo.gl/j84IP5>.
- México Evalúa. *La cárcel en México: ¿para qué?* México: México Evalúa - Centro de Análisis de Políticas Públicas, 2013. Disponible en: <http://goo.gl/3o6j0b>.
- Naciones Unidas. *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. Misión a México*. Ginebra: Naciones Unidas, 2011. Disponible en: <http://goo.gl/A7mZCA>.
- Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. *Indicadores sobre el derecho a un juicio justo del Poder Judicial del Distrito Federal*, vol. II. México: ACNUDH - México y TSJDF, 2011. Disponible en: <http://goo.gl/HLRQGo>.
- Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en México: actualización 2012 y balance 2013*. México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013. Disponible en: <http://goo.gl/exCNVp>.
- Procuraduría General del Distrito Federal. *Acuerdo A/018/2011*. México: Procuraduría General del Distrito Federal, 2011.
- Procuraduría General del Distrito Federal. *Acuerdo A/003/2012*. México: Procuraduría General del Distrito Federal, 2012.
- Procuraduría General del Distrito Federal. *Acuerdo A/004/2013*. México: Procuraduría General del Distrito Federal, 2013.
- Ramírez, Silvina. *La protección de los derechos de los pueblos indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal. Estados de Oaxaca, Chiapas, Guerrero*. Washington, D.C.: Due Process of Law Foundation, 2012.
- Reyes Tépach, M. *El presupuesto federal para la función seguridad pública 2010-2011*. México: Cámara de Diputados, 2010. Disponible en: <http://goo.gl/a0OecZ>.
- Reyes Tépach, M. *El presupuesto federal para la función seguridad pública 2011-2012*. México: Cámara de Diputados, 2011. Disponible en: <http://goo.gl/wNsiqP>.
- Rivera, Marien. *101 conceptos para entender la inseguridad (con seguridad)*. México: Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., 2012. Disponible en: <http://goo.gl/Ni1Efa>.

- Rivera, Marien y CH, Rafael. *Números rojos del sistema penal*. México: Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., 2011. Disponible en: <http://goo.gl/dV8ySv>.
- Sarre, Miguel. “Debido proceso y ejecución penal. Reforma constitucional de 2008”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (2011): 251-268. Disponible en: <http://goo.gl/l2H7zV>.
- Secretaría de Finanzas. *Cuenta Pública del Distrito Federal 2011, III. Estados analíticos de egresos presupuestarios*. México: Secretaría de Finanzas, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/nads0I>.
- Secretaría de Gobernación. *Estadísticas del sistema penitenciario nacional*. México: Secretaría de Gobernación, 2013. Disponible en: <http://goo.gl/lKNy0D>.
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. *Incidencia delictiva nacional y por estado 2012*. México: Secretaría de Gobernación, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/pMqC7>.
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. *Incidencia delictiva nacional, fuero federal 2012*. México: Secretaría de Gobernación, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/DSEPH>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*. México: SCJN, 2013. Disponible en: <http://goo.gl/n4EgUb>.
- Transparencia Mexicana. *Índice nacional de corrupción y buen gobierno*. México: Transparencia Mexicana, 2011. Disponible en: <http://goo.gl/ZdT3b8>.
- Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. *Elementos para la construcción de una política de estado para la seguridad y la justicia en democracia. Hacia una política de Estado en los albores del tercer milenio* (2011). Disponible en: <http://goo.gl/Zblcc3>.
- Zepeda Lecuona, Guillermo. *Informe general seguimiento del proceso de implementación de la reforma penal en México. Estados de Chihuahua, Estado de México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas, 2007-2011*. México: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2012. Disponible en: <http://goo.gl/IDVZhD>.

Liliana Bances
Farro
Nataly Ponce
Chauca

CAPÍTULO 8. PERÚ¹⁻²

1. Información sociodemográfica básica

1.1. *Información demográfica y política básica*

El Perú tiene una superficie de 1.285.216 km² y una población estimada de 30.817.696 habitantes.³ Este país se divide en tres regiones geográficas: la costa, la sierra y la selva. Según el Censo Nacional 2007,⁴ la costa alberga 54% de la población, la sierra 32,0%

¹ Este capítulo estuvo a cargo del Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (CERJUSC). La investigación y redacción fue realizada por Liliana Bances, y la dirección de la investigación y supervisión fue llevada a cabo por Nataly Ponce.

² Este capítulo analiza el estado situacional de la defensa penal en el Perú con el propósito de determinar, con objetividad y sustento técnico, su nivel de eficacia bajo los estándares del respeto al Estado de derecho y a los derechos humanos. Este estudio profundiza en las áreas normativa, jurisprudencial, institucional y práctica. Para su elaboración se recopiló y sistematizó información estadística y cualitativa sobre el sistema de justicia penal, y específicamente sobre la defensa penal, incluyendo jurisprudencia relevante. El proceso de recopilación de información comprendió 28 entrevistas con operadores claves del sistema de justicia de los distritos judiciales de Lima, Cusco y Lambayeque: diez defensores públicos, cinco jueces penales, cinco fiscales, cuatro policías y cuatro defensores privados. Asimismo, fueron entrevistados el director general de Defensa Pública y Acceso a la Justicia, el coordinador del Área Penal de la Dirección General de Defensa Pública (DGDP), la directora distrital de la Defensa Pública en Lambayeque, y el director distrital de la Defensa Pública en Cusco.

³ Proyección de población hasta el año 2014 realizada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). El último censo nacional se realizó en el año 2007, arrojando como resultado una población de aproximadamente 28.220.764 habitantes.

⁴ Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2007.

y la selva 13,4%. El 75,9% de la población peruana reside en centros urbanos y el 24,1% en poblados rurales. La población es mayoritariamente mestiza y se estima que la población indígena alcanza el 15,9% de la población. El país se caracteriza por ser heterogéneo, pluricultural, multiétnico, con 72 grupos etnolingüísticos, 65 ubicados en el área amazónica y 7 en el área andina, agrupados en 16 familias lingüísticas diferentes.⁵ No obstante, el idioma español es hablado por la mayoría de los peruanos, el 84,1%, en sus diversas regiones; el quechua por el 13%; el aymara por el 1,7%; y el asháninca por el 0,3%.

Territorialmente, Perú se divide en 25 regiones⁶ y una provincia constitucional.⁷ La población pobre ocupa el 25,8% y la extremadamente pobre el 6%.⁸ El Estado peruano se rige por la Constitución Política de 1993,⁹ la cual es la base del ordenamiento jurídico nacional. Este documento recoge, sistematiza y organiza el sistema político del país, y controla, regula y define los derechos y las libertades de los ciudadanos.

1.2. Descripción general del sistema de justicia penal

En el Perú han existido cinco leyes en materia procesal penal: el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863,¹⁰ el Código de Procedimiento en Materia Criminal de 1920,¹¹ el Código de Procedimientos Penales de 1940,¹² el Código Procesal Penal de 1991,¹³ y el Código Procesal Penal de 2004¹⁴ (en adelante CPP).

⁵ Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano 2010.

⁶ Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Callao, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lam-bayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes, Ucayali.

⁷ Provincia Constitucional del Callao.

⁸ Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) 2013a.

⁹ Promulgada el 29 de diciembre de 1993 y que rige a partir del 1 de enero de 1994.

¹⁰ Empezó a regir desde el 1 de marzo de 1863 y tiene sus fundamentos en el Reglamento de España de 1835 y el Código de José II. Cfr. San Martín Castro 2004, pp. 27-68.

¹¹ Se promulgó por la Ley 4019, del 2 de enero de 1920 y entró en vigencia el 1 de junio del mismo año.

¹² Se promulgó el 23 de noviembre de 1939 y entró en vigencia el 18 de marzo de 1940. Se promulgó a través del Decreto Legislativo 638, del 25 de abril de 1991.

¹³ Se promulgó a través del Decreto Legislativo 638, del 25 de abril de 1991.

¹⁴ Se promulgó a través del Decreto Legislativo 957, del 28 de julio de 2004.

El país está dividido en 31 distritos judiciales,¹⁵ donde subsisten dos modelos procesales penales: el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio.¹⁶ El primero aplica el Código de Procedimientos Penales de 1940 y rige en ocho distritos judiciales,¹⁷ entre ellos Lima, donde se procesa más del 50% de la carga judicial del país. Este modelo se caracteriza por el formalismo, la escrituralidad y la reserva de la investigación, así como la duplicidad de las funciones propias de los fiscales y jueces.

El segundo sistema de justicia penal aplica el CPP e inició su implementación progresiva el 1 de julio de 2006 en Huaura, y está vigente en 23 distritos judiciales del país.¹⁸ Este nuevo modelo procesal penal representa un cambio sustancial en el desarrollo del enjuiciamiento criminal peruano, pues comprende un sistema acusatorio que privilegia los principios de inmediación, concentración, contradicción, publicidad y oralidad. La vigencia del CPP supone un cambio sustancial en la investigación y persecución penal del delito, instituyendo una división marcada y precisa de la separación de los roles y las funciones de los sujetos procesales.

1.3. Estructura del nuevo modelo procesal penal

A continuación se presenta la estructura del nuevo modelo procesal penal y, dentro de este, las principales funciones de cada institución del sistema de justicia penal peruano.

El CPP establece que el nuevo proceso penal tiene tres etapas claramente diferenciadas. La primera es la *investigación preparatoria*, la cual comprende las diligencias preliminares y la investigación formalizada a cargo del fiscal, titular de la acción penal y a quien le corresponde la dirección de la investigación del delito, con el apoyo técnico y científico de la Policía. Esta etapa comienza con la noticia criminal y la realización de las diligencias preliminares. El fiscal tiene un plazo entre 24 horas y 20 días, según la complejidad del caso, para determinar si existen o no indicios de la comisión

¹⁵ Para efectos de la organización de la administración de justicia, existen 31 distritos judiciales; dicha división es autónoma y no coincide necesariamente con las regiones del país.

¹⁶ Perú, al igual que otros 18 países de la región latinoamericana, ha iniciado transiciones del proceso penal inquisitivo hacia sistemas de tipo acusatorio.

¹⁷ Apurímac, Huancavelica, Ayacucho, Junín, Callao, Lima Norte, Lima Sur y Lima.

¹⁸ Los distritos judiciales donde se ha implementado el CPP y donde esta norma rige para todos los delitos son Huaura, La Libertad, Tacna, Moquegua, Arequipa, Tumbes, Piura, Sullana, Lambayeque, Puno, Madre de Dios, Cusco, Cajamarca, Amazonas, San Martín, Ica, Cañete, Ancash, Santa, Huánuco, Pasco, Ucayali y Loreto. Cabe precisar que a nivel nacional solo está vigente para los delitos de corrupción de funcionarios públicos, según la Ley 29574 del 17 de septiembre de 2010 y la Ley 29648 del 3 de enero de 2011.

de un delito; concluido ese plazo, el fiscal debe decidir entre formalizar y continuar la investigación preparatoria, o archivar la denuncia.

La formalización de la investigación preparatoria tiene como objetivo reunir los elementos de convicción, de cargo o descargo, que permitan al fiscal, dentro del plazo de 120 días, decidir si formula acusación o solicita el sobreseimiento cuando el delito no puede ser atribuido al imputado. Por otro lado, en esta etapa, el fiscal puede requerir al juez de la investigación preparatoria el otorgamiento de medidas de coerción procesal,¹⁹ la aplicación de salidas alternativas²⁰ o de los procesos especiales.²¹ Asimismo, en esta fase procesal, el juez de investigación preparatoria garantiza el respeto de los derechos del imputado a través de la tutela de derechos²² y de la investigación formal, así como el control de los plazos, acciones que se sujetan al principio de contradicción ejercido por los defensores. La investigación preparatoria se desarrolla mediante audiencias públicas, orales y contradictorias.

¹⁹ Limitaciones a los derechos fundamentales –cuya finalidad es evitar la evasión de la acción de la justicia– que entorpezcan la actividad probatoria e impidan el desapoderamiento patrimonial del imputado. Entre las medidas de coerción procesal se encuentran las medidas personales, reales y la suspensión preventiva de derechos, establecidos en los artículos 259 a 320 del CPP.

²⁰ Las salidas alternativas son vías de solución que, en determinados casos, facultan al fiscal a abstenerse del ejercicio de la acción penal, para evitar el proceso y la imposición de la pena tradicional. Es preciso mencionar que cuando se formaliza la investigación preparatoria, el fiscal solo puede solicitar la aplicación del principio de oportunidad, establecida en el artículo 2 del CPP, la cual se puede promover hasta antes de la formulación de la acusación. El acuerdo reparatorio es otra salida alternativa que el fiscal puede aplicar hasta antes de la formalización de la investigación preparatoria.

²¹ Permiten acelerar o abreviar el trámite del proceso penal y omiten formalismos o diligencias innecesarias, a fin de lograr la emisión de una sentencia en plazos más cortos, pero sin dejar de respetar los estándares mínimos del debido proceso. Entre los especiales se encuentran el proceso inmediato, el proceso por razón de la función pública, el proceso de seguridad, el proceso por delito de ejercicio privado de la acción, el proceso de terminación anticipada, el proceso por colaboración eficaz y el proceso por faltas, todos establecidos en los artículos 446 a 487 del CPP. Pero los procesos que se pueden aplicar cuando se formaliza la investigación preparatoria son el proceso de terminación anticipada y el de colaboración eficaz.

²² La tutela de derechos es una acción que puede interponer el imputado cuando considera que en las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se han respetado sus derechos, o que es objeto de indebidas medidas limitativas de derechos o de requerimientos ilegales. Esta figura está regulada en el artículo 71.4 del CPP, y el juez de investigación preparatoria debe resolverla inmediatamente, previa constatación de los hechos y la realización de una audiencia con intervención de las partes.

La segunda etapa del nuevo proceso penal es la *intermedia*, a cargo del juez de investigación preparatoria. Esta fase constituye el intervalo entre la investigación y el juicio oral. La etapa intermedia es una fase de control, donde el juez competente verifica si existen elementos probatorios suficientes para pasar a la etapa de juzgamiento –control de acusación–, a fin de evitar que se formule acusación contra un procesado sin fundamento material o probatorio suficiente;²³ de esta manera se garantiza el principio de presunción de inocencia, ya que la decisión de someter al acusado a juicio oral no será apresurada, superficial, ni arbitraria.

Finalmente, la tercera etapa es *el juzgamiento*, a cargo del juez unipersonal o colegiado, quien debe garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa. Esta etapa es la más importante del proceso penal, ya que comprende el juicio oral y público, bajo la dinámica del principio contradictorio. En el juicio oral se actúan y desarrollan las pruebas admitidas, se producen los alegatos finales y se dicta la sentencia condenatoria o absolutoria sobre la base de los argumentos presentados oralmente por las partes procesales.

1.4 Los niveles de delincuencia y la población carcelaria

1.4.1. Niveles de delitos e inseguridad ciudadana

En el año 2013, la Policía Nacional del Perú (PNP) registró 268.018 denuncias por delitos a nivel nacional,²⁴ de las cuales 61% se relacionaron con robos y hurtos. Esta incidencia delictiva es corroborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) que establece que el 58% de hechos delictivos en el país corresponde a robos o intentos de robos de dinero, teléfonos celulares y otros delitos patrimoniales.²⁵

En los últimos años los delitos se han incrementado en el Perú, particularmente los patrimoniales violentos, situación que está afectando la percepción de inseguridad ciudadana. Así, el 87% de la población peruana considera que será víctima de algún delito,²⁶ tendencia que es corroborada por el Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014, que señala que el Perú es el país de América Latina con la percepción más alta de inseguridad ciudadana.²⁷

²³ Príncipe Trujillo 2009.

²⁴ Policía Nacional del Perú 2013.

²⁵ Instituto Nacional de Estadística e Informática 2013b.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) 2013.

Además de los delitos comunes, el Perú tiene una problemática de delincuencia organizada, fenómeno que se expresa tanto a través de delitos violentos como no violentos. En este ámbito figuran el tráfico ilícito de drogas, la tala ilegal de madera, la minería ilegal, la trata de personas, las extorsiones y el lavado de activos.²⁸

1.4.2. Población carcelaria

En los últimos diez años, la población penitenciaria peruana²⁹ aumentó en 56%. En el año 2004 hubo 31.311 personas privadas de libertad, cantidad que en julio de 2014 llegó a 70.813. Actualmente hay 204 personas encarceladas por cada 100.000 habitantes. Esta situación refleja que uno de los problemas más significativos que enfrenta el sistema de justicia penal peruano es el hacinamiento carcelario. La sobre población penitenciaria es de 126%, distribuida en 67 establecimientos penitenciarios cuya capacidad global de albergue está prevista para 31.286 internos.

La población encarcelada está compuesta por 66.392 hombres y 4.421 mujeres. El 80% son internos primarios, es decir, sin ingresos carcelarios previos, y 20% son reingresantes. Además, la mayor cantidad de internos está encarcelada por el delito de robo agravado (28,5%), seguido por el delito de tráfico de drogas –tipo básico– (12,1%) y el delito de violación sexual (8,4%).

En cuanto a la prisión preventiva, en los primeros años de aplicación del CPP, iniciada en el año 2006, el nuevo sistema procesal penal impactó positivamente en la reducción de esta; sin embargo, a partir de 2011, esta tendencia se ha revertido.³⁰ De acuerdo con la información oficial disponible, en julio de 2014, el 53% de la población encarcelada correspondía a presos preventivos y el 47% a presos con sentencia.

2. La asistencia jurídica

La Constitución Política y las leyes peruanas reconocen que toda persona tiene derecho de defensa en cualquier estado del proceso judicial, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.³¹ Bajo este marco, toda

²⁸ Ponce y otros 2014.

²⁹ Instituto Nacional Penitenciario 2014.

³⁰ Ponce y Bances 2013.

³¹ Conforme a la Constitución Política, art. 139, inc. 14. Asimismo, CPP, arts. IX del Título Preliminar y 71.

persona tiene derecho a ser asistida por un defensor de su elección o por un defensor público.³² Por ello, desde la detención, el sospechoso debe ser asistido por un abogado colegiado,³³ el cual puede ser un defensor privado o público. En algunos casos, también puede ser asistido por defensores *pro bono*³⁴ o por defensores de consultorios jurídicos, clínicas jurídicas universitarias u organizaciones de la sociedad civil.

Cuando una persona detenida, investigada, procesada o condenada es asistida por un defensor público, recibe asistencia y asesoría técnico-legal gratuita.³⁵ La defensa penal pública es un servicio que privilegia a las personas con escasos recursos económicos, que no pueden acceder a los servicios de un defensor privado. Los defensores públicos también brindan sus servicios a las personas que renuncian a ejercer su derecho de defensa, por lo cual, el juez o el fiscal correspondiente debe requerir el nombramiento de un defensor público para garantizar la legalidad de las diligencias y el debido proceso.³⁶

2.1. Organización y gestión del sistema de asistencia jurídica

El sistema de defensa penal peruano responde a dos modelos: (1) el modelo de defensa en el cual los servicios son prestados por defensores privados, es decir, se ejerce la defensa libremente, y (2) el modelo de defensa estatal, donde el Estado proporciona el servicio de defensa gratuita, a través de los defensores públicos.

Los defensores privados se rigen por los colegios de abogados.³⁷ Cabe mencionar que a nivel nacional existen 31, uno por cada distrito judicial. Los colegios de aboga-

³² Actualmente se utiliza el término “defensor público”; la denominación “defensor de oficio” se aplicaba a los defensores públicos en el sistema inquisitivo.

³³ El artículo 285 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que para ejercer la abogacía se debe tener título de abogado, hallarse en ejercicio de los derechos civiles, tener inscrito el título profesional en la Corte Superior de Justicia más cercana e igualmente estar inscrito en el Colegio de Abogados del distrito judicial correspondiente y si allí no lo hay, en el distrito judicial más cercano.

³⁴ En cumplimiento de la responsabilidad profesional, a través del trabajo pro bono, varios estudios de abogados contribuyen a que personas de escasos recursos económicos, sectores o grupos vulnerables accedan a la justicia.

³⁵ En concordancia con la Ley del Servicio de Defensa Pública - Ley 29360, art. 2.

³⁶ En concordancia con el CPP, art. 80, Ley del Servicio de Defensa Pública - Ley 29360, art. 14 y Decreto Supremo 013-2009-JUS, art. 29.

³⁷ Es preciso mencionar que, por disposición constitucional, todos los abogados para ejercer legalmente deben incorporarse a un colegio de abogados. Además de estar inscritos en el colegio de abogados del distrito judicial correspondiente, es obligatoria la suscripción a una Corte Superior, según el artículo 285 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

dos son instituciones autónomas, con personalidad de derecho público,³⁸ que gozan de autonomía administrativa para establecer su organización interna; autonomía económica para determinar sus ingresos propios; y autonomía normativa para elaborar y aprobar sus propios estatutos. Actualmente se estima que los colegios de abogados agrupan a 130.000 abogados, de los cuales 25% se desempeña profesionalmente en el ámbito penal, mientras que el 40% ejerce la defensa privada.³⁹

Los defensores públicos penales integran la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia⁴⁰ (en adelante, DGDPAJ), que es un órgano de línea del Vice-ministerio de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia.⁴¹ La DGDPAJ cuenta con órganos descentrados en los 31 distritos judiciales, denominados direcciones distritales, a través de los cuales se brinda asistencia y asesoría técnico-legal gratuita, principalmente a las personas que no tienen recursos económicos. Los defensores públicos penales son parte de la Dirección de Defensa Penal, unidad orgánica de la DGDPAJ.

2.2. El gasto en asistencia jurídica penal

El Estado peruano destina presupuesto público solo para la defensa pública, ya que la defensa privada se subvenciona con los recursos de sus clientes. Entre los años 2006 y 2014, el presupuesto de la DGDPAJ se incrementó considerablemente, con motivo de la implementación del CPP; no obstante, desde el año 2012, este presupuesto se ha reducido de manera significativa, situación que posiblemente está asociada a la postergación de la continuación de la implementación del CPP en los ocho distritos judiciales pendientes.⁴²

³⁸ Conforme a la Constitución Política del Perú, art. 20°.

³⁹ *La Ley*, “Los abogados en el Perú”, 1 de abril de 2014.

⁴⁰ El antecedente normativo de esta institución es la Ley 27019 del 22 de diciembre de 1998 –que creó el Servicio Nacional de la Defensa de Oficio–, derogada por la Ley 29360, Ley del Servicio de Defensa Pública, de mayo de 2009, que rige junto al Reglamento, aprobado por el DS 013-2009-JUS.

⁴¹ Según el Decreto Supremo 011-2012-JUS, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El Viceministerio, a su vez, forma parte de la estructura orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de acuerdo con la Ley 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El Ministerio de Justicia es un organismo del Poder Ejecutivo, que comprende a todas las instituciones del Estado –en todos los niveles del Gobierno– vinculadas con el cumplimiento de las políticas nacionales, entre otras, la de acceso a la justicia.

⁴² El 31 de marzo se publicó el Decreto de Urgencia 012-2011, mediante el cual se establecieron diversas medidas para limitar el gasto corriente, tanto en bienes y servicios como en infraestructura,

El presupuesto asignado a la DGDPAJ, en el año 2014 ascendió a USD 16.895.001.⁴³ Comparativamente, esta cantidad representa el 2,6% del presupuesto del Ministerio de justicia y Derechos Humanos y el 3,5% del presupuesto del Ministerio Público. El presupuesto de la DGDPAJ está distribuido de la siguiente manera: 96,9% para la asistencia jurídica gratuita, 2,5% para la evaluación socioeconómica y 0,6% para la supervisión funcional y el monitoreo.

El incremento del presupuesto de la DGDPAJ ha permitido el aumento del número de los defensores públicos. Actualmente, hay 1.440 a nivel nacional, cifra que representa un incremento de 60% en comparación con el año 2005, cuando había 454 defensores públicos. Este crecimiento de los recursos humanos ha sido implementado para responder a las demandas del CPP.⁴⁴

Cabe mencionar que del número total de defensores públicos, 808 prestan sus servicios en el área penal en los 31 distritos judiciales del país.⁴⁵ De este total, 593 (73%) aplican el CPP en los 23 distritos judiciales donde rige esta norma; asimismo, 187 (23%) trabajan en 8 distritos judiciales con el anterior sistema procesal penal inquisitivo, y 28 (4%)⁴⁶ trabajan en los establecimientos penitenciarios, donde atienden las necesidades de los internos relacionadas con los beneficios penitenciarios y pedidos de gracias presidenciales de la población penitenciaria con sentencia, que asciende a 33.021 personas.⁴⁷

ante un análisis de la coyuntura externa, lo cual ha limitado que las instituciones cuenten con los recursos necesarios para la implementación del CPP en los distritos judiciales en los que estaba prevista su entrada en vigencia durante el año 2011, conforme a su Calendario Oficial de Aplicación Progresiva, aprobado mediante el Decreto Supremo 016-2010-JUS. En ese sentido, la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal consideró conveniente la modificación del Calendario Oficial de Aplicación Progresiva del Código Procesal Penal, concretizado a través del Decreto Supremo 004-2011-JUS. Esta norma dispuso que en el año 2013 se implementaría el CPP en los distritos judiciales de Apurímac, Huancavelica, Ayacucho, Junín, Callao, Lima Norte, Lima Sur y Lima.

⁴³ La cotización oficial del dólar estadounidense en el momento del análisis fue de 1 USD = S/ 2,8.

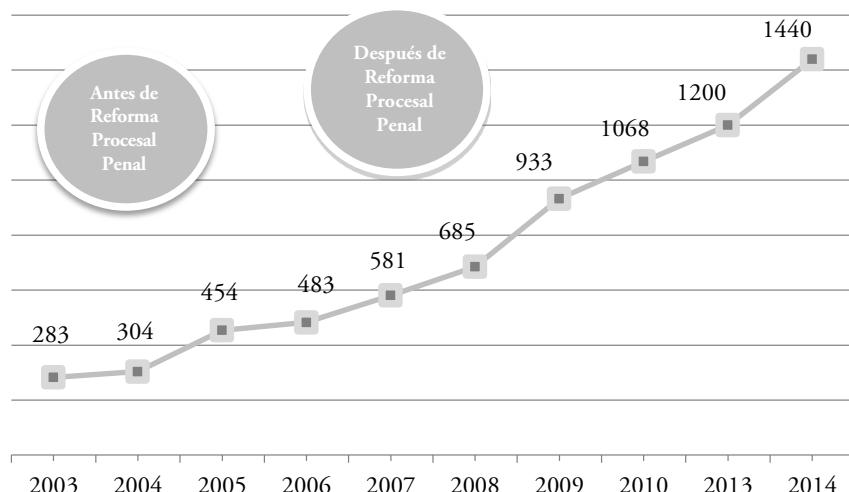
⁴⁴ Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia. Disponible en: <http://www.minjus.gob.pe/defensapublica/>.

⁴⁵ La distribución corresponde al total de defensores públicos en 2013, conforme a la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia.

⁴⁶ Los defensores públicos penales asignados al CPP también cubren turnos durante la semana para atender a la población de los establecimientos penitenciarios.

⁴⁷ Instituto Nacional Penitenciario 2014.

Gráfico 1.
Evolución del número de defensores públicos en el periodo 2003-2014



Elaboración: CERJUSC, sobre la base de información de los anuarios estadísticos del Ministerio de Justicia y CAD Ciudadanos al Día.

2.3. Métodos de la entrega de asistencia jurídica penal

La provisión del servicio de asistencia jurídica en el país varía según las características del imputado. Según el CPP, cuando una persona es detenida, tiene el derecho a ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor.⁴⁸ Si el detenido, por sus escasos recursos, no tiene posibilidades de conseguir un defensor privado, se designará un defensor público, quien ejercerá su labor gratuitamente.⁴⁹

Con relación a las prácticas, los fiscales del distrito judicial de Cusco entrevistados para efectos de esta investigación indicaron que cuando una persona es detenida, la Policía se comunica con el fiscal, quien en algunos casos acude a la comisaría y le consulta personalmente al imputado si tiene un defensor privado o si requiere los servicios de un defensor público. Si el detenido indica que desea ser asistido por un defensor privado, el fiscal le proporciona el teléfono para que se comunique con su defensor. Por el contrario, si el detenido solicita un defensor público,⁵⁰ el fiscal se

⁴⁸ Conforme al CPP, art. 71, inc. c.

⁴⁹ Conforme al CPP, art. 80.

⁵⁰ Usualmente debido a que no conoce un defensor privado o no tiene recursos económicos para acceder a él.

comunica con el defensor de turno para que acuda a la sede policial, quien asiste al imputado sin distinguir su situación económica.

Sin embargo, en algunos casos, cuando al fiscal se le comunica que existe un detenido, autoriza a los policías para que sean ellos quienes le consulten al detenido si cuenta con un defensor privado o si requiere un defensor público. Si el detenido indica que desea ser asistido por un defensor público, el policía se comunica con el defensor público de turno. Cabe mencionar que para efectos de la comunicación con los defensores públicos, tanto el fiscal como el policía tienen acceso a los números telefónicos de los defensores públicos que cubren un turno permanente de 24 horas, los 7 días de la semana.

El Código Procesal Penal establece que cuando un defensor privado no asiste a una diligencia inaplazable,⁵¹ debe ser reemplazado por otro que designe el procesado o por un defensor público,⁵² como una medida para que el proceso no se dilate indebidamente. Para ello, el juez notifica al coordinador de los defensores públicos, a fin que se designe al defensor público que representará al imputado, bajo apercibimiento de ser designado él mismo. No obstante, si se trata de una diligencia aplazable, el defensor público será notificado después de la segunda inasistencia injustificada del defensor privado.⁵³

En cualquier etapa del proceso penal, el imputado o sus familiares pueden solicitar los servicios de la Defensa Pública, de manera verbal o por escrito ante la Dirección General de Defensa Pública o ante las direcciones distritales o sedes competentes. El tipo del servicio que recibirá el usuario depende del resultado del análisis y verificación de la situación socioeconómica que realizan los asistentes sociales de la Defensa Pública.⁵⁴

⁵¹ Diligencia es un acto procesal o conjunto de actos procesales realizados en función de lo ordenado por el juez.

⁵² Conforme al CPP, art. 85, inc. 1.

⁵³ Conforme al CPP, art. 85, antes de la modificatoria de la Ley 30076 del 19 de agosto de 2013.

⁵⁴ La verificación de la situación económica del usuario se realiza en forma aleatoria, ya que por la carga de trabajo, no es posible realizar la supervisión a todos. Para efectos de la verificación, el usuario realiza una declaración jurada sobre su situación socioeconómica, donde señala su situación laboral, la situación económica de su cónyuge y la afiliación al seguro de salud. Para la comprobación de lo indicado en la declaración 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, conforme a la Ley 29360 - Ley del Servicio de Defensa Pública, art. 16.

Si el usuario es una persona de escasos recursos económicos,⁵⁵ se le brindará el servicio de defensa pública gratuita; sin embargo, si se comprueba que no cumple con los requisitos para acceder a la gratuidad, se le comunica que debe nombrar a un defensor privado o pagar el costo de los servicios. El usuario también está obligado al pago del costo del servicio, si el beneficiario incurre en falsedad de la información proporcionada sobre su situación socioeconómica.⁵⁶

El costo del servicio de defensa pública está regulado por el Decreto Supremo 007-2012-JUS,⁵⁷ que establece la tasa de escalas de arancel para la prestación del *servicio no gratuito de defensa pública*. Esta tasa de escala consta de tres niveles, en función

Tabla 1.
**Escala diferenciada para la aplicación del arancel
para la prestación del servicio no gratuito de la defensa pública**

Escalas	Ingresos o patrimonio sujetos a evaluación de la Dirección General de Defensa Pública	Nivel del arancel
Escala 1	Ingresos: Más de 2,5 hasta 6 rmv* o patrimonio mayor a USD 8.928** hasta USD 17.857	Monto con reducción del 80%
Escala 2	Ingresos: Más de 6 hasta 12 rmv o patrimonio mayor a USD 17.857 hasta USD 53.571	Monto con reducción del 40%
Escala 3	Ingresos: Más de 12 rmv o patrimonio mayor a USD 53.571	Monto máximo, sin reducción

La cotización oficial del dólar estadounidense en el momento del análisis fue de 1 USD = S/2,8.

* Remuneración mínima vital.

** La cotización oficial del dólar estadounidense en el momento del análisis fue de 1 USD = S/2,8.

Elaboración: CERJUSC sobre la base de la información del Decreto Supremo 007-2012-JUS.

⁵⁵ Según la Ley 29360 – Ley de Servicio de Defensa Pública, art. 15, que establece que “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.

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”.

⁵⁶ Conforme a la Ley 29360 – Ley de Servicio de Defensa Pública, art. 17.

⁵⁷ Se promulgó el 20 de marzo de 2012.

de los ingresos y la situación patrimonial de los solicitantes; no obstante, cuando el usuario es procesado por delitos contra la administración pública,⁵⁸ la norma dispone que el monto del arancel es el máximo aplicable, sin excepción alguna.

La Defensa Pública carece de mecanismos para hacer efectivo el pago del costo de la prestación de la asistencia jurídica no gratuita. A pesar de ello, en la práctica, los defensores públicos emiten un recibo por los costos de los servicios prestados, cumpliendo con lo regulado en el Decreto Supremo 007-2012-JUS que establece que cada defensor público reporta al director distrital los servicios brindados, según sea el caso, en función de los rubros indicados en el arancel, para la posterior liquidación de los pagos.

Cabe precisar que no es función del defensor público participar en el proceso de recaudación del pago del arancel por la prestación del servicio no gratuito de la defensa pública. En ese contexto, haya cumplido o no el usuario con el pago por la prestación del servicio, el defensor público es responsable de continuar ejerciendo la defensa hasta que el usuario manifieste que ya no la requiere, o reciba una orden del director distrital de no seguir brindando el servicio de defensa.

2.4. Elegibilidad de asistencia jurídica penal y procedimientos del nombramiento

Cualquier persona que no cuente con un defensor de su elección o que haya renunciado a tener uno privado tiene el derecho a ser asistido por un defensor público en cumplimiento del derecho a la defensa necesaria,⁵⁹ el cual puede ser ejercido también a petición del Ministerio Público o del órgano jurisdiccional.

En consecuencia, los defensores públicos deben prestar el servicio gratuito sin mayores condiciones previas. Sin embargo, como el servicio de la defensa pública se presta a favor de las personas de escasos recursos económicos, el asistente social debe realizar el proceso de verificación de la situación socioeconómica del imputado y si se identifica que este cuenta con recursos económicos, entonces pierde el beneficio de la gratuitidad del servicio⁶⁰, por lo cual debe pagar el arancel correspondiente.

⁵⁸ Previstos en el Capítulo II del Título XVIII del Código Penal.

⁵⁹ Conforme a la Ley 29360 - Ley del Servicio de Defensa Pública, art. 14.

⁶⁰ Otras causales de pérdida del beneficio de gratuidad según lo dispuesto en el artículo 17º de la Ley 29360 - Ley del Servicio de Defensa Pública son: i) el beneficiario incurre en falsedad de la información proporcionada sobre su situación socioeconómica, ii) desaparecen las causas socioeco-

2.4.1. El mecanismo para la asignación del defensor público según quien lo solicita

En la práctica, cuando se trata del requerimiento de un fiscal o de un policía delegado por el fiscal, hay defensores públicos que están en turno permanente por 24 horas y atienden a cualquier persona detenida. El número de defensores asignados a los turnos varía según la cantidad de defensores públicos que tenga cada distrito judicial; por ejemplo, en el distrito judicial de Cusco hay dos defensores públicos que cubren el turno de día, y cada uno realiza de cuatro a tres turnos al mes.

Cuando se trata del requerimiento de un juez, antes de la asignación del defensor público, el personal de la Defensa Pública realiza una búsqueda en su sistema de registro, para saber si el imputado ha sido un usuario anteriormente. De ser así, se asignará el caso al defensor que inicialmente lo atendió o que conoce el caso específico. Si se verifica que es la primera vez que la Defensa Pública conoce al usuario o el caso, entonces se crea un nuevo caso y se le designará un defensor público; esta designación se realiza considerando la carga mensual que tiene cada defensor, a fin de distribuir los casos equitativamente.

2.5. Remuneración de asistencia jurídica penal

La remuneración de los defensores varía según el tipo de defensor. En el caso de los defensores privados, la numeración se rige por la fijación de honorarios profesionales, los cuales se establecen libremente según la voluntad contractual del defensor y su cliente.⁶¹ Cabe mencionar que el importe se puede estipular con base en la tabla de honorarios mínimos referenciales designada por el respectivo Colegio de Abogados. Por ejemplo, la tabla 2 detalla los honorarios mínimos de los defensores, conforme al Colegio de Abogados de Lima.

Es importante precisar que si bien es cierto que el Código de Ética del Abogado⁶² no establece parámetros para la fijación de los honorarios de los defensores –como sí lo establecía el anterior Código de Ética del Abogado⁶³–, la jurisprudencia del Tribunal

nómicas que dieron origen al beneficio y iii) el usuario contrata o recibe el servicio de un defensor privado.

⁶¹ En concordancia con el Código de Ética del Abogado, art. 50.

⁶² Resolución de Presidencia de Junta de Decanos 001-2012-JDCAP-P, del 14 de abril de 2012.

⁶³ Artículo 34 del Código de Ética de los colegios de abogados, firmado en el mes de abril de 1997 y vigente a partir de mayo de 1997. “Sin perjuicio de lo que dispongan los aranceles de la profesión,

Tabla 2.
Honorarios mínimos referenciales del Colegio de Abogados de Lima

Patrocinio en procesos penales		
Participación del abogado penal	Honorario profesional (%)	Monto en dólares según UIT* 2013 (USD)
Investigación preliminar	10% de una UIT	136,00
Investigación	10% de una UIT**	136,00
Juicio oral o audiencia	25% de una UIT	339,00
Abogado de la parte civil	10% de una UIT	136,00
Procedimientos especiales	20% de una UIT	271,00
Patrocinio de asuntos sobre extinción de acción penal, rehabilitación y cualquier otro procedimiento especial	10% de una UIT	136,00
Informes orales en primera instancia	5% de una UIT	68,00
Informes orales en segunda instancia	8% de una UIT	109,00
Informes orales en tercera instancia	10% de una UIT	136,00

* Unidad impositiva tributaria (UIT), en el año 2014, según el Decreto Supremo 304-2013-EF fue S/3,800. Equivalente a USD 1,357.

** En caso de que se prorrogue la investigación al máximo de ley, el defensor tendrá derecho a percibir una remuneración adicional por la prórroga, por una sola vez, del diez por ciento (10%) de la unidad impositiva tributaria (UIT).

Elaboración: CERJUSC sobre la base de la información del Colegio de Abogados de Lima.

para la estimación del monto de los honorarios, el abogado debe fundamentalmente atender a lo siguiente: i) la importancia de los servicios, ii) la cuantía del asunto, iii) el éxito obtenido y su trascendencia, iv) la novedad o dificultad de las cuestiones jurídicas debatidas, v) la experiencia, la reputación y la especialidad de los profesionales que han intervenido, vi) la capacidad económica del cliente, teniendo presente que la pobreza obliga a cobrar menos y aun a no cobrar nada, vii) la posibilidad de resultar el abogado impedido de intervenir en otros asuntos o de desavenirse con otros clientes o con terceros, viii) si los servicios profesionales son aislados, fijos o constantes, ix) la responsabilidad que se derive para el abogado de la atención del asunto, x) el tiempo empleado en el patrocinio, xi) el grado de participación del abogado en el estudio, planeamiento y desarrollo del asunto, y xii) si el abogado solamente patrocinó al cliente o si también le sirvió como mandatario”.

Constitucional ha reconocido criterios que se deben tomar en cuenta para determinar los honorarios de los defensores privados, entre los cuales se considera que “no solo debe valorarse la razón del tiempo y la participación de los abogados, sino que también deben tenerse presente otros criterios relevantes, tales como: a) el éxito obtenido y su trascendencia, b) la novedad o dificultad de la cuestión debatida y c) si los servicios profesionales fueron aislados, fijos o constantes”.⁶⁴

Como se observa, existen lineamientos jurisprudenciales que establecen parámetros para determinar el importe de los honorarios profesionales de los defensores privados; sin embargo, en la práctica, el principal indicador para fijar el precio de la defensa privada es la calidad del servicio que se brinda, asociada al prestigio que pueda tener un determinado defensor o estudio jurídico. En este marco, el precio de la defensa de un caso penal puede variar desde USD 714 hasta más de USD 18.571. Asimismo, la modalidad para hacer efectivo el pago varía según lo establecido por cada defensor con su cliente.⁶⁵

Contrariamente a la situación de los defensores privados, los defensores públicos reciben un sueldo mensual que no tiene relación con la cantidad de casos que llevan o la cantidad de diligencias atendidas, o sus resultados. Actualmente, el 96% de los defensores públicos penales está contratado bajo el marco del Decreto Legislativo 1057,⁶⁶ el cual regula un sistema de contratación periódica, renovable en el tiempo y que, por lo tanto, no implica estabilidad laboral o línea de carrera. El 4% de los defensores públicos penales está contratado bajo el marco del Decreto Legislativo 276,⁶⁷ que regula un sistema laboral tradicional, con estabilidad, pero poca remuneración.

Como se ha señalado antes, la implementación del CPP ha implicado el incremento del presupuesto de la Defensa Pública y, con ello, el aumento del salario de los defensores públicos. Al respecto, el salario de los defensores públicos penales varía

⁶⁴ Expediente 00052-2010-PA/TC, del 27 de marzo de 2012.

⁶⁵ Los abogados ofrecen a sus clientes diversos mecanismos de fijación de honorarios, por ejemplo, i) tarifa horaria, modalidad que consiste en liquidar los honorarios en forma mensual, de acuerdo con un indicador de horas invertidas en la atención del cliente; ii) retai-ning fee, modalidad que consiste en una cuota mensual fija; iii) honorarios fijos, modalidad que supone el establecimiento de un hono-rario previamente convenido para cada asunto en particular y que se fija en forma consensuada considerando la especialidad de la materia, complejidad, cuantía, tiempo dedicado, entre otras variables.

⁶⁶ Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, del 28 de junio de 2008.

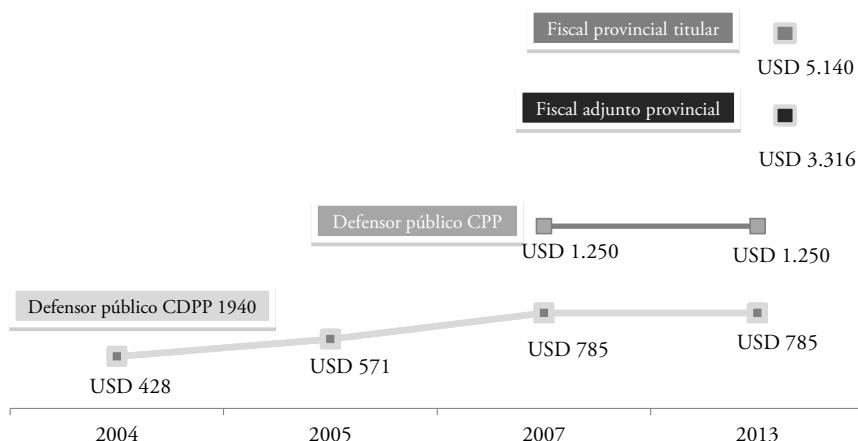
⁶⁷ Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, del 24 de marzo de 1984.

en función de la norma procesal penal que aplican: la remuneración mensual de los defensores que aplican el CPP es USD 1.250 y la de los defensores que aplican el Código de Procedimientos Penales de 1940 es USD 785; este último monto rige desde el año 2007 y representa un incremento del 83% en comparación al año 2004 en que era USD 428.⁶⁸

Es importante advertir que existe gran diferencia entre el sueldo de los defensores públicos penales y el de los fiscales. Un fiscal superior titular o fiscal adjunto supremo titular perciben un sueldo de USD 6.633, un fiscal provincial titular o fiscal adjunto superior titular perciben un sueldo de USD 5.140 y un fiscal adjunto provincial percibe una remuneración de USD 3.316.⁶⁹

El gráfico 2 presenta las diferencias entre los sueldos de los defensores públicos y los fiscales.

Gráfico 2.
**Evolución de la remuneración económica
 de los defensores públicos penales 2004-2013
 y comparación salarial con los fiscales**



Elaboración: CERJUSC, sobre la base de información obtenida de las declaraciones de los directores de la DGDPAJ en notas periodísticas.

⁶⁸ Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia. Memoria Institucional enero 2012-marzo 2013.

⁶⁹ Decreto Supremo 330-2013-EF. Se aprueban montos de los haberes de los fiscales del Ministerio Público, 19 de diciembre de 2013.

3. Derechos reconocidos legalmente y su aplicación

3.1. El derecho a la información

3.1.1. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas de la detención

Según la Constitución Política, toda persona detenida tiene derecho a ser informada inmediatamente y por escrito sobre la causa o razones de su detención;⁷⁰ asimismo, existen dos tipos de detenciones amparadas legalmente: por flagrancia y por mandato judicial.⁷¹

De acuerdo con el CPP, el policía debe entregar al detenido la orden de la detención judicial en su contra, o en el caso de la detención en flagrancia, informar inmediatamente al fiscal sobre la detención, quien dispondrá la permanencia o no del investigado en la dependencia policial.⁷² Conforme al artículo 71º del CPP,⁷³ el policía debe leer y entregar al detenido un acta donde conste la carta de derechos, la cual debe contener la siguiente información:

1. Que puede hacer valer por sí mismo, o a través de su defensor, los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.
2. Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda.
3. Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata.
4. Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor.
5. Abstenerse de declarar, y si acepta hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia.

⁷⁰ Conforme a la Constitución Política del Perú, art. 139, incs. 14 y 15.

⁷¹ Conforme a la Constitución Política, art. 2, inc. 24.f, que establece que nadie puede ser detenido si no por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

⁷² Conforme al CPP, art. 71, inc. 2-A.

⁷³ El inciso 3 del artículo 71 establece que los derechos reconocidos en el inciso 2 del mismo artículo deben constar en un acta que será firmada por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehusara a firmar el acta, se hará constar la abstención y se consignará el motivo si lo expresa.

6. Que no se empleen en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su 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.
7. Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

Al respecto, la jurisprudencia señala que “si del principio de la información de la causa de la detención pareciera desprenderse que el derecho del imputado se limita al momento de su propia detención, lo cierto es que esta toma de conocimiento constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a la parte emplazada a lo largo del proceso”.⁷⁴

En cuanto al ejercicio práctico del derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas de la detención, los operadores entrevistados para esta investigación coincidieron en señalar que, como regla general, durante la detención, los policías cumplen con informar al imputado sobre los cargos en su contra y los derechos que este tiene. No obstante, los operadores también indicaron que, en algunos casos, aún persiste la práctica del antiguo proceso penal, ya que no se le informa al detenido sobre sus derechos y solo se le hace firmar el acta de la carta de derechos para cumplir con la formalidad que exige el proceso, lo que ocasiona que el detenido ignore su derecho a un defensor o de abstenerse a declarar, registrándose declaraciones sin la presencia de un defensor, lo que genera un estado de indefensión del detenido.

3.1.2. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas de la acusación

De acuerdo con el CPP, si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, el fiscal dispondrá la formalización de la investigación preparatoria, la cual debe contener, entre otros requisitos, el nombre completo del imputado, los hechos y la tipificación específica correspondiente. Es preciso señalar que la norma establece que el fiscal puede consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación. La formalización de la investigación debe ser notificada por el fiscal al imputado y, además, ser comunicada al juez de investigación preparatoria.⁷⁵

⁷⁴ Expediente 02746-2010-PHC/TC, Sentencia del 13 de septiembre de 2011.

⁷⁵ Conforme señala el CPP, art. 336.

Después de realizada la investigación preparatoria, sigue la denominada fase intermedia, donde el fiscal formula acusación.⁷⁶ De acuerdo con el CPP, la acusación debe contener la calificación jurídica que se atribuye al imputado y que puede ser distinta a la señalada en la formalización de la investigación preparatoria.⁷⁷ La acusación es informada a los sujetos procesales en dos fases: por un lado, en la fase escrita, mediante la notificación a las partes involucradas en el proceso;⁷⁸ y, por otro lado, en la fase oral, durante la audiencia de control de la acusación. Cabe mencionar que en esta última fase, el fiscal puede modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial.⁷⁹

El CPP también reconoce otro mecanismo anticipado de la acusación fiscal durante la investigación preparatoria. Así, cuando el fiscal considera que las diligencias preliminares establecen que existen suficientes elementos de convicción sobre la existencia de un delito y la vinculación del imputado con la comisión del mismo, puede formular directamente acusación,⁸⁰ la cual es una forma de aceleración del proceso contemplada en el CPP y el Acuerdo Plenario⁸¹ 6-2010/CJ-116.⁸²

Sobre el derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas de la acusación, la Jurisprudencia señala:

la garantía de defensa procesal, impone la necesidad de que el imputado sea informado de la acusación para poder así defenderse de forma contradictoria. La pretensión punitiva

⁷⁶ La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve la persecución penal del delito, conforme al Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116 - V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, del 13 de noviembre de 2009. Es preciso mencionar que la acusación fiscal es diferente a la imputación, ya que esta es formulada e informada desde el inicio de las investigaciones preliminares. Conforme al artículo IX del Título Preliminar e inciso 2.a. del artículo 71, Acuerdo Plenario 02-2012/CJ-116 - I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, del 26 de marzo de 2012.

⁷⁷ Aunque contemple una distinta calificación jurídica, la acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, conforme al CPP, art. 349º, inc. 2.

⁷⁸ Conforme al CPP, art. 350.

⁷⁹ Conforme al CPP, art. 351.

⁸⁰ Conforme al CPP, art. 336, inc. 4.

⁸¹ Los acuerdos plenarios son consensos de los jueces en el marco de los plenos jurisdiccionales, que consisten en reuniones de jueces de la misma especialidad, de una, algunas o todas las cortes superiores de justicia, orientadas a analizar situaciones problemáticas relacionadas con el ejercicio de la función jurisdiccional, con la finalidad de debatirlas y arribar a conclusiones sobre el criterio más apropiado para cada caso. En Guía Metodológica de Plenos Jurisdiccionales del Poder Judicial.

⁸² VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, del 16 de noviembre de 2010.

cita textual

debe exteriorizarse cumplidamente, por lo que no es posible admitir una acusación tácita o implícita. El conocimiento de la acusación requiere que se informe al imputado tanto el hecho atribuido como la calificación jurídica de tales hechos. Y, aunque el nuevo ordenamiento procesal autorice en determinadas circunstancias plantear tipificaciones alternativas, se deben realizar respetando el núcleo esencial del hecho, para que estas no sean sorprendivas y de esta manera este derecho instrumental de la garantía de defensa procesal esté resguardado.⁸³

Con relación al ejercicio práctico de este derecho, existen problemas asociados a la adecuada imputación en la acusación fiscal. De acuerdo con las entrevistas realizadas, las debilidades en la acusación fiscal generan que, en algunos casos, el imputado no pueda ejercer su derecho a la defensa de manera idónea y eficaz, pues el no conocimiento de manera clara y precisa, de los cargos atribuidos y su responsabilidad en el delito imputado, limita el diseño de la estrategia procesal adecuada al caso, fijar los puntos de contradicción y alegar las tesis de inocencia, o, en su defecto, de una pena atenuada. Aunque, en algunas audiencias de control, los jueces de investigación preparatoria devuelven la acusación a los fiscales para que cumplan con subsanar o aclarar su acusación,⁸⁴ en otros casos, los jueces disponen directamente el sobreseimiento del proceso, lo que genera la impunidad de los delitos, en caso de que estos hayan sido ciertos.⁸⁵

3.1.3. Derecho a obtener acceso a información relevante del caso durante la fase policial, fiscal y judicial

El CPP establece que el imputado y su defensor⁸⁶ tienen derecho a que se les proporcione información en cualquier momento del proceso penal.⁸⁷ Por ello, puede acceder a copias simples o certificadas de la carpeta fiscal y del expediente judicial,⁸⁸ incluyendo copias de las primeras diligencias y de las actuaciones policiales. Igualmente,

⁸³ Casación 62-2009, Sentencia del 20 de julio de 2010.

⁸⁴ Conforme al CPP, art. 352, inc. 2.

⁸⁵ Conforme al CPP, art. 352, inc. 4.

⁸⁶ Según el artículo 324, inciso 3, “las copias que se obtengan son para uso de la defensa. El abogado que las reciba está obligado a mantener la reserva de ley, bajo responsabilidad disciplinaria. Si reincidiera se notificará al patrocinado para que lo sustituya en el término de dos días de notificado. Si no lo hiciera, se nombrará uno de oficio”.

⁸⁷ Conforme al CPP, art. 138.

⁸⁸ En concordancia con el artículo 324, inciso 1, que establece que la investigación tiene carácter reservado y que las partes solo podrán enterarse de su contenido de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento, las partes pueden obtener copia simple de las actuaciones.

el CPP señala que el defensor tiene derecho a acceder al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del proceso.⁸⁹ Recientemente, el Poder Judicial ha emitido una directiva para el otorgamiento de copias de los actuados en los distritos judiciales donde aún se encuentra vigente el Código de Procedimientos Penales de 1940.⁹⁰

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido como regla general que “todo órgano del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público se encuentra obligado a proveer la información solicitada, siendo excepcional la negación del acceso a la misma por razones de seguridad nacional, afectación a la intimidad personal o en los supuestos establecidos por ley”.⁹¹

El ejercicio práctico de este derecho varía según la institución a la que se solicite la información. Por ejemplo, para la expedición de copias en la Policía, en algunos casos basta con la solicitud verbal; sin embargo, en otros casos existen prácticas asociadas al secreto de la investigación propias del sistema inquisitivo, por lo cual la información es entregada por algunos policías, siempre que para ello se cuente con la autorización del fiscal.

Por otro lado, en la Fiscalía, la solicitud de información⁹² y la entrega de la misma depende de la situación jurídica del imputado o de las circunstancias de urgencia. Por ejemplo, si se trata de un detenido, la información, que puede ser solicitada verbalmente, es suministrada en el momento requerido. En los otros casos, a fin de ejercer la defensa técnica, la información debe ser solicitada a través de un documento escrito. Al respecto, es preciso mencionar que para la expedición de copias de las actuaciones fiscales, hasta el año 2007 se tenía que efectuar el pago de una tasa administrativa, ante

⁸⁹ Conforme señala el inciso 7 del artículo 84.

⁹⁰ Directiva 004-2014-CE-PJ - Lineamientos para el acceso a la información y/o la expedición de copias simples del expediente judicial durante la etapa de instrucción del proceso penal. Este documento establece: “El mandato de reserva, previsto en la primera parte del artículo 73º del Código de Procedimientos Penales, comprende una restricción legal de la libertad de información respecto de terceros ajenos al proceso, mas no así de los que se encuentran directamente involucrados en este, pues lo contrario implicaría una actuación arbitraria del órgano jurisdiccional en evidente perjuicio de su derecho de defensa [...] Los sujetos del proceso penal tienen expedito el derecho de solicitar la información y/o expedición de copias necesarias a su estrategia de defensa”.

⁹¹ Expediente 02040-2010-PHD/TC, Sentencia del 11 de noviembre de 2011.

⁹² No existen limitaciones en el acceso a las actuaciones procesales, evidencia u otros. Salvo excepcionalmente cuando el fiscal se ampare en el artículo 324 del CPP, que establece que el fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor a 20 días. En la práctica común se aplica este supuesto para los delitos de crimen organizado.

lo cual los defensores públicos penales interpusieron acciones de tutela⁹³ por vulnerar el derecho a la defensa,⁹⁴ y lograron que la expedición de las copias para los defensores públicos sea gratuita, sin más que el pago propio que originan las copias de los documentos.

En cuanto al acceso a información en el juzgado, no existen limitaciones siempre y cuando se realice el trámite correspondiente, como presentar un documento escrito, el cual es respondido a través de una resolución que autoriza la entrega de la información solicitada. En caso de la expedición de copias simples, estas son gratuitas y entregadas en dos modalidades, a través de dispositivos de almacenamiento⁹⁵ o mediante fotocopias. Por otra parte, es importante precisar que cuando se trata de la solicitud de copias certificadas, se debe pagar lo indicado en el texto único de procedimientos administrativos (TUPA) del Poder Judicial.⁹⁶

3.2. El derecho a la defensa

La Constitución Política garantiza el derecho a contar con un defensor desde que la persona es citada o detenida por cualquier autoridad y también establece el principio a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.⁹⁷ Al respecto, el CPP reconoce al imputado el derecho a la defensa, así como a ser asistido por un defensor de su elección.⁹⁸ Igualmente, como ya hemos señalado, cuando el imputado, por sus escasos recursos económicos, no puede designar un defensor privado, el Estado, a través de su organismo encargado, debe proveer la defensa pública gratuita.⁹⁹

3.2.1. Derecho de la persona imputada a defenderse y representarse personalmente

El artículo IX del Título Preliminar del CPP indica que toda persona tiene derecho a ejercer su autodefensa material. En ese marco, en el juicio oral, durante la discusión de

⁹³ Para ver el concepto de la tutela de derechos, véase la nota al pie 22.

⁹⁴ Tutela de derechos frente al cobro de tasas para la expedición de copias simples del expediente fiscal y/o judicial. Expediente: 00027-2011-1-1826-SP-PE-01.

⁹⁵ Memoria USB, CD, DVD y disco duro externo, los cuales son propiedad de los sujetos procesales.

⁹⁶ Mediante Resolución Administrativa 265-2012-CE-PJ se aprobó el nuevo Texto Único de Procedimientos Administrativos del Poder Judicial.

⁹⁷ Conforme a la Constitución Política del Perú, art. 139, inc. 14.

⁹⁸ Conforme al CPP, arts. IX del Título Preliminar y 71.

⁹⁹ Conforme al CPP, art. 80.

los alegatos finales, se permite la autodefensa del acusado¹⁰⁰ y se le concede la palabra para que exponga lo que estime conveniente a su defensa.¹⁰¹

Al respecto, la jurisprudencia sostiene que la doble dimensión del ejercicio del derecho de defensa permite el derecho del imputado a ejercer su propia defensa desde el momento en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado delito. No obstante, “reconocer el ejercicio del derecho de defensa en forma integral a un procesado que no ostenta la calidad de abogado, implicaría someterlo a un estado de indefensión por ausencia de una asistencia letrada, versada en el conocimiento del derecho y de la técnica de los procedimientos legales, situación que, además, quebranta el principio de igualdad de armas o igualdad procesal de las partes”.¹⁰²

El ejercicio práctico de este derecho solo se limita a garantizar la manifestación del acusado antes de conocer la sentencia en primera instancia. Según los operadores entrevistados, permitir la autodefensa material durante el desarrollo de todo el proceso penal perjudicaría al acusado, al encontrarse frente a una defensa ineficaz y meramente formal. En ese contexto, si el acusado se niega a contar con un defensor, el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público deben requerir los servicios de un defensor público a la Dirección General de Defensa Pública o a la Dirección Distrital.

3.2.2. Derecho a contar con asistencia y representación legal (técnica) de su confianza y libre elección

La Constitución Política señala que toda persona tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por una autoridad.¹⁰³ Además, el CPP establece que toda persona tiene derecho a ser asistida por un defensor de su elección.¹⁰⁴

Sobre este derecho, la jurisprudencia ha precisado que la defensa formal supone el derecho a una defensa técnica, esto es, “al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo”.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Conforme al CPP, art. 386, inc. 1.d.

¹⁰¹ Conforme al CPP, art. 391.

¹⁰² Expediente 6260-2005-PHC/TC, Sentencia del 12 de septiembre de 2005.

¹⁰³ Conforme a la Constitución Política del Perú, art. 139, inc. 14.

¹⁰⁴ Conforme al CPP, art. IX del Título Preliminar.

¹⁰⁵ Expediente 00910-2011-PHC/TC, Sentencia del 24 de mayo de 2011.

En cuanto al ejercicio práctico de este derecho, se observa que si bien se respeta en el proceso penal, en algunos casos hay limitaciones para acceder oportunamente a la defensa privada. Los defensores públicos entrevistados indicaron que, en algunas ocasiones, el imputado desea ser patrocinado por un defensor privado, pero por el horario de la detención o por no conocer a un defensor privado, accede a los servicios de un defensor público. Posteriormente, durante la investigación preliminar puede desistirse de este servicio.

3.2.3. Contar gratuitamente con los servicios de un abogado para las personas que no pueden pagarlos

La Constitución Política y la Ley Orgánica del Poder Judicial garantizan la defensa gratuita para las personas de escasos recursos económicos.¹⁰⁶ En este marco, toda persona detenida que no puede ser asistida por un defensor privado de su elección, debe serlo por un defensor público.¹⁰⁷

Sobre este derecho, la jurisprudencia reconoce la defensa gratuita como uno de los principios de la función jurisdiccional, pero no se garantiza la gratuitidad de la defensa a todos los justiciables, sino “solo a aquellos que tengan escasos recursos económicos”.¹⁰⁸

En la práctica, el acceso a un defensor proporcionado por el Estado se ejerce a través de los defensores públicos, especialmente para las personas de escasos recursos económicos. Es importante mencionar que la cantidad de defensores públicos no se concentra en los distritos judiciales de mayor pobreza, sino más bien en aquellos donde existe la mayor carga de trabajo procesal penal, lo cual, si bien es una medida adecuada y racional, no deja de evidenciar la necesidad de fortalecer el acceso a la defensa técnica en los lugares más pobres del país. Actualmente, cada defensor público penal puede tener más de 200 casos al año.¹⁰⁹ En una reciente encuesta, el 69% de

¹⁰⁶ Conforme señalan la Constitución Política del Perú, art. 139, inc. 16 y el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 295.

¹⁰⁷ Conforme señala el CPP, arts. IX del Título Preliminar y 80, y el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 288. Asimismo, la legislación establece que el defensor que ejerce libremente la profesión debe realizar obligatoriamente, cuando menos, una defensa gratuita al año.

¹⁰⁸ Expediente 1607-2002-AA/TC, Sentencia del 17 de marzo de 2004.

¹⁰⁹ Durante 2012, con base en el Código Procesal Penal, se realizaron 121.816 consultas, 58.449 nuevos patrocinios, 30.148 patrocinios concluidos y 48.782 patrocinios en giro. Con base en el Código de Procedimientos Penales, se realizaron 70.721 consultas, 31.603 nuevos patrocinios, 13.456 patrocinios concluidos y 8.623 patrocinios en giro. Fuente: Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia.

los defensores públicos consideró que la carga de trabajo es normal, aunque para ello deben dedicar entre 9 y 12 horas de trabajo diario.¹¹⁰

La tabla 3 presenta información sobre el número de patrocinios y atenciones por la Defensa Pública en el primer trimestre de 2014.¹¹¹ Cabe señalar que los patrocinios corresponden a los usuarios defendidos en el marco de denuncias y procesos penales y se dividen en nuevos (los que ingresaron para ser atendidos por primera vez), en giro (los que se mantienen en trámite desde el periodo anterior) y concluidos (los que finalizaron en el periodo).

Tabla 3.

Atenciones y patrocinios asumidos por la defensa pública en el primer trimestre 2014

Tipo de código	Patrocinios	Atenciones	Total
Código Procesal Penal (CPP)	41.209	87.935	129.144
Código de Procedimientos Penales de 1940 (CDPP 1940)	12.226	46.099	58.325

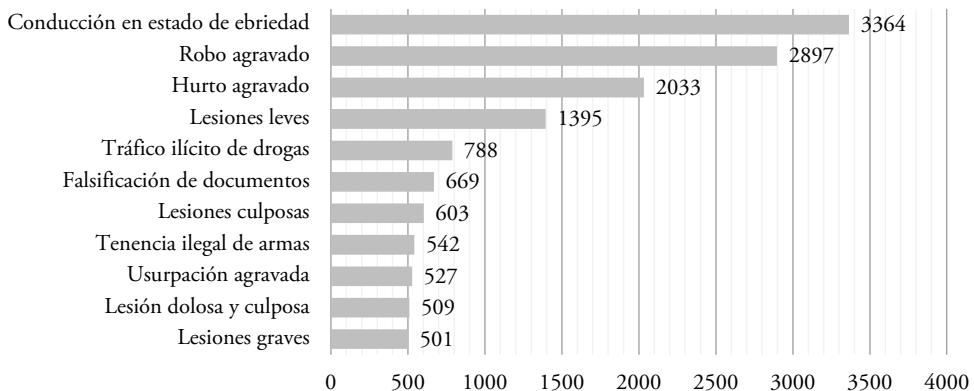
Elaboración: CERJUSC sobre la base de información de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia – 2014.

El gráfico 3 muestra el tipo de delito atendido por los defensores públicos. Se observa que en el primer trimestre de 2014, los *patrocinios nuevos* más altos correspondieron a casos por conducir en estado de ebriedad (3.364), seguidos por casos de robo agravado (2.897).

¹¹⁰ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 2014.

¹¹¹ Según la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia, las temáticas en las que se brinda atención se dividen en dos grupos: (1) patrocinadas en causas seguidas conforme a las reglas del Código Procesal Penal (CPP); (2) patrocinadas en causas seguidas conforme a las reglas del Código de Procedimientos Penales (CDPP 1940).

Gráfico 3.
Patrocinos nuevos de delitos más frecuentes, primer semestre 2014



Elaboración: CERJUSC sobre la base de información de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia – 2014.

3.2.4. Derecho a conferenciar en privado con el defensor

Según el CPP, el defensor tiene derecho a ingresar a los establecimientos penales y a las dependencias policiales, previa identificación personal, con el objetivo de entrevisitarse con su patrocinado.¹¹² Además, el defensor se puede entrevistar con el detenido durante el desarrollo del proceso las veces que lo considere necesario, a fin de preparar la defensa técnica.¹¹³ Aunque las leyes peruanas no establecen expresamente que las comunicaciones entre el defensor y su cliente deben ser privadas,¹¹⁴ el artículo 30 del Código de Ética del Abogado exige ese cumplimiento, a fin de garantizar la confidencialidad de los hechos e información brindada por el imputado a su defensor.

Si bien es cierto que el fiscal puede solicitar la incomunicación de las personas detenidas por los delitos de terrorismo,¹¹⁵ espionaje, tráfico ilícito de drogas o por un delito sancionado con una pena superior a los seis años, ello no significa que esta

¹¹² Conforme al CPP, art. 84, inc. 8.

¹¹³ Conforme al CPP, art. IX del Título Preliminar.

¹¹⁴ Conforme al CPP, art. 84, inc. 8.

¹¹⁵ El artículo 265 del CPP establece que el fiscal podrá solicitar al juez de la investigación preparatoria que decrete su incomunicación, siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados y por un plazo no mayor a diez días, siempre que no exceda el de la duración de la detención. El juez se pronunciará inmediatamente y sin trámite alguno sobre la misma, mediante resolución motivada.

incomunicación dispuesta legalmente deba limitar las conferencias en privado entre el defensor y el detenido, las cuales no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas.¹¹⁶ Ello ha sido reconocido por la jurisprudencia, ya que el Tribunal Constitucional sostiene que “no existe ningún impedimento o restricción para que el abogado conference con el interno dentro de los horarios establecidos”.¹¹⁷

En cuanto al ejercicio práctico de este derecho, se observa que en términos generales se garantiza, aunque se presentan algunos casos donde hay restricciones, principalmente relacionadas con las limitaciones de los ambientes físicos para la conferencia en privado entre el defensor y su cliente. Esto se verifica por ejemplo en la detención policial. De acuerdo con los defensores públicos y privados entrevistados, cuando una persona es detenida, el defensor acude a la sede policial y verifica que el imputado haya leído y recibido el acta de derechos; posteriormente, solicita un lugar privado para conferenciar con su patrocinado. Al respecto, los defensores entrevistados señalaron que hay casos en los que los policías proporcionan un ambiente privado, pero, en otros, eso no es posible debido a que no se cuenta con espacios disponibles. En estas últimas circunstancias, el defensor y el imputado deben entrevistarse en el mismo ambiente donde están el fiscal y el policía, pero a cierta distancia física de ellos, para que puedan mantener una comunicación privada, donde el abogado le consulta sobre los hechos ocurridos y le indica su situación jurídica.

Como ya se ha precisado, la legislación peruana contempla que el defensor puede entrevistarse con el detenido durante el desarrollo del proceso las veces que lo considere necesario, para preparar la defensa técnica.

3.2.5. Derecho a contar con asistencia legal durante el interrogatorio

De acuerdo con el CPP, el imputado tiene derecho a que su defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiera su presencia.¹¹⁸ En ese marco, el policía solo puede recibir la manifestación del autor del delito con la pre-

¹¹⁶ Conforme al CPP, art. 265. Asimismo, es concordante con el artículo 280, que establece que la incomunicación del imputado con mandato de prisión preventiva procede si es indispensable para el establecimiento de un delito grave. No podrá exceder de diez días. La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el defensor y el preso preventivo, las que no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas.

¹¹⁷ Expediente 2076-2005-PHC/TC, Sentencia del 10 de mayo de 2005.

¹¹⁸ Conforme al CPP, art. 71, inc. d.

sencia obligatoria de su defensor, y si este no estuviera presente, el interrogatorio se limitará a constatar la identidad del detenido.¹¹⁹

Con relación al ejercicio práctico de este derecho, se observa que si bien la defensa pública cuenta con turnos para atender las necesidades de defensa en la etapa de las diligencias preliminares, ello no siempre se garantiza en todos los casos. En efecto, algunas veces, la Policía recibe la declaración del detenido solo con la presencia policial y del fiscal, pero no de su defensor, lo que puede dar lugar a que el imputado reconozca los cargos y acepte negociaciones en pro de conseguir los beneficios que ofrece la aplicación de las salidas alternativas o los mecanismos de simplificación procesal.¹²⁰ De acuerdo con las entrevistas realizadas para efectos de este estudio, ante esta situación, el defensor analiza los hechos y revisa la evidencia recogida durante las diligencias preliminares, por lo cual, en algunos casos, rechaza las negociaciones previamente acordadas debido a que no existen elementos suficientes que demuestren su culpabilidad. Asimismo, en caso de que la declaración sea recogida de forma expresa en un documento escrito, el defensor acude en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria para que subsane la vulneración del derecho del imputado, logrando que la declaración no se considere en el juicio oral.

3.3. Los derechos procesales

3.3.1. El derecho a mantener la libertad durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente

La Constitución Política dispone que no es legal ninguna forma de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley.¹²¹ En este marco, el CPP contempla requisitos específicos para dictar las medidas de coerción procesal, especialmente la prisión preventiva,¹²² a efectos de garantizar su aplicación excepcional. El

¹¹⁹ Conforme al CPP, art. 68, inc. 1.l.

¹²⁰ La declaración del imputado, sin la presencia de su defensor es una práctica tradicional del sistema de justicia inquisitivo que se ha restringido en los distritos judiciales donde se aplica el CPP, principalmente por la actuación de los defensores públicos en los turnos.

¹²¹ Conforme a la Constitución Política del Perú, art. 2, inc. 24.b.

¹²² El Poder Judicial, en la búsqueda de una mayor y mejor eficacia del sistema penal con miras a superar la inseguridad ciudadana, emitió la Resolución Administrativa 325-2011-P-PJ, la cual desarrolla pautas metodológicas y criterios jurídicos para la procedencia de la prisión preventiva.

artículo 268¹²³ del CPP señala que para dictar esta medida, el fiscal debe sustentar tres presupuestos materiales concomitantes: i) la existencia de graves elementos de convicción que relacionen al imputado como autor o partícipe de la comisión del delito, ii) que la sanción sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad, y iii) que exista peligro de fuga u obstaculización.

Por otro lado, el CPP regula medidas de coerción procesal alternativas¹²⁴ a la prisión preventiva,¹²⁵ para que el imputado afronte el proceso penal sin que sea necesario su encarcelamiento preventivo. Cabe mencionar que para asegurar la libertad personal como la regla general y la privación preventiva de la libertad como la excepción, es necesario que se promueva el uso de estas medidas alternativas con la implementación de políticas y estrategias eficaces que contribuyan a garantizar el adecuado desenvolvimiento del proceso penal, sin dejar de lado la protección de las víctimas.¹²⁶

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que la prisión preventiva no debe ser la regla general y solo debe recurrirse a ella como último recurso. La detención preventiva es una medida excepcional que debe aplicarse solamente cuando haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruir evidencia; “se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa”.¹²⁷

¹²³ Este artículo ha sido modificado por la Ley 30076 – Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes, y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana. En este sentido, se eliminó el inciso 2 del artículo 268 referido a un cuarto presupuesto, que decía que si existiera la posibilidad de que el imputado perteneciera a una organización delictiva o se reintegrara a la misma, se consideraba un supuesto para dictar prisión preventiva; ahora este presupuesto ha sido incluido dentro de los criterios para identificar cuándo hay peligro de fuga. Cabe mencionar que también se modificó el artículo 269 referido al peligro procesal, artículo 274 a la prolongación de la prisión preventiva, 286 a los presupuestos de la comparecencia y 287 a la comparecencia restrictiva.

¹²⁴ Entre las medidas de coerción procesal alternativas a la prisión preventiva tenemos la comparecencia restrictiva, impedimento de salida, la suspensión preventiva de derechos y la detención domiciliaria.

¹²⁵ La Ley 30076, del 19 de agosto de 2013, adelantó la entrada en vigor de los artículos 268 (Prisión preventiva), 269 (Peligro de fuga), 270 (Peligro de obstaculización) y 271 (audiencia oral y resolución) del CPP en todo el territorio nacional.

¹²⁶ Ponce y Bances 2011.

¹²⁷ Expediente 2934-2004-HC/TC, Sentencia del 28 de diciembre de 2004.

En cuanto al ejercicio práctico de este derecho, hay evidencia que sustenta que al menos durante el primer año de aplicación del CPP, la prisión preventiva se redujo en los distritos judiciales donde esta nueva norma se aplica; no obstante, en los últimos años, esta tendencia se está revirtiendo debido a las modificaciones normativas introducidas para ampliar su uso.¹²⁸

Por otra parte, los defensores entrevistados indicaron que aún existen debilidades en la sustentación oral de los fiscales respecto de los elementos que acreditan los peligros de fuga y de obstaculización. En efecto, el CPP prevé que la prisión preventiva debe decidirse en una audiencia pública, oral y contradictoria, donde se valorará comitantemente la presunta participación del imputado en el hecho, la prognosis de la pena posible, los antecedentes del imputado y otras circunstancias como el arraigo domiciliario, familiar y laboral. Sin embargo, se observa que en el análisis y el debate de los presupuestos de la prisión preventiva, la valoración de los arraigos del imputado usualmente no tiene el mismo peso que la valoración de los otros dos presupuestos materiales; así, la pena probable sigue siendo el principal elemento que motiva la prisión preventiva, la cual generalmente se aplica a los delitos sancionados con penas altas como los robos agravados, la violación sexual, el tráfico ilícito de drogas y el homicidio.¹²⁹

Por otro lado, cuando el juez decide declarar infundada la prisión preventiva, la medida más común es la comparecencia restrictiva y se impone al imputado un conjunto de restricciones en libertad. No obstante, se observa que el sistema de justicia no cuenta con mecanismos para la supervisión efectiva de las reglas de conducta que fijan los jueces a los procesados en libertad, salvo la firma que el imputado debe efectuar mensualmente. Consideramos que la ausencia de estos mecanismos de supervisión de las reglas de conducta desalienta la aplicación de las medidas alternativas al encarcelamiento preventivo.

3.3.2. Derecho del acusado a ser juzgado en su presencia

La Constitución Política establece el principio de no ser condenado en ausencia.¹³⁰ En coherencia con este principio, el CPP contempla que para la realización del juzgamiento es necesaria la presencia obligatoria del imputado y de su defensor, como

¹²⁸ Resolución Administrativa 325-2011-P-PJ. Circular sobre Prisión Preventiva.

¹²⁹ Ponce y Bances 2011.

¹³⁰ Conforme a la Constitución Política del Perú, art. 139, inc. 12.

un requisito para la instalación de la respectiva audiencia.¹³¹ Cabe mencionar que si el juicio oral se prolonga en sesiones sucesivas y el acusado ha prestado su declaración o se acoge al derecho al silencio y deja de asistir a las siguientes sesiones, la audiencia continuará sin su presencia y será representado por su defensor.¹³²

Después del debate del juicio oral, el juez de juzgamiento puede dictar o leer la sentencia ante quienes comparezcan,¹³³ ya que de acuerdo con las leyes peruanas, el principio de no ser condenado en ausencia no significa que la lectura de la sentencia deba realizarse necesariamente con la presencia obligatoria del sentenciado.¹³⁴ En ese sentido, la sesión de la lectura de sentencia no requiere necesariamente la presencia del procesado, pero sí la concurrencia obligatoria de su defensor.

Al respecto, la jurisprudencia sostiene que el principio de no ser condenado en ausencia también garantiza que un acusado esté presente en el acto de la lectura de una sentencia condenatoria, “pero este derecho no puede entenderse en términos absolutos, al extremo de que el acusado pueda frustrar indeterminadamente la lectura, valiéndose para ello de la realización de actos graves cada vez que se programe el referido acto procesal”.¹³⁵

En cuanto al ejercicio de este derecho, los defensores entrevistados indicaron que una mala práctica en el sistema procesal inquisitivo es la no presentación del procesado a la lectura de la sentencia, lo cual imposibilita su ejecución. Por ello, con el CPP, los defensores respaldan la nueva norma en cuanto a la posibilidad de dictar la sentencia sin la presencia del procesado. Cabe precisar que para sentenciar en ausencia, los jueces exigen que el imputado obligatoriamente esté presente en la instalación del juicio oral, que el fiscal le informe oralmente los cargos que lo incriminan, que el imputado haya

¹³¹ Conforme al CPP, arts. 356 y 369, inc. 1.

¹³² Conforme al CPP, art. 359, inc. 4, solo si la presencia del procesado es necesaria para practicar algún acto procesal, será conducido compulsivamente y también deberá comparecer cuando se produzca la ampliación de la acusación.

¹³³ Conforme al CPP, art. 396.

¹³⁴ Corte Superior de Huaura, Expediente 01145-2010-0-1302 del 24 de enero de 2011.

¹³⁵ Expediente 003-2005-PI/TC, Sentencia del 9 de agosto de 2006. Esta sentencia también señala que el derecho a no ser condenado en ausencia garantiza, en su faz negativa, que un acusado no pueda ser penado sin que antes no se le permita conocer y refutar las acusaciones que pesan en su contra, así como que no sea excluido del proceso en forma arbitraria. En su faz positiva, el derecho a no ser condenado en ausencia impone a las autoridades judiciales el deber de hacer conocer la existencia del proceso, así como el de citar al acusado a todos los actos procesales en que sea necesaria su presencia física.

tenido oportunidad para defenderse y que haya sido asistido por un defensor en toda la audiencia o los debates orales.¹³⁶

3.3.3. Derecho a la presunción de inocencia

Respecto a este derecho, la Constitución Política contempla que toda persona debe ser considerada inocente, mientras su responsabilidad no se haya declarado judicialmente.¹³⁷ Es decir, toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente¹³⁸ y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante una sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.¹³⁹

Para garantizar el derecho a la presunción de inocencia, el CPP dispone que hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable.¹⁴⁰ Igualmente, está prohibida la publicación de las actuaciones procesales realizadas cuando se está desarrollando la investigación preparatoria o la etapa intermedia;¹⁴¹ esto se relaciona con el carácter reservado de la investigación, ya que solo pueden enterarse de sus contenidos las partes procesales.¹⁴²

Al respecto, la jurisprudencia sostiene que el imputado no tiene que probar su inocencia, de modo que su inactividad jamás puede ser valorada en su contra; es al Ministerio Público al que le corresponde probar los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del imputado; es decir, el fiscal debe reunir suficiente y necesaria

¹³⁶ Es importante señalar que en el Perú existen iniciativas para el juzgamiento virtual, específicamente para la fase del juicio oral. Al respecto, se sostiene que esta posibilidad es adecuada siempre que no se desconozcan los derechos de los procesados y que los jueces garanticen su desempeño imparcial. Hurtado Poma 2013.

¹³⁷ Conforme señala la Constitución Política del Perú, art. 2, inc. 24.e.

¹³⁸ El CPP, art. VIII, inc. 2, regula la legitimidad de la prueba, estableciendo que carecen de efecto legal las obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

¹³⁹ Conforme al CPP, art. II, inc. 1 del Título Preliminar.

¹⁴⁰ Conforme al CPP, art. II, inc. 2 del Título Preliminar.

¹⁴¹ Conforme al CPP, art. 139, inc. 1.

¹⁴² Conforme al CPP, art. 324, inc. 1. Este artículo señala que cuando los sujetos procesales y demás participantes en las actuaciones procesales infrinjan esta prohibición, el fiscal o el juez, según el caso, están facultados para imponerles una multa y ordenar, de ser posible, el cese de la publicación indebida.

actividad probatoria para destruir la presunción de inocencia. No obstante, el ejercicio de dicha actividad probatoria debe cumplir con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud.¹⁴³

Además, la jurisprudencia reconoce que el derecho a la presunción de inocencia es una garantía que tiene como fin posibilitar el adecuado ejercicio del derecho de la defensa, elemento básico para asegurar un debido proceso, y el principio de equidad de armas que debe existir en todo proceso judicial. De este modo, “las prácticas que constituyen mostrar a los imputados ante los medios de comunicación involucran una estigmatización pública, violando el derecho a presunción de inocencia”.¹⁴⁴

Con respecto al ejercicio práctico de este derecho, se observa que es usual que las autoridades policiales presenten a los sospechosos de la comisión de un delito ante los medios de comunicación para que estos últimos emitan información acompañada de juicios de valoración sobre la supuesta culpabilidad de los sospechosos. Esta práctica no cuenta con una autorización judicial pero está respaldada por el Decreto Supremo 005-2012-JUS,¹⁴⁵ que permite la presentación pública de los detenidos por cualquier delito.¹⁴⁶

3.3.4. Derecho a guardar silencio

Las leyes peruanas garantizan que el imputado tiene derecho a abstenerse de declarar desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso, y que, de manera inmediata y comprensible, se le debe comunicar que goza

¹⁴³ Expediente 00655-2010-PHC/TC.

¹⁴⁴ Expediente 06817-2008-AA/TC, Sentencia del 4 de septiembre de 2009.

¹⁴⁵ Publicado el 23 de febrero de 2012. Este decreto deroga el Decreto Supremo 01-95-JUS, que prohibía la presentación pública por parte de la autoridad policial de los detenidos por cualquier delito, exceptuando a los miembros de grupos terroristas. La justificación de la derogación del decreto mencionado es que la lucha frontal contra la criminalidad, organizada en el marco de un Estado social y democrático de derecho, exige indefectiblemente la adopción de medidas concretas destinadas a afrontar de la manera más efectiva posible a los responsables de los diversos actos ilícitos que afectan la estabilidad socioeconómica y que socavan las bases mismas del orden jurídico-social. Asimismo, agrega que en el ejercicio legítimo de esa atribución, las agencias de control penal requieren contar con los mecanismos que permitan combatir eficazmente el delito y el crimen organizado, siempre en el marco del respeto a las garantías y derechos fundamentales propios de un Estado democrático de derecho.

¹⁴⁶ Este decreto resulta ser inconstitucional, debido a que es una estricta violación de la presunción de inocencia y contraviene el Código Procesal Penal.

de este derecho.¹⁴⁷ Así, durante las instrucciones preliminares y antes de comenzar la declaración del imputado, se le debe advertir que tiene derecho a abstenerse de declarar y que su decisión no puede ser utilizada en su contra.¹⁴⁸

Al respecto, la jurisprudencia reconoce que el derecho a declarar y el derecho a guardar silencio se fundamentan en la dignidad de la persona y constituyen elementos del derecho a la presunción de inocencia y del debido proceso. En ese sentido,

el derecho a guardar silencio incluye el derecho a estar informado de que la negativa a declarar no puede ser tomada como un indicio de culpabilidad. Es por ello que para los efectos de que este derecho no sufra un menoscabo que pueda ser calificado como arbitrario, el Estado está prohibido de ejercer violencia psíquica o física sobre el imputado o acusado y ejecutar métodos engañosos o de naturaleza análoga que pudieran estar destinados a obtener involuntariamente información sobre los hechos por los cuales se investiga o acusa a una persona en un proceso penal.¹⁴⁹

Con relación al ejercicio práctico de este derecho, se observa que durante las diligencias preliminares, en algunos casos, los policías y fiscales no cumplen con garantizarlo pues en el curso de la detención –donde el policía tiene el deber de realizar la lectura de la carta de derechos que incluye el de abstenerse a declarar– no se informa al imputado sobre su derecho a guardar silencio, e incluso, cuando es conducido a la comisaría, el fiscal no verifica o subsana su cumplimiento. Caso contrario sucede durante las audiencias, puesto que el juez sí garantiza tal derecho.

3.3.5. Derecho a las decisiones motivadas

La Constitución Política reconoce el derecho de todos los usuarios del sistema de justicia a la debida motivación escrita de las resoluciones judiciales.¹⁵⁰ El CPP dispone que estas últimas deben ser fundadas y motivadas, y señala que un requisito de la sentencia es la “motivación clara, lógica y completa” de cada uno de los hechos y las circunstancias que se dan por probadas o improbadas; además, el CPP contempla que la sentencia debe indicar el sustento de la valoración de la prueba, con precisión del razonamiento que la justifica.¹⁵¹

¹⁴⁷ Conforme al CPP, art. 71, inc. 2.d.

¹⁴⁸ Conforme al CPP, art. 87, inc. 2.

¹⁴⁹ Expediente 00926-2007-PA/TC, Sentencia del 3 de noviembre de 2009.

¹⁵⁰ Conforme señala la Constitución Política del Perú, art. 139, inc. 5.

¹⁵¹ Conforme al CPP, art. 394, inc. 3.

Al respecto, la jurisprudencia ha desarrollado los alcances del derecho a una decisión razonada, al señalar que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales “es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso”.¹⁵²

En el marco de la aplicación del CPP, en los primeros años surgieron algunos problemas prácticos entre quienes consideraban que las resoluciones dictadas verbalmente en las audiencias, aunque registradas en audio, vulneraban el derecho a la debida motivación escrita de las resoluciones, contra quienes señalaban que el nuevo modelo acusatorio privilegia la oralidad y, por ende, las decisiones judiciales deben ser preferentemente orales. Ante ese problema de operatividad entre quienes hacían una interpretación literal del CPP y los que tenían una interpretación constitucional, el Tribunal Constitucional respaldó la buena práctica de la oralidad, al considerar que “no se vulnera la motivación de las resoluciones judiciales, si se ha cumplido con motivar la resolución de forma razonada y suficiente”.¹⁵³

En esa misma línea, el Acuerdo Plenario 6–2011/CJ–116 aborda la motivación escrita de las resoluciones judiciales y el principio de oralidad, y respalda el nuevo modelo acusatorio, al determinar que la interpretación de la norma constitucional no puede ser meramente formal, pues de ser así se opondría al principio de oralidad y a la lógica de un enjuiciamiento que hace de las audiencias el eje central de su desarrollo y expresión procesal.¹⁵⁴ Es decir, en la medida en que el juez emite una resolución que explica las razones de su decisión dentro de los parámetros de la lógica racional y la legalidad, está cumpliendo con garantizar el derecho a la motivación de las resoluciones.

Es importante reconocer que las audiencias introducidas por el CPP para la fase previa al juicio y para el propio juicio oral promueven el ejercicio práctico del derecho a las decisiones motivadas, dado que las audiencias judiciales constituyen un escenario de publicidad, oralidad, transparencia de los argumentos expuestos por partes y los jueces.

¹⁵² Expediente 01873-2011-PA/TC, Sentencia del 8 de marzo de 2012.

¹⁵³ Expediente 02937-2009-PHC/TC, del 25 de setiembre de 2009. Asimismo, esta sentencia valida las conclusiones del Pleno Jurisdiccional Regional sobre el Código Procesal Penal, del 04 de julio de 2009.

¹⁵⁴ VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, del 6 de diciembre de 2011.

3.3.6. Derecho de apelación de las sentencias

El acusado tiene derecho a apelar la sentencia, en su totalidad o en parte. Este derecho está amparado por la Constitución Política que lo contempla como el derecho a la pluralidad de instancias.¹⁵⁵ Por otra parte, de acuerdo con el CPP, el acusado puede ejercer el derecho de impugnación a través del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia,¹⁵⁶ el cual tiene efecto suspensivo;¹⁵⁷ sin embargo, si se trata de una sentencia que impone pena privativa de libertad efectiva, la apelación se ejecutará provisionalmente.¹⁵⁸

Además, el CPP regula que cuando se impugna el juicio de culpabilidad o de inocencia, solo son admisibles las pruebas que no se propusieron en primera instancia por desconocimiento de su existencia; las pruebas propuestas que fueron indebidamente denegadas, siempre que se hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y las pruebas admitidas que no fueron practicadas por causas no imputables al sentenciado.¹⁵⁹ En ese marco, es factible declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada o confirmar o revocar la misma.¹⁶⁰

Al respecto, la jurisprudencia establece que el derecho al recurso de apelación es una garantía consustancial del derecho al debido proceso jurisdiccional, y que, mediante el mismo,

se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esa manera permitir que lo resuelto por aquel, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional. La exigencia constitucional de establecerse funcional y orgánicamente una doble instancia de resolución de conflictos jurisdiccionales está directamente conectada con los alcances que el pronunciamiento emitido por la última instancia legalmente establecida es capaz de adquirir: la inmutabilidad de la cosa juzgada.¹⁶¹

¹⁵⁵ Conforme a la Constitución Política del Perú, art. 139, inc. 5.

¹⁵⁶ Conforme señala el CPP, art. 401. En ese contexto, el juez, luego de concluir la lectura de la sentencia, pregunta a la defensa si interpone el recurso de apelación o se reserva la decisión de impugnación. Si el abogado defensor decide interponer el recurso de forma oral, tiene un plazo de cinco días para formalizar el pedido ante la Sala Penal Superior.

¹⁵⁷ Conforme al CPP, art. 418.

¹⁵⁸ No obstante, no se ejecutará cuando la pena sea una multa o una pena limitativa de derechos. Asimismo, si el condenado está en libertad y se impone pena o medida privativa de libertad efectiva, el juez, según la naturaleza o gravedad del delito y el peligro de fuga, puede optar por su inmediata ejecución o imponer algunas restricciones, conforme al CPP, artículo 402.

¹⁵⁹ Conforme al CPP, art. 422.

¹⁶⁰ Conforme al CPP, art. 425.

¹⁶¹ Expediente 4235-2010-PHC/TC, Sentencia del 11 de agosto de 2011.

En cuanto al ejercicio práctico de este derecho, existen apreciaciones distintas por parte de los operadores entrevistados, acerca de la posibilidad de sancionar a la persona absuelta en primera instancia.¹⁶² Así, por ejemplo, la Sala Penal de Apelaciones de Arequipa, en el expediente 2008-12172,¹⁶³ declaró inaplicable parte del artículo 425.3.b del CPP y señaló que “si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar”; ello en razón de existir colisión con el derecho a la instancia plural. No obstante, cuando el mismo expediente fue elevado en consulta a la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia,¹⁶⁴ se desprobó la resolución, al considerar que la instancia plural estaría garantizada por medio del recurso extraordinario de la casación penal.¹⁶⁵

3.4. Derechos relacionados con una defensa eficaz

3.4.1. El derecho a investigar el caso

Las leyes peruanas reconocen que el defensor puede intervenir en plena igualdad de armas en la actividad probatoria¹⁶⁶ y, por ende, tiene derecho a aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.¹⁶⁷ En este contexto, la base nor-

¹⁶² Es un tema actualmente en discusión y fue debatido en el VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema de la República, donde no se llegó a un acuerdo.

¹⁶³ Sentencia del 22 de junio de 2010. Resumen del caso: el juzgado colegiado de primera instancia absolvió al procesado de los cargos presentados en su contra, al considerar que no se logró desvirtuar la presunción de inocencia por insuficiencia probatoria. El Ministerio Público interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la referida resolución y ofreciendo como medio de prueba la declaración de la agraviada que fue admitida en primera instancia, pero que no fue actuada por causa no imputable a ella. La Sala Penal Superior resolvió declarar, vía control difuso, inaplicable la norma que regula la condena del absuelto, así como la nulidad de la sentencia y del juicio oral de primera instancia, disponiendo la realización de nuevo juzgamiento oral.

¹⁶⁴ Consulta 2491-2010, emitida el 14 de septiembre de 2010.

¹⁶⁵ La Sala Penal de Apelaciones de Arequipa señaló que no resulta suficiente la existencia de un recurso de casación cuya naturaleza y finalidad procesal es distinta al recurso de apelación, pues es un recurso extraordinario. La casación no es instancia; en consecuencia, no se pueden revisar los hechos, ni mucho menos abrirse o agregar pruebas como sí sucede en el recurso de apelación. El recurso de casación es aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuestos estrictamente determinados por ley (el artículo 429 del CPP ha establecido las causas para interponer recurso de casación en materia penal).

¹⁶⁶ Conforme al CPP, art. IX del Título Preliminar.

¹⁶⁷ Conforme al CPP, art. 84, inc. 5.

mativa permite que el defensor, sea público o privado, recurra a la asistencia de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de alguna diligencia.¹⁶⁸ En efecto, el defensor tiene derecho a la designación de un perito de parte, que se realizará dentro del quinto día de haber recibido la notificación del nombramiento del perito por parte del juez. Cabe precisar que el perito de parte puede presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer observaciones y dejar constancias de la técnica utilizada desde su experticia.¹⁶⁹

Con respecto al ejercicio práctico de este derecho, se observan limitaciones para su desarrollo, tanto en el ámbito de la defensa privada como de la pública. El diseño de una teoría de caso alternativa a la presentada por la Fiscalía constituye aún un desafío para los defensores públicos y privados. Por otro lado, la posibilidad de contar con expertos de otras disciplinas no es una práctica cotidiana, principalmente por los costos que ello involucra. Se observa que un grupo minoritario de defensores privados cuenta con expertos o especialistas desde el inicio de su trabajo. En el caso de los defensores públicos, el derecho a contar con expertos o especialistas de apoyo no se ejerce, ya que la institución no cuenta con un presupuesto para contratarlos. De acuerdo con las entrevistas realizadas, en algunas ocasiones quien asume los gastos de un perito es el propio imputado o sus familiares, si sus posibilidades económicas lo permiten.

3.4.2. Derecho a contar con tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa

La legislación establece que toda persona tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa,¹⁷⁰ y aunque no exista ninguna indicación expresa respecto al derecho a contar con los medios adecuados para dicha preparación, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, al señalar que “es un derecho fundamental del imputado contar con el tiempo y los medios adecuados para organizar su defensa o diseñar su estrategia”.¹⁷¹

Con respecto al ejercicio práctico de este derecho, algunos defensores privados tienen la mala práctica de no acudir a las audiencias con el propósito de dilatar el proceso judicial. En estos casos, los jueces nombran a un defensor público para poder

¹⁶⁸ Conforme al CPP, art. 84, inc. 3.

¹⁶⁹ Conforme al CPP, art. 177.

¹⁷⁰ Conforme al CPP, art. IX del Título Preliminar.

¹⁷¹ Casación 159-2011, Sentencia del 22 de mayo de 2012.

continuar con el proceso penal. No obstante, cuando el defensor público acude a la respectiva audiencia o diligencia, recién toman conocimiento del caso, por lo cual solicita un tiempo razonable para preparar su estrategia de defensa; sin embargo, algunos jueces les brindan un tiempo muy limitado, que resulta insuficiente para elaborar una estrategia de defensa adecuada. De acuerdo con las entrevistas realizadas, los defensores consideran que el tiempo que requieren para analizar el caso y diseñar su estrategia de defensa varía en función de las características del caso y del tipo de audiencia en la que deben participar; además, los defensores entrevistados indicaron que un tiempo corto es, por ejemplo, inferior a una hora en las audiencias de prisión preventiva.

3.4.3. Derecho a la igualdad de armas en la evaluación de testigos

Las leyes peruanas establecen que el defensor tiene derecho a interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos en cualquiera de las etapas procesales.¹⁷²

Sobre este punto, la jurisprudencia ha precisado que “el derecho a interrogar testigos constituye un elemento esencial del derecho a la prueba, el mismo que es contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución”.¹⁷³

El ejercicio práctico de este derecho se evidencia sin mayores limitaciones en las fases procesales correspondientes. Por ejemplo, durante la investigación preliminar, cuando el fiscal pretende interrogar a los testigos, notifica a los defensores para su intervención en el interrogatorio, y en caso de que no haya notificado al defensor para su respectiva presencia, este puede solicitar la ampliación de la declaración o interponer una acción de tutela de derechos para que la declaración no forme parte probatoria del proceso.¹⁷⁴

3.4.4. Derecho a contar con servicios de interpretación y traducción de documentos sin costo

La Constitución Política señala que todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante una autoridad mediante un intérprete; asimismo, los extranjeros tienen

¹⁷² Conforme al CPP, art. 84, inc. 2.

¹⁷³ Expediente 1808-2003-HC/TC, Sentencia del 14 de agosto de 2003.

¹⁷⁴ Para ver el concepto de la tutela de derechos, véase la nota al pie 22.

este mismo derecho cuando son citados por las autoridades.¹⁷⁵ Cuando una persona no comprende el idioma, debe proveérsele un traductor o intérprete pues las actuaciones procesales se realizan en el idioma castellano.¹⁷⁶

Al respecto, la jurisprudencia señala que el ejercicio del derecho de defensa no es posible si al imputado no se le designa un traductor o intérprete, pues este derecho “es una garantía mínima del procesado para el respeto de su derecho al debido proceso y a su identidad cultural, en consecuencia, para su validez, así tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: ‘[...] toda declaración de una persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma en el cual ésta le es tomada, carece de valor’”.¹⁷⁷

Sobre el ejercicio práctico de este derecho, en el apartado 5 se analizarán los derechos de los pueblos indígenas. A continuación se analiza el derecho a contar con servicios de interpretación para las personas extranjeras.

Cuando una persona extranjera es detenida –como sucede por ejemplo en el distrito judicial de Cusco que es altamente turístico– es llevada inmediatamente a la Policía de Turismo,¹⁷⁸ unidad que cuenta con personal capacitado con conocimientos básicos en idiomas como el inglés, el japonés y el francés, lo que le permite informar al sospechoso sobre los cargos. Esta posibilidad no se presenta en todo el país, y aun en Cusco, los defensores indicaron que no siempre se informa adecuadamente en el idioma extranjero, pero sí se cumple con la formalidad de firmar el acta de la carta de derechos, la cual solo está redactada en español.

Tomando como ejemplo el distrito judicial de Cusco, el detenido es entrevistado por un fiscal de la Fiscalía Especializada en Turismo,¹⁷⁹ unidad que cuenta con personal capacitado en idiomas, principalmente el inglés, que la gran mayoría de turistas

¹⁷⁵ Conforme a la Constitución Política del Perú, art. 2, inc. 19.

¹⁷⁶ Conforme al CPP, arts. 114 y 115.

¹⁷⁷ Expediente 4719-2007-PHC/TC, Sentencia del 3 de octubre de 2007.

¹⁷⁸ A través del Decreto Supremo 017-74-IN, del 13 de junio de 1993, se crearon las unidades de turismo. La Policía de Turismo tiene como misión planear, organizar, dirigir, ejecutar, coordinar, controlar y supervisar las actividades policiales relacionadas con el turismo y la protección del medio ambiente a nivel nacional, así como investigar y denunciar los delitos y las faltas que se cometan en la materia, y garantizar la seguridad y protección de los turistas y sus bienes, y el patrimonio histórico-cultural, natural, turístico y ecológico nacional.

¹⁷⁹ A través de la Resolución de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público 667-98-MP-CEMP, del 8 de octubre de 1998, en el marco de la Ley 26961 “Ley para el desarrollo de la actividad turística” y del crecimiento turístico se creó e implementó, a partir del 15 de octubre de 1998, la Fiscalía Provincial de Turismo del Cusco, distrito judicial de Cusco.

comprende. Si el detenido habla un idioma desconocido por el fiscal, se coordina con la embajada respectiva; si bien estas dependencias no suelen facilitar intérpretes, sí colaboran para contactar a intérpretes acreditados, como profesores o docentes universitarios. En estos casos, los costos de la interpretación son pagados por el Ministerio Público.

Cuando los imputados son extranjeros, los defensores tienen dificultades durante el interrogatorio policial, dado que no es usual que los defensores privados hablen fluidamente el inglés u otro idioma. La defensa pública tampoco cuenta con defensores capacitados en idiomas. Los operadores entrevistados indicaron que, en algunas ocasiones, el policía y el fiscal comprenden el idioma extranjero, mas no el defensor, por lo cual solicita un intérprete como parte de la garantía para efectivizar el derecho a la defensa; ante ello, el Ministerio Público proporciona los servicios de un intérprete.

En cuanto a los actos procesales realizados en el juzgado, es preciso mencionar que el juez de investigación preparatoria o de juzgamiento, según sea el caso, requiere los servicios de un intérprete o traductor para las audiencias. En estos casos, el Poder Judicial asume el pago de los servicios del traductor. Cabe mencionar que existen algunas dificultades en cuanto al acceso al intérprete en zonas alejadas, especialmente las regiones andina y amazónica del país, las cuales serán abordadas más adelante.

4. La cultura profesional de los defensores

El CPP ha significado un cambio sustantivo en la justicia peruana, al contemplar nuevos roles de los actores del proceso penal, entre ellos, el rol de los defensores. Dos elementos claves del nuevo proceso penal son la oralidad y la transparencia, por lo cual, el modelo acusatorio es mucho más exigente con la calidad profesional de los actores. En este contexto, el ejercicio de una defensa penal eficaz bajo el CPP es un desafío crucial para los defensores. De acuerdo con las entrevistas realizadas, los defensores privados han tenido más dificultades para adaptarse al nuevo modelo procesal, puesto que su cultura ha estado fuertemente arraigada a la escrituralidad. Por el contrario, los operadores opinan que los defensores públicos han tenido una mejor capacidad de adaptación, lo que se atribuye a las capacitaciones que han recibido para desempeñarse en el nuevo procesal penal.

Para asegurar una adecuada defensa eficaz, a partir del año 2011, la defensa pública cuenta con mecanismos de control y monitoreo orientados a medir, a través de indicadores, la eficiencia, efectividad, cobertura y calidad de los defensores públi-

cos. Este monitoreo y evaluación es realizado por personal especializado¹⁸⁰ y se lleva a cabo dos veces al año a nivel nacional. El monitoreo consiste en supervisar el *desempeño estratégico* de los defensores, para lo cual se aplica una ficha donde se verifica su conocimiento del caso, la estrategia de defensa y el control de los plazos; también se verifica el *desempeño operacional* de los defensores públicos, a través del cumplimiento de los derechos del imputado. Igualmente, los supervisores visitan los juzgados para evaluar el *desempeño de los defensores públicos en el proceso, a través de la fundamentación de la audiencia*, el agotamiento de los medios de defensa y las destrezas de litigación.¹⁸¹

Tabla 4.
**Ejes del control y el monitoreo
 del desempeño de los defensores públicos***

Desempeño estratégico
Lineamiento 1: Conocimiento del caso
a. Cuenta con copia de carpeta fiscal
b. Conferenció con su patrocinado
c. Revisó jurisprudencia y/o doctrina equivalente
d. Dispone de un documento relativo a la teoría del caso que: <ul style="list-style-type: none"> - tiene resumen del caso - relación de elementos probatorios
* Es importante resaltar que la aplicación de la ficha de supervisión se basa en el cumplimiento o no de la actividad. En opinión de algunos defensores, esta forma de aplicar las herramientas de supervisión no permite medir el nivel de cumplimiento o efectividad de cada actividad.

¹⁸⁰ La defensa pública cuenta con un abogado a cargo del control y el monitoreo del área penal que, entre otras funciones, realiza las siguientes: i) supervisar, evaluar e informar las labores que efectúan los defensores públicos en el patrocinio de sus casos y/o asesoramiento, verificando que se haya brindado asistencia técnica legal en forma oportuna y eficiente; ii) supervisar en forma virtual el ingreso y seguimiento de los casos asumidos por los defensores públicos del área penal a nivel nacional, emitiendo el informe respectivo; iii) proponer al coordinador general del área penal, los lineamientos de control y monitoreo a los directores distritales, coordinadores distritales y defensores públicos de la defensa pública sobre los roles para la prestación del servicio del turno permanente, diligencias, audiencias y la debida asignación o distribución de casos vinculados con el servicio de la defensa pública; iv) supervisar in situ la defensa técnica legal que los defensores públicos realizan a favor de sus patrocinados, para poder verificar su desenvolvimiento en audiencia.

¹⁸¹ Conforme la ficha de supervisión del código procesal penal de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia.

Lineamiento 2: Estrategia de defensa

- Basado en la teoría del caso del defensor
 - Basada en la solicitud del usuario
-

Lineamiento 3: Controla los plazos adecuadamente

- Investigación preliminar
 - Investigación preparatoria
 - Mantiene un registro o bitácora de control de tiempos
-

Desempeño operacional

Lineamiento 1: Garantiza derechos del usuario

a. Derechos del imputado/infractor

- Interroga en investigación preliminar
 - Interroga en investigación preparatoria
 - Participa en audiencia de esclarecimiento de hechos
 - Solicita remisión
 - Solicita y participa en audiencia de control de plazo
 - Interpone acciones de garantía (tutela, HC, otros)
 - Participa en audiencia de prisión preventiva
 - Solicita revocación de medida de coerción procesal
 - Participa e interroga en careo
 - Ofrece pruebas
 - Deduce medios técnicos de defensa (excep./cuestiones)
 - Absuelve traslado de la acusación
 - Solicita y participa en audiencia de control de sobreseimiento
 - Participa en audiencia de control de acusación
 - Solicita y participa en audiencia de salidas alternativas
 - Efectuó alegatos de apertura
 - Solicita acogerse a la conclusión anticipada
 - Realizó interrogatorio y contrainterrogatorio
 - Examinó testigos y peritos
 - Oralización de documentos
 - Efectuó alegatos de clausura
-

-
- Participa en lectura de sentencia
 - Presenta recursos impugnatorios
 - Solicitud casación y/o revisión
 - Conserva audio, video o transcripciones de audiencia
-

b. Derechos del sentenciado

- Solicitud copias certificadas
 - Solicitud registro de condena
 - Presenta consignaciones judiciales
 - Solicitud refundición de penas
 - Solicitud adecuación de penas
 - Solicitud commutación de pena
 - Solicitud rehabilitación
 - Solicitud derecho de gracia, indulto, etc.
 - Solicitud beneficios penitenciarios
 - Participa en audiencia de B.P.
 - Presenta recursos impugnatorios
 - Fundamenta recurso impugnatorio de B.P.
 - Solicitud devolución de documentos
 - Solicitud traslado de condenados extranjeros
-

Desempeño en el proceso

Lineamiento 1: Desenvolvimiento en el proceso

a. Investigación preliminar

b. Investigación preparatoria

c. Etapa intermedia

d. Juzgamiento

- Fundamentación en audiencia
 - Agotamiento de los medios de defensa
 - Destrezas de litigación
-

Fuente: Ficha de supervisión de la DGDPAJ.

Los parámetros antes descritos buscan garantizar estándares mínimos del servicio que la DGDPAJ brinda a los usuarios, a través de los defensores públicos. De acuerdo con las entrevistas realizadas, los resultados obtenidos permiten medir la calidad del desempeño de los defensores, e identificar sus fortalezas y debilidades. Estos indicadores también sirven para que la institución implemente capacitaciones orientadas a superar las deficiencias de los defensores públicos y, por ende, mejorar la protección de los derechos de los imputados.¹⁸²

Además, la DGDPAJ ejecuta el proyecto “Diseño del perfil por competencias y un sistema de evaluación por desempeño de defensores públicos, conciliadores y procuradores para el fortalecimiento de las capacidades”,¹⁸³ el cual concluye que el defensor público penal cumple óptimamente sus funciones en 83,7% de los casos, desarrolla sus competencias en 78,2%, posee conocimientos para desempeñarse en su función en 80,1% y domina habilidades técnicas correspondientes a su labor en 41,2%, evidenciándose un nivel de desempeño equivalente a 76,8%, correspondiente a un nivel de logro avanzado.¹⁸⁴

Como se observa, la defensa pública está implementando mecanismos para el control, la supervisión y la evaluación de los defensores públicos, a fin de identificar espacios para mejorar la calidad de sus servicios. Sin embargo, los defensores privados no cuentan con tales mecanismos, es decir, no se sujetan a un sistema de monitoreo y evaluación de la calidad de sus servicios.

Cabe señalar que en 2012 se implementó la iniciativa *Registro Nacional de Abogados del Perú (RENAB)* para mejorar la eficiencia de los defensores privados y la transparencia de su información profesional;¹⁸⁵ no obstante, aún no se conocen los resultados

¹⁸² En ese marco, para efectivizar el derecho de defensa penal, en el año 2014 se inició un proyecto de elaboración de protocolos de atención a mujeres extranjeras y a jóvenes de 18 a 24 años privadas de su libertad. Hasta octubre del mismo año se contaba con una versión abreviada que incluía los pasos de los defensores públicos desde la detención policial hasta la fase de ejecución de condena. Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia 2014.

¹⁸³ Este proyecto se desarrolló en el año 2012 con el apoyo del Proyecto de Mejoramiento del Servicio de Justicia y obtuvo el reconocimiento de Buena Práctica en Gestión Pública 2013, en la categoría Sistema de Gestión Interna. Esta distinción fue otorgada por la organización Ciudadanos al Día (CAD), que año a año organiza este tipo de concursos para reconocer los esfuerzos de la administración pública por mejorar el servicio al ciudadano.

¹⁸⁴ Resultados en función de la evaluación de 824 defensores públicos penales.

¹⁸⁵ Esta iniciativa fue implementada por el Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia del Banco Mundial en octubre de 2012. A través de este sistema, los defensores pueden ingresar sus datos de contacto, experiencia laboral e información académica que les permita mantener un acer-

concretos de esta iniciativa. Actualmente, la única forma de medir la calidad de los defensores privados es a partir del prestigio, la experiencia y los casos ganados que ellos puedan exponer, lo cual también está asociado al pago de sus servicios, aunque esto último no siempre garantiza su buen desempeño.

5. Derechos con respecto a los pueblos indígenas

El Perú es un país pluricultural y con una amplia diversidad étnica; estas características están reconocidas en la Constitución Política que señala: “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”¹⁸⁶ y “todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”.¹⁸⁷

En la zona andina peruana, parte de la población habla quechua, y en la zona amazónica hay población que habla las lenguas originarias.¹⁸⁸ En este contexto, el CPP dispone que si un detenido no habla el español, o si en una audiencia judicial el imputado habla un idioma nativo, entonces se le debe proporcionar un traductor o un intérprete.¹⁸⁹ Por otra parte, un aspecto novedoso del CPP, es la incorporación del inciso 3 del artículo 18, el cual señala que la justicia penal ordinaria no es competente para conocer los hechos punibles resueltos por la *jurisdicción especial o comunal*.¹⁹⁰ Es decir, legalmente se reconoce que además del Poder Judicial, la justicia comunal también puede resolver los conflictos penales en sus respectivos territorios.¹⁹¹

camiento más directo con el público que busca sus servicios y optimizar, de esta manera, la oferta legal a nivel nacional. Mayor información sobre el proyecto, disponible en: <http://www.conab.org/>.

¹⁸⁶ Conforme señala la Constitución Política, art. 2, inc. 2.

¹⁸⁷ Conforme a la Constitución Política, art. 2, inc. 19.

¹⁸⁸ Para más detalles, véase la nota al pie 5.

¹⁸⁹ Conforme al CPP, arts. 114 y 115.

¹⁹⁰ El artículo 149º de la Constitución Política señala que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

¹⁹¹ Esta atribución del Estado implica que siempre se respeten los derechos humanos; además, en los casos penales, los imputados deben ser derivados a la autoridad policial, fiscal o judicial más cercana. No obstante, en el país se presentan casos de abusos físicos cometidos por los miembros de algunas rondas, que incluso han causado la muerte de los imputados o imputadas.

En la práctica común, en algunos distritos judiciales de las zonas andinas y amazónicas, el idioma nativo es un curso de enseñanza obligatorio en todos los niveles y modalidades de la educación,¹⁹² por lo cual no se requiere un intérprete, ya que los policías, fiscales, defensores y jueces conocen el idioma. En el caso de la defensa pública, si los postulantes no pertenecen a la zona, como parte de los requisitos de la postulación se solicita tener conocimientos básicos del idioma nativo. Asimismo, los defensores públicos, y los jueces y fiscales para la atención y orientación legal a la población de las comunidades nativas deben aplicar el Protocolo de Atención y Orientación Legal con enfoque intercultural.¹⁹³

Por otro lado, en las entrevistas realizadas en el distrito judicial de Cusco se indicó que en el centro histórico de esta ciudad no se presentan muchos casos donde el imputado hable un idioma nativo; más si sucede en otras provincias de Cusco. Los operadores indicaron que las dificultades relacionadas con la traducción se evidencian principalmente en las audiencias, ya que no se cuenta con muchos intérpretes y la distancia geográfica de algunas provincias limita su traslado oportuno. De acuerdo con las fuentes consultadas, ante esta situación, el juez nombra a traductores no oficiales para que participen en las audiencias, pero algunos de ellos no comprenden el lenguaje jurídico, por lo cual la traducción no siempre cumple con los parámetros de calidad necesarios.

Es importante reconocer que en 2012, la Defensa Pública creó la especialidad en *asuntos indígenas* para brindar principalmente atención a las necesidades de defensa de las comunidades nativas amazónicas.¹⁹⁴ Para ser defensores públicos especializados en esta materia, se exige que el defensor conozca la cultura, la geografía y las lenguas nativas de la respectiva región.

6. El compromiso político con la defensa penal efectiva

En los últimos diez años, el Poder Ejecutivo ha realizado importantes esfuerzos para fortalecer la defensa penal efectiva en el país. La mejor evidencia de ello es la vigencia del CPP, norma que contempla varios mecanismos para viabilizar el ejercicio del derecho a la defensa a nivel práctico. La implementación del CPP ha estado asociada al

¹⁹² Un ejemplo es la Ordenanza Regional 025-2007-CRIGRC.CUSCO.

¹⁹³ Programa para la Cohesión Social en América Latina 2014.

¹⁹⁴ Resolución Directoral 068-2012-JUS/DGPAJ.

fortalecimiento institucional y presupuestal de la defensa pública desde el año 2006. Como se ha explicado en los puntos anteriores, esta institución ha ampliado la cobertura geográfica de sus servicios, tiene un mayor número de defensores públicos y, lo más importante, estos presentan notorias mejorías en la calidad de su desempeño.

Sin embargo, paralelamente a dichos esfuerzos, también se observan ciertas contradicciones en el compromiso de las autoridades políticas con la defensa penal efectiva, las cuales se traducen esencialmente en modificaciones legislativas orientadas a fortalecer la seguridad ciudadana, a través del incremento de las penas, la creación de nuevos delitos y la reducción o eliminación de los beneficios penitenciarios.

Estas modificaciones normativas han sido una constante en los últimos 30 años; así, se observa que entre 1991 y 2012, el Código Penal fue modificado 408 veces, 73,5% para modificar las penas o los delitos con la única finalidad de agravarlos, y 22% para incorporar nuevas formas delictivas.¹⁹⁵ Similar situación se registra con el Código de Ejecución Penal, que en el mismo periodo ha sido modificado 28 veces, 72% para restringir o elevar los requisitos para obtener los beneficios penitenciarios, 14% para incorporar mayores requisitos para dichos beneficios, y 14% para derogar artículos.¹⁹⁶

No obstante, esta tendencia a modificar las normas penales con la justificación del fortalecimiento de la seguridad ciudadana se agudizó en el año 2013, cuando el Gobierno promovió un conjunto de leyes para fortalecer la seguridad ciudadana,¹⁹⁷ entre las cuales está la Ley 30076, que modifica el artículo 84 del CPP referido a los derechos y deberes del defensor en el proceso penal. La nueva norma establece que el defensor tiene prohibido recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la administración de justicia; no obstante, la ley no define qué son ni cuáles son estos mecanismos, lo que puede dar lugar a ciertos riesgos para el ejercicio de la defensa penal.

¹⁹⁵ El 4,5% de modificaciones en el Código Penal Peruano fueron de carácter derogatorio. Consejo Nacional de Política Criminal 2013.

¹⁹⁶ Consejo Nacional de Política Criminal 2013.

¹⁹⁷ En agosto de 2013 se publicó la Ley 30076 – Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana. Asimismo se publicó la Ley 30077 - Ley contra el crimen organizado, que establece procedimientos y mecanismos para la detección, investigación y sanción de los integrantes o cualquier persona vinculada a organizaciones criminales.

Por otro lado, se observa que actualmente en el Perú, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Judicial abordan la necesidad de una profunda reforma integral del sistema de justicia, como un objetivo prioritario para mejorar la calidad de vida y el desarrollo del país. En el año 2013 se registraron enfrentamientos entre las autoridades de ambos poderes del Estado motivados por requerimientos presupuestales; sin embargo, no hay una agenda ni consensuada ni institucional que abarque los objetivos, las actividades y las metas en el corto y mediano plazo de estos poderes ni del Ministerio Público para mejorar la administración de la justicia penal. Sin duda, hay importantes iniciativas en cada una de estas entidades; asimismo, debe tenerse en cuenta que el CPP es solo una herramienta que requiere insertarse en la implementación de una política pública sólida y sostenible.

7. Conclusiones

Este capítulo analiza el estado situacional de la defensa penal eficaz en el Perú y profundiza en el cumplimiento del debido proceso y la presunción de inocencia en el sistema de justicia peruano, bajo un enfoque del respeto a los derechos humanos y de un Estado democrático y de derecho. Presenta diversa información cualitativa y cuantitativa sobre la defensa penal en el país y estudia el cumplimiento efectivo de un conjunto de derechos que corresponden a una adecuada defensa penal, en los ámbitos normativo, jurisprudencial y, principalmente, en las prácticas de los operadores.

El análisis de las leyes, la jurisprudencia y las prácticas permite concluir que el sistema jurídico peruano muestra importantes mejoras y logros en los últimos años en materia de defensa penal, cumpliendo con determinados estándares que dan cuenta de su eficacia. Así, en el ámbito normativo, se observa una evolución positiva especialmente debido a la implementación del Código Procesal Penal a partir del año 2006, herramienta que está aportando a fortalecer el respeto al debido proceso y a la igualdad de armas entre los fiscales y los defensores en el proceso penal.

En cuanto al ámbito jurisprudencial, este estudio muestra que existen resoluciones judiciales, tanto del Tribunal Constitucional como de los juzgados penales, que reafirman la amplia gama de derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú, tales como el derecho del imputado a ser informado sobre las causas de la detención, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y otros derechos concernientes a la defensa penal. El reconocimiento de estos derechos en las decisiones jurisprudenciales está contribuyendo a cumplir con los principios e instituciones jurídicas contemplados en el Código Procesal Penal.

Con relación a las prácticas cotidianas de los operadores del sistema judicial penal, este estudio constató que con la aplicación del Código Procesal Penal hay un mejor desempeño de los jueces, fiscales, policías y defensores, lo que contribuye a brindar no solo un servicio de justicia más eficiente, ágil y transparente, sino también a salvaguardar la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales de los imputados en el proceso penal. La oralidad, la publicidad y la contradicción son los ejes centrales del nuevo proceso penal y constituyen importantes principios que deben ser respaldados por todos los operadores.

No obstante, el sistema de justicia del Perú tiene varios e importantes retos para mejorar y fortalecer la defensa penal eficaz, los cuales se ubican especialmente en el nivel de las prácticas de los operadores. Estos desafíos son relevantes en dos ámbitos: por un lado, en la protección de los derechos del imputado por parte del sistema de justicia penal en su conjunto y, por otro, en el de garantizar y consolidar una defensa penal de calidad.

Los desafíos para la protección de los derechos del imputado por parte del sistema de justicia penal se hacen más notorios en las primeras diligencias del proceso penal. Existen casos donde se limita el ejercicio del detenido a abstenerse a declarar ante los fiscales o policías, o a contar con un defensor durante el interrogatorio. Estas limitaciones no son la regla general; sin embargo, hay situaciones donde la Policía y la Fiscalía no cumplen con informar al detenido sobre sus derechos legalmente amparados, lo que supone interrogatorios preliminares sin la presencia de su defensor, situación que claramente genera un estado práctico de indefensión de los imputados. Asimismo, estas limitaciones también están asociadas a la restricción del derecho del imputado a contar con un defensor de manera oportuna, esto es dentro de las primeras 24 horas de producida la detención. Estas prácticas representan un área importante de mejora para garantizar una defensa penal eficaz en el sistema de justicia peruano.

Otro desafío para la práctica de una defensa penal eficaz se presenta en el ejercicio del derecho del imputado a ser procesado en libertad. Sobre este punto, se observa que si bien el Código Procesal Penal ha mejorado los estándares para dictar la prisión preventiva mediante la realización de las audiencias orales, públicas y contradictorias, y el establecimiento de requisitos más rigurosos para requerirla y decidirla, lo cierto es que la prisión preventiva sigue siendo la principal medida de coerción procesal aplicada en el sistema de justicia penal peruano. Si bien la nueva norma procesal penal regula medidas alternativas a la prisión preventiva, el sistema de justicia penal carece de mecanismos para el monitoreo y la supervisión integral de las reglas de conducta que los jueces fijan a los procesados en libertad, situación que incide en la poca con-

fianza de los propios operadores y de la comunidad en la aplicación de las medidas alternativas al encarcelamiento preventivo, el cual es percibido como el único mecanismo para controlar el comportamiento del imputado en el proceso penal.

Otro derecho concerniente a la defensa penal eficaz donde también se presentan limitaciones es el derecho a la traducción e interpretación. Hay dos tipos de imputados que usualmente requieren ejercer este derecho en el Perú: los indígenas y los extranjeros. En cuanto a los imputados indígenas, existen dos desafíos claves; el primero se vincula con la entrega de la carta de derechos en el idioma originario (por ejemplo, el quechua, aymara u otras lenguas nativas), y el segundo está referido a la asistencia de intérpretes calificados con parámetros de calidad. Al respecto, se ha identificado que en algunas audiencias es necesario que el imputado cuente con un intérprete, pero debido a las grandes distancias geográficas de las provincias, solo es factible asignar uno no acreditado, ya que los intérpretes oficiales no pueden trasladarse oportunamente.

En cuanto al derecho del imputado extranjero a la traducción e interpretación, el sistema de justicia penal peruano cuenta con traductores calificados para las etapas intermedia y el juicio oral, mas no para la etapa de las diligencias preliminares en la investigación preparatoria. En algunos distritos judiciales como Cusco, la Policía y la Fiscalía Especializadas en Turismo cuentan con personal capacitado en diversos idiomas extranjeros, situación que no se refleja en los defensores públicos ni privados. Este escenario constituye una debilidad de cara a la igualdad de armas que establece el nuevo modelo procesal penal y muestra un espacio de oportunidad para fortalecer el ejercicio de la defensa penal eficaz en el Perú.

Por otra parte, existe un segundo conjunto de desafíos para optimizar la defensa penal eficaz en el Perú, relacionado con la necesidad de consolidar una defensa penal de calidad. En este ámbito, se observa que los defensores, tanto públicos como privados, tienen serias limitaciones para contar con expertos o peritos que apoyen su labor. Si bien la Defensa Pública, a raíz de la implementación del Código Procesal Penal, ha mejorado su estructura organizativa e incrementado su presupuesto y el número de los defensores públicos, aún no cuenta con expertos o peritos que respalden el trabajo de aquellos en la preparación de los casos que deben sustentar en el juicio oral. Ante dicha carencia, es la familia del imputado quien usualmente cubre los gastos de un especialista o perito privado, situación que se sujet a sus posibilidades económicas.

Finalmente, la defensa penal privada presenta desafíos cruciales en materia de la defensa penal eficaz. Si bien en el Perú existe responsabilidad de los colegios de abogados, hay muy poca información disponible sobre la organización, los recursos, los presupuestos, los costos y, principalmente, sobre la calidad del desempeño de los defensores

privados. Así, en comparación con la Defensa Pública, que tiene destacados avances en el diseño y la aplicación de mecanismos para controlar y monitorear el desempeño de los defensores públicos, además de protocolos para la atención de los usuarios, los defensores privados carecen de dichos mecanismos orientados a verificar la calidad y los resultados de su trabajo. Al respecto, los jueces y fiscales entrevistados en el marco de este estudio coincidieron en sostener que hay defensores privados que no están adecuadamente capacitados para ejercer la defensa de sus clientes, lo cual repercute en la disminución de opciones de acceder a una justicia de calidad por parte de los imputados.

Recomendaciones

1. Difundir y promover la aplicación efectiva de los derechos y las garantías que tienen los imputados en el proceso penal bajo un Estado de derecho democrático, mediante la capacitación de los jueces, fiscales, policías y los defensores tanto públicos como privados, con énfasis en los estándares de la calidad de una defensa penal eficaz y su ejercicio práctico en el marco del proceso penal.
2. Elaborar un protocolo interinstitucional que involucre al fiscal, al policía y al defensor público para garantizar que este último tenga conocimiento inmediato de las detenciones, a efectos de que el detenido disponga de acceso oportuno a un defensor dentro de las primeras 24 horas de producida la detención.
3. Diseñar un manual de procedimientos dirigido a los defensores, jueces, fiscales y policías, que desarrolle en detalle los pasos que estos operadores deben respetar para garantizar una defensa penal eficaz, con respecto a los principios del debido proceso, los derechos humanos y los estándares internacionales en esta materia.
4. Elaborar una guía que sistematice las experiencias, estrategias y buenas prácticas de los defensores, con la finalidad de promover un adecuado desempeño y estándares de calidad y eficacia de la defensa penal, que incluya la inmediata comunicación entre los fiscales y defensores públicos en los casos de detención y el control de los plazos en el proceso penal.
5. Generar cartas de derechos del detenido en las lenguas nativas quechua, aymara y booraa, así como en inglés, como un mecanismo orientado a garantizar los derechos de los imputados que no entienden el idioma español o cuyo conocimiento sobre él sea limitado. Estas cartas de derechos

deben además estar redactadas en un lenguaje simple y accesible para los ciudadanos.

8. Bibliografía

Consejo Nacional de Política Criminal. *La delincuencia en el Perú: propuesta de intervención articulada*. Lima: Ministerio de Justicia de Derechos Humanos, 2013.

Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia. *Protocolo para la defensa pública relativo al acceso a la justicia de jóvenes y mujeres extranjeras privadas de libertad*. Lima: Programa para la Cohesión Social en América Latina, 2014.

Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano. *Aportes para un enfoque intercultural*. Lima: INDEPA, 2010.

Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Censo Nacional XI de Población y VI de Vivienda 2007*. Lima: INEI, 2007.

Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Evolución de la pobreza monetaria 2007-2012*. Lima: INEI, 2013a.

Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Estadística de seguridad ciudadana: informe técnico 4*. Lima: INEI, 2013b.

Instituto Nacional Penitenciario. *Informe estadístico julio 2014*. Lima: INPE, 2014.

La Ley. “Los abogados en el Perú”, 1 de abril de 2014.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Resultados de la encuesta nacional a los defensores públicos*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014.

Policía Nacional del Perú. *Denuncias por comisión de delitos del año 2013*. Lima: PNP, 2013.

Ponce, Nataly y Bances, Liliana. *Programa de evaluación de riesgos y supervisión eficiente de medidas alternativas a la cárcel. Una estrategia para el fortalecimiento de los derechos humanos, la seguridad ciudadana y la inclusión social*. Lima: Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (CERJUSC), 2011a.

Ponce, Nataly y Bances, Liliana. *Estudio de línea de base para la implementación de una oficina de servicios previos al juicio en el marco del Código Procesal Penal. Análisis de la aplicación de las medidas de coerción procesal y salidas alternativas en el distrito*

judicial de Huaura. Lima: Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (CERJUSC), 2011b.

Ponce, Nataly y Bances, Liliana. *Indicadores del impacto de la reforma procesal penal en las personas privadas de libertad en Perú.* Ottawa: Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (CERJUSC) y The Canadian Association for Latin American and Caribbean Studies (CALACS), 2013.

Ponce, Nataly y otros. *La delincuencia organizada en un mundo globalizado. Análisis de los fines, patrones y procesos comunes de las redes criminales en el Perú y evaluación de las respuestas del Estado.* Lima: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 2014.

Príncipe Trujillo, Hugo. “La etapa intermedia en el proceso penal peruano: su importancia en el Código Procesal Penal de 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales”. *La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú. Anuario de derecho penal.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2009.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Informe regional de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina.* Nueva York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013.

Programa para la Cohesión Social en América Latina. *Protocolo de atención y orientación legal con enfoque intercultural. Dirigido a funcionarios del Sistema Estatal de Justicia.* Lima: International Development Law Organization, 2014.

PARTE III

ANÁLISIS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Alberto Binder
Ed Cape
Zaza Namoradze

CAPÍTULO 9. LOGROS Y DEBILIDADES EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

1. Introducción

En este capítulo nos proponemos analizar el grado de cumplimiento de los estándares internacionales que surge de las investigaciones particulares realizadas en cada uno de los países del presente estudio. Tal como hemos visto, el contexto de producción de esos estándares está todavía muy ligado a una etapa de casos en la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH), signados por la gravedad y la excepcionalidad. Sin embargo, ello no le ha impedido construir un conjunto de principios y reglas concretas que permiten juzgar con bastante precisión su grado de concreción en las realidades locales.

Por otra parte, contamos con un hecho a favor: la nueva legislación procesal penal establecida en los países del presente estudio en distintos grados de avance ha permitido una ampliación en el plano normativo de muchos de esos principios, de tal manera que la fuente de juzgamiento del estado de la defensa penal efectiva no necesita, siempre, una referencia directa a los fallos de la Corte IDH sino que permite una remisión mucho más inmediata a la legislación procesal. No obstante, debemos recordar que el objeto de estos estudios no es analizar solamente el grado de reconocimiento normativo de los derechos de defensa, sino que interesa, de modo muy particular, conocer su nivel de efectividad, producto de las mediaciones organizacionales e institucionales, y de concreción, que surge de la cultura y las prácticas específicas de la abogacía.

La realidad específica de cada país, por otra parte, no debe ni puede ser soslayada; no solo por los elementos culturales que siempre subyacen en el funcionamiento real

de las instituciones sino por el hecho de que la concreción específica de cada uno de estos derechos depende de un complejo mecanismo de interpretaciones, adaptaciones y ajustes entre instituciones que provocan particularidades en la legislación procesal, en los fallos más relevantes, en las formas organizativas, etc. Incluso los factores personales o el modo en que esas organizaciones condicionan la actuación de las personas en concreto es un factor que no debe olvidarse. El conjunto de estos factores, sumados a otros, quizás más lejanos, pero no por ello menos determinantes, tales como el desarrollo de la estructura judicial en su conjunto, los niveles reales de criminalidad y violencia, la eficiencia y transparencia de las organizaciones policiales, el estado de las cárceles, la obsolescencia de la legislación que fija los delitos y otros tantos factores, constituyen un *contexto específico* que no debe quedar oculto por el análisis comparado. No obstante, existen suficientes factores comunes, tradiciones compartidas, problemas similares e intentos de solución a esos problemas que vuelven altamente productivo un enfoque comparado como el que se realiza en este capítulo. Siempre, claro está, sin abandonar el enfoque específico de esta investigación que consiste en poner en el centro de toda preocupación la defensa efectiva que reciba una persona sometida a proceso; punto focal que tendrá variaciones, como veremos, pero que constituye un criterio de referencia único y firme.

2. El contexto específico de cada uno de los países. El grado de avance de la reforma de la justicia penal

Si bien se suele considerar a América Latina como una región con algunos rasgos homogéneos, lo cierto es que la disparidad de realidades sociales, culturales, demográficas y políticas es apreciable. El estudio se concentra en países que responden a estas realidades diferentes; sin embargo, en el tema particular que es objeto de investigación, existe una matriz histórica común que nos acerca un poco más a una visión homogénea. En particular los casos de México y Brasil merecen ser destacados, dado que la alta población de ambos (casi ciento veinte millones el primero y doscientos millones el segundo) genera una escala de problemas que tiene valor en sí misma. Comparten, asimismo, altos niveles de diversidad cultural (al igual que los otros países) y condiciones de inequidad social que, en más o en menos, reproducen lo que es característico de la región latinoamericana. No obstante, en la última década se ha observado un marcado crecimiento económico en la región, que ha mejorado muchos de sus indicadores macroeconómicos, aunque no ha tenido similar impacto en las condiciones de inequidad. También en los casos de Perú, Argentina y Colombia se

puede hablar de que se trata de países “grandes” no solo por su extensión territorial sino porque Argentina y Colombia sobrepasan los cuarenta millones de habitantes, y Perú la treintena. Guatemala, si bien es el país de menor población entre todos los de la investigación, es el más grande de esa subregión. El primer elemento del conjunto de informes nacionales es que se trata de países grandes, a los que, de un modo u otro, les cuesta que el Estado pueda brindar servicios básicos y similares a toda la población en todo el territorio.

Otra característica común proviene del hecho, también propio de la región latinoamericana, de que se trata de realidades nacionales con altos componentes de diversidad cultural. Ya sea por el fuerte componente de las culturas de los pueblos originarios, como en México, Guatemala o Perú, aunque existente también en los otros países, o la diversidad proveniente de procesos migratorios o de trasplante de población (afroamericanos), o realidades de “mestizaje” que ocultan la pervivencia de culturas distintas, ya sea originarias o de migración espontánea o forzada, lo cierto es que todos los países del presente estudio deben ser vistos bajo un prisma que destaque esa multiculturalidad como base de su convivencia social.

Un tercer elemento proviene del hecho de que tres de los países del presente estudio (México, Argentina, Brasil) tienen una estructura política federal, con impacto en la organización de la justicia (de distinto modo en cada uno de esos países, tal como señalan los informes nacionales). Otros dos, si bien tienen una estructura de Estado unitaria, también comparten fuertes procesos de descentralización, que se van accentuando con el tiempo (Colombia, Perú). Queda solo el caso de Guatemala como un país unitario donde todavía el principal proceso es la extensión del Estado de un modo efectivo a todo el territorio, antes que su descentralización. En todo caso, ya sea por razones formales (federalismo o descentralización progresiva) o por razones de hecho (debilidad de las prestaciones estatales en todo el territorio), se puede decir que todos los países se caracterizan por una diversidad de realidades locales que no puede ser ocultada. Por este motivo se ha tomado especial precaución en determinar las razones por las cuales se ha elegido una particular realidad social y demográfica para llevar adelante los estudios. Tal como se expresa en cada uno de los informes nacionales, se ha garantizado de esa manera la posibilidad de realizar generalizaciones, sin perjuicio de que siempre existan algunos aspectos que puedan tener variaciones zonales o locales.

El cuarto elemento común consiste en que todos los países se encuentran bajo un profundo proceso de revisión de su administración de justicia penal, tanto en el plano normativo como en la efectiva puesta en práctica de las instituciones diseñadas. En el caso de Brasil, sin embargo, si bien su proceso penal se encuentra en permanente

proceso de revisión, todavía no ha llegado a una reorganización completa de su sistema. Tal como hemos explicado en el capítulo 2 (I, b), la característica general de ese proceso significa el abandono de los modelos inquisitoriales y escrituristas por otros de tipo acusatorio/adversarial de forma oral. No obstante esta realidad común, el grado de desarrollo en cada uno de los países es diferente y debe ser señalado. En el caso de Guatemala, por ejemplo, tal como muestra el capítulo correspondiente, desde el año 1994 comienza la instalación de un nuevo sistema de justicia penal que lentamente va desarrollando las nuevas instituciones, tanto en el plano normativo como organizacional. Sin embargo, se trata de un país que ha debido enfrentar situaciones de alta violencia, ya sea como resabio del largo conflicto interno, o de nuevas y complejas formas de criminalidad.

En el caso de México, la Constitución nacional ya determinó la obligatoriedad del pase al sistema acusatorio, pero se trata de un proceso largo, complejo y todavía en ciernes. Dado que originariamente la competencia para establecer la legislación procesal era propia de los estados federados, el avance ha sido más lento, y menos de la mitad de los estados se encuentran ya desarrollando nuevos sistemas de justicia penal, y muchos de ellos recién en proceso de implementación. De ese modo, la fecha inicialmente prevista (2016) para completar el proceso en todo el país parecería inalcanzable. La discusión y aprobación de un Código Procesal Penal único para todos los estados y la federación aparece como un instrumento de aceleración del proceso de puesta en marcha. De todos modos, el camino para poner efectivamente en marcha los nuevos sistemas acusatorios es lento, complejo y plagado de dificultades.

En el caso de Argentina, donde también son los estados quienes tienen la potestad de organizar la justicia penal, el proceso ha sido distinto. Tradicionalmente son los estados provinciales, antes que el estado federal, los que han realizado innovaciones en el ámbito judicial. Hasta el momento, las principales provincias –las que contienen la mayor parte de la población– y la gran mayoría de las restantes ya han realizado cambios hacia el sistema acusatorio. Ello con distintos niveles de modernidad e implementación. Si bien se puede decir que, en términos generales, el país se encamina hacia una total implementación de ese nuevo sistema, todavía el proceso se encuentra en marcha y con realidades locales de distinto valor y profundidad.

En Colombia, a partir de 2004, se inició la ejecución de un sistema procesal penal de tipo acusatorio. Se trató de una

implementación gradual, dividida en cuatro fases, la primera de las cuales entró en vigencia en enero de 2005, y la última en enero de 2008. Como resultado de ese cambio, actualmente están vigentes dos tipos de procedimiento penal: el sistema mixto, regido por la Ley

600 del año 2000, y que sigue vigente para los delitos cometidos hasta el 1º de enero de 2005, y el sistema penal acusatorio, regido por la Ley 906 de 2004, para el juzgamiento de delitos ocurridos después de la fecha mencionada.

La implementación no fue sencilla y coincidió con muchos de los inconvenientes provenientes de las normas de justicia y paz, que si bien constituyen dificultades distintas, confluyen a la hora de la consideración pública de los problemas y de las energías sociales necesarias para encarar un proceso de puesta en marcha de un nuevo sistema de justicia, en un país tan extenso y complejo como Colombia. Las dificultades propias de todo proceso de cambio de la magnitud de lo proyectado no pudieron ser superadas o minimizadas con una implementación progresiva, tal como se esperaba.

El caso de Brasil, como hemos señalado, tiene algunas características propias. Si bien se encuentra en un permanente proceso de crítica y ajuste de su sistema procesal penal, en particular por las contradicciones con la Constitución Federal de 1988, todavía no ha encarado un cambio completo e integral, por más que existan largas discusiones al respecto desde hace más de una década. De todos modos, los cambios legislativos parciales, así como los ajustes jurisprudenciales, marcan una tendencia hacia un mayor control judicial de la actividad de la Policía, un protagonismo progresivo de los fiscales y el mejoramiento de la situación de defensa, así como el desarrollo de salidas alternativas. Es decir que se orienta, de un modo más lento, hacia los mismos objetivos que el resto de los países.

Finalmente, Perú se encuentra en una situación particular, dentro de las semejanzas. Desde el año 2004 cuenta con un nuevo Código Procesal Penal que se va implementando progresivamente en los distintos departamentos judiciales, hasta finalizar con los distritos más populoso como el de Lima. El proceso de implementación se ha ido desarrollando con las dificultades que comparten todos los países, pero el paso final hacia la ciudad capital se sigue postergando, aunque la entrada en vigencia en dicha ciudad sea insoslayable. Las presiones de distintos actores (entre ellos la Policía) y los problemas presupuestarios siempre alegados son solo algunos de los factores de esa postergación.

Debe quedar claro, en consecuencia, que el cambio del modelo de la justicia penal inquisitorial a los nuevos modelos acusatorios es una decisión *firme* que ha movilizado energías políticas y recursos sociales y estatales, *pero se trata de un proceso que aún no se ha estabilizado*. La implementación, bajo cualquiera de sus formas, ha demostrado en los países del presente estudio que es un proceso complejo, de lento ajuste de organizaciones, saberes y prácticas, y que también implica un fuerte reajuste de las posiciones e intereses de esas instituciones. Este contexto, *firme en su orientación*,

pero inestable aun en su concreción, es el que tiene la realidad de cada uno de los países y debe ser un elemento determinante a la hora de evaluar la situación de cada uno de ellos, así como la realidad regional.

Desde el punto de vista del cumplimiento de los estándares internacionales de defensa penal efectiva, la inestabilidad de este proceso ha significado que normas claras establecidas tanto en las constituciones como en los nuevos códigos procesales no tengan aún una aplicación precisa y directa, pero también ha significado que los tribunales se encuentran mucho más dispuestos a reconocer derechos previstos en la legislación internacional y aplicarlos directamente a casos bajo su jurisdicción. Tratar de fijar una mirada en un proceso todavía tan activo genera sin duda problemas, pero es también una buena oportunidad para detectar aperturas o prejuicios que ya se encuentran presentes y que merecerán apoyo o crítica más certera. No debemos olvidar que esta investigación tiene como propósito final aumentar el nivel de defensa efectiva de los imputados, es decir, un propósito social que excede lo puramente académico.

3. Límites de la investigación

Es evidente que ninguna de las dimensiones de la justicia penal se puede analizar por fuera del funcionamiento de todo el sistema. En particular, ciertas características básicas, tales como el mayor o menor respeto a las reglas de prueba, la duración de los procesos, las condiciones carcelarias en general y durante el encarcelamiento preventivo, la existencia real de audiencias públicas, etc., son determinantes para juzgar el modo en que se ejerce la defensa en ese sistema. Por otra parte, dado que el criterio final para juzgar una defensa efectiva es su verdadero éxito en el contexto real –y no simplemente el apego a las reglas del arte–, se vuelve más difícil aún determinar con precisión cuándo una defensa está cumpliendo con los estándares exigibles a la profesión de abogado, cuándo se está llevando a cabo de un modo displicente o cuándo se trata, en realidad, de una adaptación comprensible a las reglas que rigen ese sistema en particular y que muchas veces son informales y distintas a las reglas procesales.

Si bien lo dicho anteriormente constituye un límite de esta investigación, los informes nacionales se han preocupado de señalar, del modo más cercano posible, las condiciones reales de funcionamiento. No se debe olvidar que ya hemos indicado que, en los todos los países, sus sistemas se encuentran en una etapa de transición hacia nuevas reglas de funcionamiento y ello hace que todavía puedan existir brechas muy grandes entre las normas legales y el funcionamiento real. Incluso la abogacía se encuentra también en una situación de transición, donde no hay una claridad total

sobre si apegarse a las nuevas reglas adversariales constituye el mejor modo de tener éxito en la defensa, o conviene apegarse todavía a prácticas antiguas, que, pese a su ilegalidad, aún son admitidas por los tribunales. Por ejemplo, una práctica extendida en el ejercicio de la defensa proveniente de los antiguos sistemas consiste en aprovechar todas las circunstancias que permiten dilatar el trámite de la causa, de tal modo que vaya quedando en el olvido o funcionen reglas de prescripción o terminación del proceso. Esta forma de litigio indirecto, que evade meterse en el “fondo” de la defensa, puede ser objetada desde el punto de vista de las reglas del arte de la abogacía en un sistema adversarial, que tiende a la pronta solución del asunto. Sin embargo, todavía muchos defensores consideran que, aun en los nuevos contextos, sigue siendo un modelo de defensa eficaz.

No obstante lo dicho, los estudios nacionales han demostrado que es posible una evaluación de las condiciones generales de ejercicio de una defensa penal efectiva. Como toda investigación empírica realizada sobre espacios sociales tan complejos, esta también tiene limitaciones que no le quitan valor como una aproximación válida a las situaciones generales. El ejercicio de la defensa, finalmente, se constituye alrededor de reglas y prácticas que provienen de una larga tradición histórica y de la experiencia acumulada de muchos países que han pasado por situaciones similares a las que hoy viven las justicias penales de los países del presente estudio. El núcleo de derechos que constituyen una defensa penal efectiva, no es una mixtura teórica arbitraria, sino una construcción histórica probada a lo largo de mucho tiempo. Por lo tanto, si bien se debe reconocer la importancia del funcionamiento sistémico señalado previamente, así como el valor estratégico de ciertas adaptaciones a funcionamientos burocráticos o distorsionados de los actuales sistemas, ello no empañá en nada la validez de las conclusiones y hallazgos de los trabajos que se presentan.

4. Ejes temáticos

4.1. Derecho a contar con información

Tal como ya lo hemos señalado en el capítulo II, referido al desarrollo jurisprudencial de los estándares internacionales de defensa penal efectiva, si bien no existen pronunciamientos específicos sobre el derecho a contar con información en general, ello surge del desarrollo de derechos directamente vinculados a ese principio. Por otra parte, la Corte Interamericana ha manifestado en diversas ocasiones que la participación en el proceso implica siempre *actores informados*. Este derecho adquiere particular impor-

tancia cuando se trata del imputado, ya que sobre él recaen generalmente las peores consecuencias. Constituye un criterio básico de la vigencia de un juicio imparcial que el imputado participe en él con un nivel de información suficiente para el ejercicio de todos los derechos que le son reconocidos.

En primer lugar, cabe señalar que en los países investigados existe suficiente reconocimiento normativo acerca de la obligación de brindar información. En los países que ya cuentan con sistemas acusatorios más desarrollados (Colombia, Guatemala, algunos estados de Argentina, Perú, algunos estados mexicanos) hay un *momento formal e inicial* (imputación) en el que se debe asegurar el conocimiento de todos los derechos y las facultades que tiene el imputado. En cada uno de los informes nacionales se ha señalado la existencia de audiencias donde se materializa la imputación o de previsiones legales (incluso constitucionales) de que debe haber documentos sobre las razones que utiliza la autoridad para iniciar un proceso (en particular si implica detención) contra una persona.

El reconocimiento legal en cada uno de los países, en mayor o menor medida, es suficiente desde el punto de vista de los estándares internacionales. Incluso, en el caso de Colombia, la Corte Constitucional ha realizado avances respecto de este principio, cuando señala que, aun antes de la imputación formal, e independientemente de la existencia o no de la obligación del Estado de comunicar o notificar el inicio de una investigación en sus instancias preliminares, en particular en los casos en los que el mismo llegue a tener conocimiento de que está siendo investigado por la Fiscalía. Este conocimiento daría al indiciado dos facultades: primero, la de iniciar actos de recolección de información por su propia cuenta, con el fin de adelantar lo que podría ser su defensa en caso de ser imputado; segundo, la de asistir con su defensor a las audiencias de control de legalidad posterior a la recolección de pruebas que se hicieran antes de la imputación para hacer el contradictorio. En relación con el último punto, la Corte aclaró que aunque se mantiene la restricción al acceso a la información a través de la reserva frente a ciertos temas, esta potestad del indiciado no compromete la eficacia de la investigación penal, pues “una cosa es que la autoridad pública no esté obligada a dar aviso sobre el momento en el cual se van a practicar ciertas diligencias –registros, allanamientos, interceptaciones, etc.– [...], y otra muy distinta es que la persona que está siendo objeto de tales medidas no pueda controvertirlas oportunamente, no pueda ejercer plena y libremente su derecho a la defensa”.¹ En un sentido análogo, el Tribunal Superior de Brasil (2009) reconoció el derecho del defensor a acceder a las

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

actuaciones de la Policía. No obstante, existen muchas dificultades a la hora de cumplir con este principio.

En primer lugar, todos los estudios llaman la atención sobre el hecho de que no existe una preocupación por trasmitir la información realmente sino, en el mejor de los casos, por cumplir *con un trámite formal*, como si fuera un requisito establecido que se debe acatar para evitar la invalidez de las actuaciones, sin importar si logra realmente su cometido. Así y todo, eso se cumple de un modo irregular, dado que *no suelen existir protocolos claros de cómo brindar esa información, en particular en las sedes policiales*. Tampoco suelen existir cartillas o documentos sencillos o instructivos que se puedan entregar a los imputados. De esta manera, el cumplimiento *tiende a ser formal y azaroso*. Otro de los elementos comunes consiste en que la información que se brinda al imputado suele ser expresada en un *lenguaje forense que es de difícil comprensión para los imputados, en particular para todos aquellos que tienen una educación baja*. Se acostumbra usar fórmulas legales, o la lectura de la transcripción de los artículos, o frases muy sintéticas, de tal manera que “es presumible que la gran mayoría de los destinatarios de estos documentos (frecuentemente procedentes de clases sociales de bajos ingresos y de bajo nivel de escolaridad) pueda no entender su contenido, redactado en lenguaje jurídico” (Brasil). “es relativamente común que los procesados no entiendan el lenguaje propio de las actuaciones judiciales, las razones por las que fueron capturados ni los derechos que los asisten. El lenguaje jurídico y la lógica del proceso penal son difíciles de comprender para algunas personas, en particular, para aquellas con niveles más bajos de escolaridad” (Colombia). “Todo esto se cumple de un modo ritualista” (Argentina).

Es importante señalar esta primera característica, ya que ella funciona de un modo general, demostrando el escaso compromiso de los operadores judiciales con la obligación legal de generar las condiciones para una defensa penal efectiva. Tras estas prácticas subyace una visión muy extendida –y que debe y puede ser revertida con acciones de capacitación y concientización–, según la cual el ejercicio del derecho de defensa es un menoscabo para el funcionamiento eficiente de la administración de justicia, que por lo tanto no debe ser alentado. En el mejor de los casos, se deben cumplir las previsiones legales para evitar la declaración de invalidez de las actuaciones, pero no se vislumbra, en general, que dicho ejercicio sea una actividad valiosa para el sistema o que deba ser alentada. En particular, esta visión general, que todos los estudios han detectado en las realidades nacionales, genera un ambiente propicio para el cumplimiento ritualista, formal, carente de vocación por trasmitir información real, útil y en tiempo oportuno al imputado.

En el caso de imputados provenientes de pueblos indígenas, esta situación se agrava, por las dificultades para la comprensión de la lengua. En algunos casos puede ocurrir que la mayor dificultad no solo provenga de la lengua distinta sino que sea un caso similar de incomprensión de los formulismos legales (Colombia).

4.1.1. A ser informado sobre la naturaleza y causas del arresto o detención y los derechos que emanan de esa situación

Ya hemos visto que el derecho a contar con información sobre los derechos se vuelve más intenso aun cuando la persona se encuentra en detención o arresto. La jurisprudencia internacional se ha preocupado de señalar que esta mayor intensidad nace de cualquier forma de privación de libertad, independientemente del nombre o título que ella tenga. Nuevamente, los estudios señalan la existencia de normas legales o constitucionales que reconocen este derecho. En realidad, la norma más antigua y generalizada sobre la cual pivota todo el derecho a contar con información es, precisamente, la que señala la obligatoriedad de conocer las causas de la detención. En términos generales, dentro de plazos muy breves (24 o 48 horas) se le debe entregar información precisa al imputado sobre las razones de la detención y los derechos que nacen de ello. Sea por escrito (Brasil) o con un acta específica, resultado de un protocolo de actuación policial (Colombia) o mediante la comparecencia inmediata a la audiencia judicial (Argentina, Guatemala, Perú) que se ve favorecida en aquellos lugares donde existen tribunales de guardia permanente (Ciudad de Guatemala, por ejemplo). No obstante, la capacidad de esos documentos de generar verdadera información es relativa, ya que adolecen de los mismos defectos señalados anteriormente respecto del uso de un lenguaje técnico que no brinda información real a los imputados. En este sentido, tal como lo señala el estudio sobre Guatemala, “En los lugares donde existen juzgados de 24 horas (también conocidos como juzgados de turno) la exposición de la persona ante el poder judicial para que declare debe ser inmediata”.

En el caso de Perú o Argentina, cuando se instala la práctica de la presentación inmediata del detenido (con un máximo de 24 horas) en una audiencia pública ante el juez, con la presencia obligada del defensor y el fiscal, aumenta el grado de cumplimiento de las normas. Pareciera que este es el mecanismo más claro y eficaz para asegurar el cumplimiento de este derecho, sin perjuicio de que se debe insistir en brindar información en el mismo momento de la detención, dado que la gran mayoría de detenciones se realizan en “flagrancia”, es decir, sin un documento judicial de respaldo (Guatemala).

Cuando no existe esa práctica, la situación empeora. En el caso de Argentina, por ejemplo, “Los entrevistados afirman que al ser detenidos no fueron informados en detalle sobre las causas del arresto ni sobre sus derechos y que cuando pidieron llamar a alguien de su familia o a un abogado fueron reprendidos por los policías”. De las entrevistas surge que mientras una persona está en manos de la policía (hasta ser llevada ante un juez o fiscal), está en su punto de máxima vulnerabilidad: no se informan sus derechos o se lo hace de manera ritualista y luego de interrogatorios a veces violentos y siempre ilegales. Según los códigos, la policía solo está autorizada a interrogar a los imputados para identificarlos, por lo que basta con que no se registren las preguntas ilegales. Por lo tanto, difícilmente surjan cuestiones que puedan generar decisiones de los jueces, lo que explica el silencio de la jurisprudencia.

De todos modos, el grado de conocimiento real de las causas de la detención sigue siendo bajo, según los estudios particulares. “En Argentina, a pesar de esfuerzos aislados, la policía sigue siendo ineficaz para brindar a los imputados la información requerida. Cualquier demora en la asistencia de los abogados consolida el problema”. “Según las entrevistas a los defensores, aunque siempre conste que el preso fue informado de sus derechos, esa comunicación con frecuencia no se presenta en el acto de la prisión. Además, tanto los jueces como los defensores mencionaron que la nota de culpa es estandarizada, por lo que no se puede inferir cómo se realiza realmente la actuación en la que se le informan al demandado sus derechos en la comisaría de policía en el momento de la detención.” (Brasil). “El derecho a contar con suficiente información durante la detención es irregular porque no existe un protocolo policial sobre cómo detener, ni una ‘carta de derechos’ que le deba ser leída y/o entregada a la persona detenida” (Guatemala). “Un estudio reciente sobre personas privadas de libertad en prisiones del Distrito Federal y el Estado de México reportó que al 93,7% de las personas detenidas en cumplimiento de una orden de aprehensión, no se les mostró un documento que acreditara la orden del juez en su contra” (Méjico). Todo esto demuestra que los países del presente estudio todavía se encuentran lejos del cumplimiento real de los estándares establecidos por la jurisprudencia internacional, que se ha preocupado, muy en particular, de establecer el derecho a que el detenido tenga toda la información “indispensable, cierta, clara sobre todo lo que es *controlable de una detención (razón, motivos, autoridad, permanencia)*”. Se observa, en el caso de Colombia, una mayor preocupación por establecer protocolos y prácticas policiales que permitan cumplir mejor con ese derecho y una jurisprudencia más atenta a precisar los alcances de este derecho.

4.1.2. A ser informado sobre la naturaleza y causas de la imputación (formulación de cargos) o acusación

En el contexto señalado en los párrafos anteriores se puede decir que el acceso a la información va aumentando, aunque con dificultades, a medida que avanza el caso. En los países que ya tienen sistemas acusatorios existe normalmente un acto formal de imputación que, como hemos visto, en algunos casos se realiza mediante audiencias públicas, lo que aumenta las posibilidades de conocimiento (Guatemala; Chubut, Argentina; Perú). Asimismo, existe una etapa formal de comunicación de la acusación (etapa intermedia) donde, por lo menos según las leyes, se debe poner a disposición del imputado toda la prueba que pretende utilizar el acusador, como también la que ha descartado y pueda favorecer a la defensa. En general, toda la nueva legislación latinoamericana ya tiene normas de estas características, como se puede leer en los informes nacionales.

Sin embargo, existen todavía dificultades para el desarrollo efectivo de estas normas. Por ejemplo, en el caso de Colombia –pero esto puede ser extendido a la práctica de otros países–, los defensores señalan que no siempre la Fiscalía comunica o pone a disposición de la defensa los elementos de prueba que puedan favorecer a los defensores. En el caso de Guatemala –de un modo que también puede ser extendido a otros países–, se señala que si bien en términos formales los operadores judiciales ya saben que no pueden negar el acceso a la información, dado que las leyes son claras en ese sentido, se producen situaciones en las que, de hecho, se dificulta ese acceso. Por ejemplo, los fiscales se escudan en el pedido de acreditaciones formales del nombramiento del defensor para ponerles obstáculos o demorar la entrega de información (esto ocurre, generalmente, en los momentos iniciales del proceso), o se alegan situaciones meramente burocráticas, tales como que no se encuentra el legajo o se halla en proceso de ingreso de datos o las personas encargadas no se encuentran presentes, etc., o se generan otras situaciones fácticas que de hecho dificultan el acceso a la información, tales como las trabas para obtener copias o las dificultades para encontrar un lugar para examinar las actuaciones cuando ellas son muy voluminosas o el imputado carece de recursos para extraer fotocopias, etc.

En el caso de Argentina, en algunos de los sistemas estudiados (Buenos Aires, Córdoba) pervive una vieja práctica, según la cual el imputado y el defensor toman conocimiento de las actuaciones en el momento de la “declaración del imputado” y ello puede ocurrir hasta diez días después de realizada la detención. La información brindada es parcial y todo está matizado por la urgencia de la declaración o de la toma

de decisión sobre declarar o no. Muchos defensores, incluso, aceptan esta situación de un modo rutinario, como si fuera una condición natural del proceso.

En general, el acceso a la información durante las actuaciones policiales es mucho más difícil. En el caso de Brasil ha habido avances últimamente, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal. En los demás casos, dada la tendencia a que las actuaciones sean remitidas lo más rápidamente posible a las fiscalías, los abogados suelen preferir tomar conocimiento en esas sedes. Iguales avances se notan en México, donde, en los estados que ya tienen sistema acusatorio, el acceso a la información es mayor, por lo menos para los abogados pertenecientes a la defensa pública.

En términos generales, se puede decir que en los últimos años, ya sea por el mayor reconocimiento legal o por la jurisprudencia de los máximos tribunales, se ha mejorado el acceso a la información que necesita el imputado. No obstante, todavía existen problemas, en gran medida provocados por las dificultades organizacionales para permitir un acceso fácil a las actuaciones y no poco por la falta de compromiso de los fiscales y funcionarios para brindar esa información, como si no fuera una necesidad del sistema. El ocultamiento de información en sede policial ha ido perdiendo centralidad, dado que, cada vez menos, las actuaciones se encuentran en dicha sede o porque la jurisprudencia ha señalado con claridad la inexistencia de un secreto general para el imputado. Un problema adicional –del que dan cuenta algunos informes nacionales (Brasil, Argentina, México)– es que aun cuando el defensor cuente con información, ello no significa que el imputado se encuentre informado. Ya sea porque existe la práctica entre los abogados de no mantener informados a sus clientes (en particular si son de la defensa pública) o porque no es fácil concertar entrevistas en las prisiones en lugares adecuados, o porque imputados de bajo nivel educativo tienen problemas para comprender los problemas legales, tal como se los presentan los abogados, lo cierto es que, como resultado final, nos encontramos con un imputado poco informado.

4.1.3. A obtener información sobre los derechos relativos a su defensa que le están garantizados

Tal como hemos visto precedentemente, si bien existe una mayor preocupación por hacer conocer los derechos cuando una persona está detenida, el problema principal en la aplicación de ese derecho consiste en que es asumido como un *procedimiento formal generalmente expresado en un lenguaje técnico*, de difícil comprensión por quien se encuentra en esa situación. En particular, del conjunto de derechos que se le deben dar a conocer, el de poder contar de inmediato con un defensor es quizás la clave del ejercicio de los otros derechos. Los estándares internacionales obligan, incluso, que esa

información debe ser brindada a una persona allegada (familiar o de confianza), ya que las posibilidades concretas de ejercerlo por parte de quien se encuentra detenido son siempre menores. El informe de México relata algunas experiencias, muy circumscripciones, donde los derechos son expuestos en carteles públicos, de tal manera que los allegados y familiares, que normalmente concurren a los tribunales, puedan tomar nota de ellos.

En general, las defensas públicas o los colegios de abogados no suelen tener prácticas consistentes para presionar a las policías y al ministerio público para que esa información sea brindada de un modo claro, preciso y oportuno. Si bien la jurisprudencia ha sido bastante clara a la hora de establecer la invalidez de las actuaciones cuando se constata la falta de comunicación eficaz de estos derechos, lo cierto es que en muchos casos esa invalidez se vuelve invisible o los mismos defensores las dejan pasar, a veces por despreocupación y otras tantas por razones estratégicas, normalmente vinculadas con la obtención de la libertad. De hecho, tal como lo señala el informe de Colombia, normalmente el imputado no produce actividades de defensa; más bien queda a la espera de lo que el abogado le diga. Dada la amplia incidencia que tiene en este punto la defensa pública, una de las claves es la asignación temprana de defensor y la existencia de mecanismos administrativos que prevean la rápida comunicación de las detenciones a la defensa pública.

4.1.4. Derecho a obtener acceso a la evidencia material del caso y a la carpeta de la investigación (legajo, expediente, archivo, sumario, archivo, etc.)

Tanto la legislación como la jurisprudencia han reconocido este derecho mucho más ampliamente de lo que era común antes de la reforma del proceso realizada en los últimos años. La jurisprudencia obligatoria de Brasil (Boletín N°14), decisiones del tribunal constitucional colombiano o tribunales importantes de Argentina, así lo han establecido. En los sistemas donde existen audiencias públicas iniciales, el problema se modifica bastante por la dinámica de esa audiencia. En otros, por el contrario, persiste la lógica anterior que, incluso en contra de las previsiones legales, tiende a pensar el legajo de actuaciones fiscales (o expediente) como algo que debe ser sustraído, en lo posible, de la revisión del fiscal. Eso, incluso, cuando las nuevas legislaciones han restringido mucho los casos en los que la “reserva” o “secreto” de las actuaciones es posible. Por fuera de esas normas precisas, hay una lógica de trabajo que se inspira en el carácter reservado de esas actuaciones.

“En la práctica –nos dice el informe de Colombia–, según algunos defensores, la Fiscalía no siempre revela en la acusación la evidencia que podría serle favorable al

acusado; sin embargo, ello no siempre es fácil de controlar". En particular se vuelve difícil de detectar cuando ciertas diligencias (pericias iniciales, búsqueda de testigos, etc.) dieron resultados negativos, dado que suele no dejarse constancia de ello. Un elemento que hay que tomar en cuenta para el análisis del cumplimiento efectivo de estos y otros estándares es que todavía en la práctica del ejercicio concreto de la defensa es muy usual preferir que la actividad fiscal acumule estas irregularidades para luego poder alegar la invalidez de las actuaciones que procura remediarlas desde el inicio. Si bien es cierto que desde el punto de vista de una política de derechos no hay duda de que es necesario propiciar el mayor cumplimiento de esos estándares, esto no es exigible a los defensores en concreto, ya que ellos están limitados por el éxito de su caso concreto y no por la concreción de derechos en abstracto. Ello genera una limitación a la hora del desarrollo del cumplimiento de estos derechos de un modo específico.

Por otra parte, tal como lo señala el informe de la Argentina,

El acceso al "sumario" está relativamente garantizado después de que el imputado fue citado a declarar. Pero es habitual en Córdoba y Buenos Aires que obstáculos prácticos lo impidan, dificulten o denieguen, sin constancias escritas, puesto que se alegan razones prácticas y no legales.

Esto es coincidente con lo señalado por el informe de Guatemala, donde si bien se establece el reconocimiento normativo y jurisprudencial de este derecho, se señalan los inconvenientes prácticos que suelen oponerse a su efectiva realización.

4.2. Derecho a la defensa y a contar con un defensor

4.2.1. Derecho de la persona imputada a defenderse y representarse personalmente

Del análisis armónico de las decisiones internacionales surge que el derecho de defensa no puede quedar acotado al derecho de asistencia de un abogado. Al contrario, el imputado debe en todo momento poder ser protagonista o, por lo menos, mantener el control de su propia defensa. El derecho a defenderse personalmente significa que él es siempre un *sujeto del proceso, una persona concreta que tiene intereses también concretos y siempre una valoración personal que debe ser atendida*, y nunca un objeto de las actuaciones judiciales o un mero espectador de la actuación del abogado. Más allá de la posibilidad siempre latente de que el imputado ejerza su propia defensa, el núcleo más operativo de este derecho consiste en que el defendido, en todo caso, debe mantener un *adecuado control* sobre el ejercicio de la defensa a través de profesionales,

en especial, si ellos pertenecen a organizaciones estatales, donde las posibilidades de desviación hacia fines generales a los cuales se subordinan los del imputado concreto (eficacia de las actuaciones, estabilidad de la organización, agilización del proceso, etc.) ha sido una realidad muchas veces denunciada.

En términos generales, la autodefensa o defensa personal del imputado no ha sido una institución alentada, ni siquiera por los sectores favorables a la mayor vigencia de los derechos humanos, ya que se corresponde a una época en la cual los jueces admitían defensas, meramente formales, ficcionales, en las que solo se cumplía con el rito de nombrar un defensor o permitir la autodefensa, aunque no hubiera actividad concreta, aun cuando era evidente en el caso las grandes posibilidades de hacerlo. Se ha favorecido, en consecuencia, la asistencia de un abogado como *mínima condición de eficacia en el ejercicio de la defensa*. Por otra parte, como señala el informe de Argentina, el propio ritualismo y formalismo del proceso desalienta la participación directa del imputado, salvo que tenga también la condición de abogado. Se puede decir que, en general, es un derecho que rara vez es ejercido por los imputados corrientes. Sin embargo, sí se ha reconocido y ese reconocimiento se amplía día a día a los casos en que los imputados realizan peticiones indeterminadas, que pueden consistir en recursos, en pedidos de revisión, en instancias generales, en particular cuando son realizadas desde las cárceles. Los tribunales revisores o los mismos jueces de ejecución suelen admitir esas peticiones directas, aun cuando ellas adolezcan de vicios de forma o de presentación. Ello es una manifestación clara del reconocimiento del derecho de defenderse a sí mismo.

La idea de autodefensa se ha utilizado más para reconocer el derecho que tiene el imputado de introducir su versión de los hechos (como mecanismo de defensa) en la declaración. Es decir, para neutralizar la idea de que el interrogatorio al imputado es un acto de investigación. Hoy, en general, se entiende que esa declaración es un acto de defensa, por más que el imputado permita que se lo interroge. En el caso de Brasil, el informe explica que “el término *autodefensa* debe entenderse en el sentido de la primera acepción citada, es decir, *como el derecho a presentar una versión propia de los hechos durante el interrogatorio*”. En los demás países existe la misma idea, a veces sostenida bajo el binomio *defensa material* (*la que ejerce el imputado a través de su declaración*), *defensa técnica* (*la que se ejerce a través del abogado*). Más allá de las clasificaciones doctrinarias, lo que importa es que el concepto de defensa material ha servido para consolidar la posición del imputado como sujeto y para fortalecer las condiciones de libertad de su declaración.

Una tercera consecuencia del principio de autodefensa tiene que ver con los casos en los que existen discrepancias de criterios entre el imputado y su defensor. Tal como señala el informe de Guatemala, la obligación de contar siempre con un defensor abogado se interpreta en términos de preeminencia del criterio del abogado. “La defensa material nunca puede obstaculizar la efectividad de la defensa técnica” (Guatemala). Criterio similar existe en Colombia, donde “Ante la posibilidad de desacuerdos entre lo que el abogado y su cliente consideran mejor para la estrategia de defensa, la legislación ha establecido la primacía de la defensa técnica”. No obstante, en términos prácticos, esas diferencias de criterios son muy escasas, en gran medida producto de que el modo en que se tramitan los procesos, los tecnicismos y los ritualismos, el mismo lenguaje utilizado, todo ello conspira para una cabal comprensión de la situación por parte del imputado promedio que, por razones de selectividad del sistema, suele ser una persona con niveles educativos bajos.

4.2.2. Derecho a contar con asistencia y representación legal (técnica) de su confianza y libre elección

Este derecho constituye el núcleo que permite volver operativos muchos de los derechos anteriores, no obstante que no se deba identificar, como muchas veces ocurre, el derecho de defensa con el derecho a contar con un abogado defensor, que es solo una parte de él. Por otro lado, los estándares internacionales obligan a que sea un defensor de *confianza*; ello significa dos cosas: en primer lugar, el derecho a elegir libremente a un abogado defensor; en segundo lugar, que ese defensor no tenga otro norte que los intereses concretos de su defendido. Dado que, por las carencias económicas de muchísimos imputados, la presencia de la defensa pública es muy amplia, no se puede pretender que dentro de esa asignación de defensor exista un mecanismo de libre elección. No obstante, se trata de un principio que las organizaciones de la defensa pública tienen que tratar de asumir como un criterio orientador de sus organizaciones.

En todos los países existe un amplio reconocimiento legal (incluso en las constituciones) sobre el derecho a contar con un defensor y con la protección usual a dicha profesión (respeto al secreto profesional, etc.). Los nuevos códigos procesales de tipo acusatorio han establecido con claridad este derecho, tanto en su faz positiva (nombramiento) como negativa, esto es, la facultad de removerlo, por más de que el abogado deba garantizar la continuidad de la defensa. También se protege al imputado sancionando el abandono de la defensa. No obstante, en la práctica es bastante

usual que los abogados defiendan en una etapa del proceso y luego lo abandonen, provocando una intervención tardía de la defensa pública. Los tribunales suelen ser bastantes condescendientes con esta práctica, que afecta la relación del imputado con el abogado elegido.

El problema central aparece respecto a la posibilidad real de nombrar a un defensor de confianza, ya que una parte importante de los imputados carece de medios necesarios para afrontar los gastos o puede hacerlo pero eligiendo defensores cuya idoneidad no es suficiente. En ese sentido, los colegios de abogados no tienen un control eficaz sobre la idoneidad del ejercicio de la abogacía, y ella suele quedar en manos de lo que perciban los jueces como defensas meramente formales. Por otra parte, si bien algunas organizaciones de defensa pública tienen mecanismos de supervisión fuertes, la sobrecarga de trabajo tampoco les permite discernir con precisión muchos de los casos en los cuales la defensa no está siendo adecuada.

No obstante todo lo dicho, se puede afirmar que, en los países de presente estudio, la idea de que el imputado tiene derecho a un defensor se ha consolidado. Antes del proceso de reforma todavía existían legislaciones y jurisprudencia que limitaban ese derecho a ciertas etapas del proceso (judiciales), no permitiendo la participación de abogados en etapas policiales. Ello se ha modificado en el plano normativo, sin perjuicio de que todavía existan barreras prácticas que dificultan la participación de los abogados durante la etapa policial o la de investigación preliminar de los fiscales.

4.2.3. Derecho a contar con asistencia legal durante el interrogatorio

Ya hemos visto que generalmente se entiende que el interrogatorio (o, mejor dicho, la declaración del imputado) es considerado mayoritariamente en la región como una manifestación del derecho de defensa (autodefensa o defensa material). Hemos visto que ello constituye una característica regional, frente a otras realidades en las que el interrogatorio policial es la base de la actividad de investigación. No obstante, los estándares internacionales son claros en el sentido que la asistencia de abogado debe existir *desde el comienzo de la investigación*, independientemente del modo o la forma que ella tome. Dado que todavía en la práctica, por más que no sea ya mayoritariamente ante la policía, todavía uno de los actos iniciales del proceso es el interrogatorio o declaración del imputado, se debe seguir insistiendo en la importancia de este derecho.

En el caso de Colombia se reconoce esta facultad, aun cuando no exista una imputación formal, es decir, se trata de una sospecha inicial (indiciados, mero sos-

pechos, etc.). Tanto las normas procesales como la jurisprudencia de la Corte han entendido que ello forma parte esencial del comienzo del ejercicio del derecho de defensa de un modo pleno. Similar es la situación en México, donde los interrogatorios los lleva adelante exclusivamente el Ministerio Público, y la falta de defensor provocaría la invalidez de las actuaciones. En el caso de Brasil, la situación no es tan clara, ya que existen todavía opiniones acerca de que la verdadera defensa comienza en la etapa judicial y no en la policial. Si bien esta situación se encuentra en transición dada la progresiva “constitucionalización” del proceso, lo observado en la investigación de campo fue la casi total ausencia de defensores en los actos en que se recogen testimonios en la fase policial, a saber,

en la publicación de la detención en flagrancia y durante los interrogatorios policiales. El acto se da sin la presencia de un defensor, a quien posteriormente, por imperativo legal, se le remite una copia de los autos de prisión en flagrancia. En ese contexto, los pocos interrogatorios policiales en los que está presente un abogado son acompañados por uno particular contratado por el acusado. Sin embargo, los comisarios y abogados dijeron en las entrevistas que si el acusado está libre durante la investigación policial, lo más común es que el abogado no acompañe el interrogatorio. Durante toda la investigación de campo no se observó ni relató ninguna situación en que el comisario orientara a un acusado a llamar a un abogado.

En el caso de la Argentina, la situación es variada, ya que si bien es un derecho reconocido formalmente por la legislación y la jurisprudencia, suelen existir prácticas en algunos estados, donde la demora en permitir esa declaración da origen a interrogatorios “informales” en los que no rige ese derecho.

4.2.4. A conferenciar en privado con el abogado defensor

La asistencia obligada del defensor en el interrogatorio o declaración del imputado se vuelve muchas veces ineficaz, si no existe el derecho a conferenciar previamente con el imputado, en condiciones tales en las que se pueda establecer en la práctica la relación de confianza y la seguridad en la confidencialidad. En este sentido, la Comisión Interamericana ha señalado con precisión que esto implica que se deben proveer instalaciones adecuadas para que esa comunicación sea posible, ya sea en espacios judiciales o en la propia cárcel, si el imputado se encuentra detenido. No son aceptables condiciones de conferencia con el abogado donde la presencia de personal de custodia genere una situación de coerción. Se debe garantizar una comunicación *privada*, es decir, sin interferencias ni coerciones como la señalada. Ese es el criterio rector que se expresa con el derecho a conferenciar en privado.

En el caso de Guatemala, se considera que este derecho constituye también una obligación de los fiscales que deben preocuparse para que existan condiciones físicas que permitan una comunicación eficaz entre el defensor y el defendido. Esta situación se facilita en los lugares (juzgados de turno, algunas sedes de tribunales) donde siempre hay defensores públicos disponibles en un sistema de guardias. No obstante, ello puede derivar también en una consideración formal del derecho a consultar. Aunque se ha avanzado en el reconocimiento formal de que esta posibilidad de comunicación privada y su protección legal forman parte central del derecho de defensa, existen todavía obstáculos prácticos. Por ejemplo, en el caso de México,

[se ha informado que] en el cuestionario aplicado a personas imputadas que se encontraban en prisión preventiva en el estado de Baja California, algunas de ellas expresaron que durante la visita de su defensor, se encontraba cerca un custodio u otro agente de autoridad. Esta afirmación es corroborada por un estudio reciente que sostiene que las comunicaciones privadas entre el defensor y su cliente suelen ser difíciles; aun cuando el acceso a los clientes detenidos por lo general está permitido, sigue siendo probable que las conversaciones sean escuchadas, por lo que para asegurar la privacidad los abogados suelen tener que realizar pequeños sobornos a los guardias de los centros de detención.

Si bien, en el mismo México, se ha avanzado en la construcción de locutorios específicos para esta comunicación, todavía existen muchas trabas burocráticas que dificultan la comunicación libre. Sí se debe destacar que, en particular en los casos federales, esos locutorios solo permiten la comunicación a través de cristales, lo que obliga a gritar e impide un trabajo más eficaz, donde se deben revisar documentos o actuaciones judiciales para que el propio imputado pueda tomar nota del caso.

En Brasil, las dificultades para realizar esta consulta y conferencia previa a la declaración son mayores, en especial para los casos en los que existe defensor público. Según el informe, la mayoría de los imputados entrevistados dijo “de manera recurrente que no hay contacto de los defensores públicos con el acusado antes de la fecha de la audiencia; por lo general, el defensor y el asistido se conocen este día, en la puerta de la sala de audiencias”. Por otra parte, también se destacó que muchas de esas entrevistas se realizan en presencia cercana de los policías de custodia o en condiciones físicas y de premura que vuelven ineficaz este derecho. El caso de Argentina es más problemático aún. Según el informe, los abogados entrevistados señalaron que ese derecho es “prácticamente ilusorio” cuando el imputado está privado de libertad.

Otros estudios señalados en el informe muestran que el 45% de los privados de libertad no tuvo acceso a esa entrevista con el defensor. Los locales para las entrevistas en los centros de detención son malos, separados por vidrios y con intercomunicadores

que no suelen funcionar. En ocasiones –nos informan–, las entrevistas deben realizarse en las celdas mismas o en pabellones, cercanos o rodeados por otros detenidos. En el caso de Chubut, las entrevistas se realizan en el marco de las oficinas de la Defensoría Pública; en algunos lugares de la Provincia de Córdoba suelen facilitar espacios en las fiscalías o en los mismos centros de detención. Pero en sentido general se puede decir que, en la práctica, no se trata de un derecho de cumplimiento eficaz.

4.2.5. A elegir y contar gratuitamente con los servicios de un abogado para las personas que no pueden pagarlos

En la región latinoamericana, y ello también lo señalan los países del presente estudio, se ha constatado un aumento de la cobertura legal y jurisprudencial del derecho de defensa (sin olvidar, claro está, las dificultades prácticas para ponerlo en vigor), de modo tal que constitucionalmente se encuentra garantizado. Asimismo, se advirtió un aumento cuantitativo y cualitativo de la defensa pública penal. Bajo distintas modalidades organizativas (sistemas de funcionarios públicos, o de abogados contratados por el Estado, o sistemas mixtos que combinan ambas situaciones), lo cierto es que los informes dan cuenta de una institución que hasta hace apenas dos décadas no tenía prácticamente presencia real en el sistema penal o lo hacía formalmente. Si bien se trata de una institución que todavía se encuentra en proceso de crecimiento y su realidad es diferente en los distintos países, sí se puede percibir que los lugares donde más se ha desarrollado el sistema acusatorio cambia la situación de la defensa pública. Por ejemplo, “la defensoría pública de Baja California (Méjico) parece haber contrarrestado de manera importante la percepción negativa sobre ella. En entrevistas con funcionarios locales y un pequeño grupo de personas privadas de libertad, estos consideraron que los defensores públicos son más activos y confiables en el ejercicio de la defensa, a diferencia de lo que ocurría en el sistema inquisitivo”. En el caso de Guatemala, se señala que si bien se han detectado algunos casos de mala preparación, “el desempeño del IDPP es bien valorado, en general, entre jueces y fiscales”. En Brasil, la situación del estado de San Pablo es de transición, dado que la creación de la defensa pública es reciente (2006) y su nivel de cobertura todavía bajo, por lo que los servicios son complementados por los defensores de oficio provenientes de convenios con las asociaciones de abogados, sin que aún exista un fuerte control sobre ese mecanismo. En Argentina, la situación es variable entre los distintos lugares estudiados. Chubut cuenta con una defensoría autónoma y bien organizada; en Buenos Aires –el estado más poblado de la Argentina–, esa defensoría no es autónoma y si bien en los

últimos años ha dado pasos importantes en el aumento de su planta, todavía no llega a tener un funcionamiento similar al de Chubut. Córdoba carece de autonomía y allí se observan mayores niveles de burocratización. No obstante lo dicho, todos los informes señalan la existencia de problemas comunes, tales como falta de infraestructura, disparidad de sueldos con los fiscales, plantas exigüas en relación con los planteles de fiscales, problemas de organización interna, en particular de los métodos de supervisión, sobrecarga de trabajo que empuja a una defensa masificada (Brasil) y otras fallas que influyen directamente en la eficacia de la defensa, en particular en aquellos países donde ellas proveen porcentajes muy altos de la defensa penal.

El derecho a contar con un defensor proveído gratuitamente por el Estado se encuentra garantizado legal y jurisprudencialmente en todos los países del presente estudio. A ello se accede a través de los mecanismos de asignación de defensores que tienen las defensas públicas o a través de los mecanismos complementarios que asignan otros defensores de oficio, pero siempre de manera gratuita para los imputados. En términos generales, el acceso es bastante amplio y las condiciones económicas requeridas son evaluadas por la propia defensa pública o se aplica un criterio de asignación universal de defensor, independientemente de que pueda existir algún mecanismo de cobro de honorario, si existe alguna capacidad económica de quien recibe el servicio. De un modo u otro, no aparecen restricciones en la evaluación económica de los imputados que generen problemas de acceso al defensor; al contrario, el problema es la sobrecarga que se origina en sistemas que tienden a ser universales, es decir, a tomar muchos más casos de los que pueden atender o a la falta de diversificación de servicios para diferentes estratos sociales, como sí tiene Colombia.

4.2.6. A que los abogados se rijan conforme estándares profesionales mínimos, deban orientarse exclusivamente por el interés de su defendido y sean independientes

Según los estándares internacionales, el simple acceso a un abogado asesor no se puede tomar como el único parámetro de una defensa efectiva. Tanto la Corte IDH como la Comisión han señalado con claridad que la idoneidad y el profesionalismo del abogado constituyen una parte central de dicha eficacia. En particular, “el hecho de que la CIDH reconozca el valor de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados PBFA, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, implica que ellos pueden ser utilizados también

como una fuente de estándares, en particular en lo relativo a problemas mucho más concretos del ejercicio de la abogacía". Sin embargo, se detectan problemas en esta dimensión, que no provienen ya ni de la ley, ni de la jurisprudencia, ni de los modelos de defensa pública sino de un modo más directo de *las formas tradicionales de ejercicio de la abogacía, de la falta de control real sobre el servicio profesional y de los defectos de base que tienen que ver con las deficiencias en la preparación universitaria del abogado.*

En Colombia existe una enorme variación en la calidad del servicio, en gran medida como resultado de que la defensa pública puede tener algún mecanismo (no muy extendido) de evaluación, mientras que en la abogacía privada, ello queda en manos exclusivamente de los propios clientes que, o no tienen claro lo que deben evaluar, o cuando sufren las consecuencias tampoco tienen organismos precisos para canalizar sus demandas por la insatisfacción del servicio. Si bien en el caso de Colombia existe una clara preocupación por establecer mecanismos de control e, incluso, actuaciones administrativas, es difícil determinar qué tanto han influido esos sistemas para mejorar la calidad de la prestación del servicio. En particular, cuando el tribunal constitucional se ha preocupado por establecer criterios que permitan defender la independencia de la abogacía frente a injerencias externas al caso, introducidas bajo el pretexto de la evaluación (lo que ha sucedido históricamente, por lo que tiene explicación).

En el caso de Brasil, el informe observa que, en términos generales, quienes tienen acceso a abogados de confianza gozan de una defensa de mejor calidad. Dentro del esquema público, los defensores públicos son seleccionados por concurso, lo que acredita idoneidad, pero, luego, muchos ingresan a una forma de trabajo masificada y, en gran medida, negligente respecto de la atención a los defendidos presos; aquellos defensores que provienen de los convenios con las asociaciones de abogados son quienes muestran una peor calidad en el servicio, "debido a múltiples factores, pero principalmente porque no hay criterios de evaluación de la formación jurídica ni tampoco fiscalización del trabajo de los abogados acogidos al convenio". Según el estudio, ingresan a ese convenio abogados jóvenes sin mayor formación o, preferentemente en ciudades del interior, abogados generalistas, que aceptan la escasa remuneración, pero prestan servicios de segunda, incluso dejando de ejercer derechos de apelación, por ejemplo. En esta modalidad de defensa de oficio no hay sistemas de orientación ni de control sobre el trabajo del abogado; incluso, los jóvenes abogados provenientes de buenas universidades, pero que carecen de experiencia, son dejados a su buena suerte en menoscabo del trabajo frente a sus clientes. Si bien existe la posibilidad de invalidar las actuaciones por falta de una defensa penal eficaz, ello es difícil de lograr en la práctica.

En el caso de Argentina se señala que las dos principales causas para que haya defensas de baja calidad son: en primer lugar, la práctica todavía extendida de subordinar el ejercicio de la defensa a otros intereses que no son los del cliente. Por ejemplo, acelerar el proceso mediante formas abreviadas que no siempre favorecen al defendido; evitar confrontaciones con fiscales y jueces; pensar más en la “actuación de la justicia” que en el interés del propio cliente, es decir, la idea de que el defensor forma parte del “sistema de justicia”, es un funcionario judicial antes que un asesor del imputado. La segunda razón proviene del ejercicio masificado por ausencia de criterios claros en la selección de casos, por la falta de modernización de las formas de trabajo de las defensorías, de tal manera que se lleva adelante una defensa que “acompaña” al trámite, antes que ser una defensa activa. Tampoco se suele diferenciar a los defensores cuando existen conflictos de intereses entre varios imputados dentro de un mismo proceso. Esto provoca que se diseñe una defensa común, allí donde existía margen para defensas particularizadas.

4.3. Derechos o garantías judiciales genéricas, relativas al juicio imparcial

4.3.1. Derecho a ser presumido inocente

Como ya hemos señalado, “el principio de inocencia no constituye tanto un derecho en sí mismo sino la base genérica que permite organizar un sistema procesal respetuoso de las garantías previstas en la CADH. Constituye la *base del sistema procesal* y fija el ámbito de actuación y protección general del imputado”. En este sentido, goza de amplio reconocimiento legal y jurisprudencial en los países del presente estudio. Tiene raíz constitucional en Colombia, México, Guatemala, Brasil, y cláusulas más genéricas se han interpretado así en el caso argentino. Es decir, que en la región se puede afirmar que el derecho a ser presumido inocente tiene una amplia recepción legislativa de alto nivel y un resguardo jurisprudencial adecuado. El problema principal proviene del hecho de que el carácter tan general de la fórmula hace que no se extraigan con claridad las consecuencias de dicho principio.

Los informes nacionales dan cuenta de las dificultades de los sistemas de justicia penal para sostener coherentemente este principio. Como veremos, se plantean problemas respecto del uso de la prisión preventiva, de las condiciones de encarcelamiento, de la presentación de los sospechosos frente a los medios de comunicación (México) y de la asunción efectiva de la carga de la prueba por parte de los acusadores. En general, se puede decir que si bien existe un uso generalizado de este principio en las sentencias,

en la enseñanza y en la consideración de todos los temas procesales, lo cierto es que muchas veces queda en el plano declamativo, como si no fuera un principio operativo.

En el caso de Guatemala, se llama la atención sobre un fenómeno también existente en otros países. Se trata de la creación de estereotipos de delincuentes que luego son utilizados para revertir el principio de inocencia.

Un problema que se ha agudizado en los últimos años ha sido el de la estigmatización de diversos sectores en situación de vulnerabilidad (personas pobres, miembros de “maras” y “pandillas”, y/o adolescentes en conflicto con la ley penal). Es común observar en los periódicos o noticieros, o en boletines electrónicos de la Policía Nacional Civil, imágenes de detenidos y declaraciones de funcionarios de gobierno anunciando la captura de “delincuentes” o de “bandas de delincuentes”, presentarlos públicamente engrilletados, a veces visiblemente golpeados, rodeados de agentes de policía.

Estas prácticas no son un simple producto del “amarillismo” de ciertos medios de comunicación; se trata de prácticas oficiales, utilizadas como técnicas específicas para orientar a la opinión pública. La creación de estos arquetipos de jóvenes delincuentes es cada día más usual y generan un ambiente general poco favorable con respecto a sus derechos, y permisivo frente a los abusos policiales sobre ellos y otros sectores análogos.

4.3.2. Derecho a guardar silencio o a no declarar contra uno mismo

El derecho a no ser coaccionado para declarar (bajo ningún modo de presión o, claro está, tortura) ni obligado a responder a cargos, u otras formas similares de sometimiento de la voluntad del imputado, constituye una de las conquistas históricas frente a las prácticas inquisitoriales, pese a que la actualidad ha traído nuevas formas y pervivencias de dichas prácticas nefastas. El reconocimiento de este derecho se encuentra en todos los países, tanto a nivel constitucional como en la legislación procesal. En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que “el derecho a guardar silencio, junto con el derecho a no autoincriminarse, constituyen el núcleo esencial del derecho al debido proceso”. En el caso de Brasil, si bien hasta hace muy poco la legislación procesal mantenía normas ambiguas sobre este tema, se ha consolidado una visión constitucional que lo sostiene. En el caso de Guatemala, el reconocimiento es amplio, tanto a nivel constitucional como legal; en el caso de Argentina existen previsiones constitucionales.

Uno de los problemas que se ha detectado respecto de este derecho consiste en que se puede renunciar a él o, en general, admitirse que la declaración libre y voluntaria del imputado es un derecho que puede ser ejercido ampliamente. También se ha

sostenido que ello implica que la confesión prestada bajo esas condiciones es válida, por más de que existan reglas que condicionan un poco más la utilización de esa confesión como única prueba. El eje se traslada, en consecuencia, a la determinación de que la renuncia a su derecho a guardar silencio o no autoincriminarse ha sido o no una decisión libre del imputado. En el caso de Colombia, una norma especial sobre este punto señala que si bien el indiciado o procesado puede renunciar a su derecho a guardar silencio, la legislación consagra una protección para que la renuncia no afecte el derecho de defensa. Esta consiste en la obligación impuesta al juez de conocimiento de “verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado”. En los otros países, las normas no necesariamente son tan precisas, pero se entiende que los jueces de control tienen que velar por la custodia de que toda renuncia a los derechos del imputado no sea el resultado de vicios del consentimiento. Como señala el informe de Argentina, esta custodia se realiza “a medias”, ya que existen muchos casos, incluso cuando se renuncia al juicio oral mismo, en los que los jueces no son lo suficientemente indagadores sobre la libertad del consentimiento.

Otro punto de debilitamiento de este derecho proviene de la práctica de darles primacía a las declaraciones iniciales del imputado, donde su nivel de conocimiento sobre sus derechos es menor o la comprensión de los problemas involucrados es imperfecta y, por lo tanto, las posibilidades de que brinde “libremente” información que le perjudica es mayor. Por más de que luego –en particular después de tener un mayor asesoramiento de su defensor– modifique su declaración, mucha jurisprudencia consolida la primera versión. En el caso de México, estas situaciones ocurren principalmente en el Distrito Federal, donde incluso existen casos de confesiones obtenidas bajo tortura, que no pueden ser considerados excepcionales, por más de que esa tortura consista en formas encubiertas o en prácticas de intimidación o maltrato “admitidas” en la policía. Una situación similar es relatada en el informe de Argentina, donde además se consolida la primera declaración, de tal manera que luego es introducida al juicio mediante la lectura del acta, en perjuicio de la declaración en presencia del imputado.

4.3.3. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente

En la terminología de la Corte IDH, existe “la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel

no impida el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eluda la acción de la justicia”. Ello implica, por una parte, reconocer que se trata de una medida de difícil justificación en sistemas que proclaman el principio de inocencia; por otra, un mecanismo que todavía ningún sistema procesal deja de utilizar por completo. Por ello, la misma Corte ha sentenciado que se trata de “la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”. En todos los países del presente estudio se establece un reconocimiento formal del derecho a permanecer en libertad, aunque, luego, en la legislación procesal ese derecho es relativizado mediante cláusulas legales que vuelven obligatorio el encierro preventivo o establecen motivos distintos a los que la jurisprudencia internacional reconoce como únicos válidos. Si en el plano de la discusión formal este derecho tiene problemas y limitaciones, persisten mucho más en la práctica concreta de los sistemas.

En el caso de Argentina, el informe nos dice que la aplicación indiscriminada de la prisión preventiva es, al contrario de lo que dicen las normas, la regla de funcionamiento del sistema. “La provincia de Buenos Aires aloja a casi la mitad de la población privada de libertad del país (28.878 personas), y al menos el 60% de los detenidos no tiene sentencia firme. La situación es relativamente similar en Córdoba, donde un 50,8% de las 5.375 personas detenidas no tienen sentencia; en contraste, en Chubut solo el 29% de los detenidos están en esta situación, bien por debajo del promedio nacional”. Como se puede ver, si bien el abuso de la prisión preventiva es todavía un mal endémico, ya existen situaciones en las que se ha reducido notablemente el uso indiscriminado de ese instrumento. Si bien no se puede decir que la regla sea el principio inverso al del derecho a estar en libertad, sí se puede afirmar que los abusos e incumplimientos de ese principio constituyen un mal extendido y aceptado, en una situación lejana a los estándares internacionales. Por otra parte, se debe tener en cuenta que ese abuso de la prisión preventiva no solo es un mal en sí mismo sino que implica deterioros en todo el ejercicio del derecho de defensa, agravados por la excesiva prolongación del encierro.

En Guatemala se destaca una tendencia a establecer por vía legislativa casos en los cuales la prisión preventiva es obligatoria, fundada en la gravedad de la calificación legal. En otros casos, se justifica en dificultades para identificar a las personas que cambian su identidad cuando se trata de reincidentes. No obstante, se reconoce que la prisión preventiva se ha ido utilizando de un modo creciente solo para delitos graves, todavía se detectan casos de utilización en delitos menores, lo que marca que

todavía los operadores judiciales tienen una cierta cultura de preferir que el proceso se desarrolle con el imputado detenido. Algo similar es señalado por el informe de Brasil, sin contar con datos muy precisos acerca de la cantidad de personas sometidas a encarcelamiento preventivo. En el caso de México, se notan disparidades en el funcionamiento entre los estados que mantienen el anterior sistema (Distrito Federal), donde en realidad el imputado debe pelear por su libertad y ello no se logra en los delitos graves, y aquellos como Baja California donde ya se ha establecido con claridad el derecho a permanecer en libertad y se va avanzando en la utilización más precisa de las medidas alternativas.

En el caso de Colombia, la Corte de Constitucionalidad ha establecido parámetros bastante similares a los estándares internacionales, y la legislación constitucional y procesal es clara al establecer el principio básico de permanecer en libertad. Por ello, el informe destaca “En términos cuantitativos, la prisión preventiva no es la regla en Colombia –entre 2005 y 2012, solo se impuso en dos de cada diez casos por los que hubo imputación–”. Ello no quiere decir que no existan algunas formas de abuso, que suscitan alarma social y mayor difusión en los medios de comunicación. En estos casos, la presión sobre los jueces es muy fuerte y ello hace que prefieran mantener en prisión al imputado antes que verse sometidos a fuertes críticas públicas que pueden derivar en procesos disciplinarios o en destituciones. Todavía no existen en Colombia –ni en ninguno de los países del presente estudio– mecanismos que protejan a los jueces de las presiones en estas circunstancias.

4.3.4. Derecho a estar presente en el juicio y a participar en él

En su momento, hemos visto que el derecho a estar presente en el juicio no ha sido objeto de pronunciamientos especiales. Quizás porque en el contexto latinoamericano no ha existido una práctica extendida del juicio en rebeldía, por lo menos formalmente, dado que sí ha sido común que, aun con el imputado detenido, se realicen juicios con la presencia única del defensor. Pero también hemos señalado que toda la doctrina de la Corte Interamericana tiende a fortalecer la posición del imputado como *sujeto real y protagónico* del proceso, y que ello implica necesariamente su participación directa en el juicio. Ya sea a través de los derechos de defensa personal o de la admisión del encarcelamiento preventivo fundado en asegurar la presencia del imputado (aunque ello no se haga pensando en sus derechos, sino en la efectividad de la justicia), lo cierto es que carecería de sentido rodearlo de tantos derechos concretos y no de este en particular, manifestación directa del ejercicio personalizado de la defensa.

Sin embargo, se admiten excepciones que han suscitado resguardos especiales. En el caso de Colombia, la misma Corte Constitucional ha señalado las condiciones que permiten el juicio en ausencia, lo que implica un aumento de las garantías y responsabilidades del defensor. Lo mismo ocurre con actos de investigación en los que se debe proceder incluso sin la presencia del imputado (anticipos de prueba, etc.); en esos casos se prevé una participación especial de la defensa pública. No obstante, el cumplimiento de estos resguardos especiales es de difícil evaluación, dado que, como hemos señalado, el control sobre la calidad de la defensa descansa antes que nada en el propio imputado.

En Guatemala, la presencia del imputado está garantizada por previsiones constitucionales, y la legislación procesal no permite el juicio en ausencia. Por otra parte, las normas de inmediación alcanzan al imputado, quien tiene derechos formales a estar presente en todos los actos de la audiencia. Desde 2011, señala el informe de Guatemala, existen previsiones especiales para los casos más graves, en particular de crimen organizado, donde hay graves razones de riesgo y seguridad, tanto para el imputado como para otros intervenientes en el proceso. En estos casos, sin embargo, se ha optado por adoptar mayores medidas de seguridad o resguardos especiales para el imputado en cabinas especiales, con el propósito de asegurar su presencia en el juicio.

En Brasil, si bien la ley permite los juicios en ausencia, no existe una práctica muy amplia sobre ello; además, en todos los casos se constata la presencia de un abogado. En las últimas reformas se ha permitido la participación por videoconferencias, pero los abogados no son muy anuentes a aceptar esta solución. En el caso de Argentina no está permitido el juicio en ausencia. Sí se pueden realizar medidas de preparación, y la validez dependerá de la participación de un defensor de oficio, aun en los casos de imputado no individualizado. En general, las normas procesales de tipo acusatorio permiten que el imputado sea el último en dirigirse a los jueces. El uso de este derecho es muy variable y depende de las estrategias de los abogados. Recordemos, no obstante, que altos porcentajes de imputados son personas de bajos niveles educativos, a quienes les cuesta entender el desarrollo del juicio, en la medida en que se realiza de un modo formalista y mediante un lenguaje rebuscado.

4.3.5. Derecho a que las decisiones que lo afectan sean motivadas en fundamentos razonados

Tal como lo ha sostenido la Corte IDH, “la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el con-

junto de las pruebas ha sido analizado”. Asimismo, la motivación muestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el debido proceso. Vemos, pues, que si bien no tiene respaldo normativo en ningún artículo expreso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se considera que forma parte de los derechos fundamentales que hacen a un juicio imparcial, justo y sometido al debido proceso legal. Esto vale para todas las decisiones judiciales que restringan derechos o salden un litigio entre las partes.

En términos generales, las nuevas legislaciones procesales, de tipo acusatorio, incluyen normas que obligan a fundamentar las sentencias. Por otra parte, fallos de los tribunales superiores han entendido, como muestran los informes, que ello forma parte del conjunto de derechos que hacen a la defensa en juicio. En el caso argentino, el informe señala que pese a ello es bastante usual que decisiones importantes, tales como el dictado de la prisión preventiva, sean realizadas mediante formularios que no tienen ningún tipo de fundamentación. Otro hecho significativo es el relativo a las decisiones que individualizan la pena dentro de las escalas penales. Respecto de ese punto –crucial dentro de las decisiones judiciales– es muy usual la utilización de frases hechas, literalmente copiadas de otras decisiones y que no aportan ninguna información ni desarrollan ningún argumento.

En el caso de Brasil, la obligación de fundamentar las decisiones se encuentra en la propia Constitución Federal. Ello se cumple generalmente en las sentencias definitivas, pero no es usual en otras decisiones, como las relativas a la prisión preventiva. Recientemente se ha modificado la legislación, obligando a dar fundamentos a la decisión policial de iniciar un procedimiento respecto de una persona determinada. En el caso de Guatemala también se entiende que existe la obligación constitucional de motivar, y ello se puede hacer tanto por escrito como de manera verbal, que queda registrada. En el informe no se hallaron evidencias de que exista un incumplimiento significativo de este mandato, más allá de lo atinado o serios que puedan ser los fundamentos. Similar es la situación en México, donde, dada la transición entre sistemas, existe todavía una disputa acerca de si son admisibles las fundamentaciones orales de ciertas decisiones (no de las sentencias). Algunos jueces han otorgado amparos por la falta de fundamentación escrita, pero todavía no se ha consolidado una jurisprudencia en este sentido. La Corte Suprema se ha preocupado de definir con mayor precisión qué se debe entender por un fallo fundamentado. En Colombia, si bien no hay norma

constitucional expresa, se considera como parte inescindible del debido proceso; la legislación procesal se ha preocupado tanto de establecer la motivación de las sentencias como de otras decisiones que afectan derechos del imputado.

4.3.6. Derecho a una revisión integral de la sentencia de condena

Hemos desarrollado en su lugar que la CIDH se ha preocupado por establecer con claridad que la posibilidad de una revisión integral del fallo de condena forma parte central del derecho de defensa, y de esa manera obliga a modificar la doctrina tradicional de los recursos, que admitía una revisión parcial y técnica de la condena, dejando fijos los hechos establecidos por el tribunal oral. Los sistemas procesales nuevos todavía no han asimilado del todo esta jurisprudencia. En aquellos sistemas antiguos donde, de hecho, la apelación significaba “volver a leer el expediente”, la ampliación del recurso prevista por la Corte no ha generado mayor crisis. Es el caso del distrito federal de México, donde de hecho la legislación procesal facultaba al juez de segunda instancia a valorar completamente de nuevo la prueba antes producida. En los sistemas nuevos, como el de Baja California, donde la sentencia se obtiene después de un juicio oral, todavía es necesario calibrar los nuevos recursos, atados a la tradicional forma de la casación o nulidad, que solo permitía corregir los defectos legales o procesales, no así valorar nuevamente la prueba que, por otra parte, ya había sido producida oralmente.

La Corte Suprema argentina ha seguido expresamente los precedentes de la CIDH, determinando que eran aplicables a su sistema judicial. Si bien ello ha comenzado a desencadenar un proceso de paulatina apertura del recurso y de disminución de los requisitos formales, todavía no se puede decir que exista un cumplimiento cabal de los estándares internacionales. Por otra parte, la demora en la tramitación de esos recursos aún es un problema mayúsculo, lo que genera, como también señala el informe de Guatemala, casos en los cuales la defensa pública debe intervenir porque los costos del proceso se han vuelto excesivos, incluso para quien antes ya tenía un abogado particular.

4.4. *Derechos vinculados a la defensa penal efectiva*

4.4.1. Derecho a investigar el caso y a proponer pruebas

La defensa penal no puede quedar limitada a un conjunto de derechos sin importar las condiciones reales que permitan su ejercicio. Si bien la ampliación del reconocimiento formal de esos derechos y la mayor precisión que hoy existe sobre su alcance no deja

de ser un avance que debe ser apreciado, también se debe poner el acento en la posibilidad de concretar esos derechos de un modo tal que las posibilidades de éxito de la defensa no sean una quimera. Las legislaciones procesales de los países del presente estudio otorgan suficientes facultades al imputado y al defensor, no solo para contrarrestar la prueba ofrecida por la acusación, sino para ofrecer prueba propia que debilite la presentada por la acusación o que fundamente una defensa activa y positiva. El defensor puede proponer medios de prueba en todo momento, independientemente de las etapas procesales en las que debe acompañar el listado definitivo de prueba. La legislación establece que el imputado debe contar con auxilio de las otras instituciones, ya sean los propios fiscales, o el auxilio judicial directo.

No obstante, aún no es fácil que los defensores puedan realizar investigaciones de un modo efectivo.

Una innovación del SNDP colombiano es que cuenta con un cuerpo de investigación criminal. La Ley 941 de 2005 creó la Unidad Operativa de Investigación Criminal (UOIC), cuyo objetivo es apoyar las labores de defensa pública por medio de la recolección de material probatorio y de la rendición de conceptos técnico-científicos.

En Guatemala, si bien la defensa pública cuenta con algunos investigadores propios, son totalmente insuficientes como para garantizar una actividad eficaz de búsqueda de prueba. La ley procesal les da el derecho de proponer medios de prueba, pero quedan subordinados a que el Ministerio Público tenga disposición de realizarlas. Ello lleva a que las defensas sean solamente críticas respecto del material acusatorio, sin posibilidad de sustentarlo en pruebas propias. Por fuera de la defensa pública, salvo los casos de imputados con grandes recursos, la gran mayoría, aunque pueda solventar una abogado particular, difícilmente podrá pagar los gastos de investigaciones privadas o pericias, si son complejas.

En el caso de Brasil, el informe también señala que las posibilidades de producción de prueba por parte de la defensa son todavía menores que en los dos casos señalados en el párrafo anterior. Algo similar ocurre en la Argentina, salvo en la provincia de Chubut; en general, en los sistemas estudiados de ese país, las posibilidades reales de realizar investigaciones autónomas son muy escasas; no solo por la carencia de medios –señala el estudio– sino también porque los abogados tienden a defensas pasivas y no aprovechan las herramientas legislativas que les permiten presentar, por lo menos, testigos de descargo u otros elementos de prueba cuya búsqueda no es tan compleja.

4.4.2. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa

La legislación procesal usualmente establece plazos para que las partes en general y los defensores en particular puedan preparar sus presentaciones. Algunos pocos días para las presentaciones incidentales y tiempos más largos para preparar la defensa en juicio. No obstante, el informe de Colombia señala que muchos defensores relatan casos en los que apenas tuvieron tiempo para entrevistarse con su defendido antes de que comenzara la audiencia. Incluso, en el caso de Guatemala, ello se produce porque los agentes de policía demoran sin razón la entrevista que debe tener el defensor en tiempos tan cortos. O, como ocurre en Brasil, esa entrevista tiene lugar unos minutos antes de la audiencia y en presencia de la misma policía.

En cuanto a las facilidades materiales para la preparación de la defensa, en particular espacios suficientes para las entrevistas y la revisión de documentos, se ha señalado que ello supone un problema mayor. En especial cuando se trata de trabajar con personas detenidas, ya que la entrevista en la cárcel es algo desalentador, que lleva a veces mucho tiempo de espera, que se realiza en condiciones inadecuadas para una charla corta y mucho más si se trata de una larga sesión de trabajo con el defendido. En consecuencia, si bien el tiempo no es un gran obstáculo para preparar la defensa, sí lo son las posibilidades reales de contar con elementos para hacerlo, desde las condiciones fácticas para las entrevistas hasta la posibilidad de tener espacios para interrogar testigos. En los casos de defensa pública, ello depende del grado de infraestructura de que se disponga y de los recursos para moverse dentro del territorio o pagar los pasajes de testigos o contratar investigaciones. Tal como lo hemos visto, esta situación es variable en los países, pero en términos generales se puede decir que la discordancia de recursos entre los acusadores públicos y los defensores públicos es muy grande.

4.4.3. Igualdad de armas en la producción y el control de la prueba y en el desarrollo de las audiencias públicas y adversariales

Las reglas de juego básicas de los nuevos sistemas acusatorios giran alrededor de la fortaleza del principio de contradicción, es decir, de las facultades reales de las partes para examinar y contraexaminar la prueba. En este sentido, la nueva legislación procesal ha establecido con claridad este principio, y uno de sus elementos rectores consiste en preservar al juez como el que, de un modo imparcial, asegura las reglas de este juego contradictorio, velando por la igualdad de condiciones para hacerlo. No obstante,

todavía muchos códigos permiten que los jueces introduzcan prueba de oficio o realicen interrogatorios supliendo la actividad de las partes. Aun en las legislaciones que no lo aprueban o no lo autorizan específicamente, en la práctica del anterior sistema se sigue verificando. En general, esta actividad se realiza para suplir deficiencias en la prueba de la acusación, en especial cuando ello llevaría a una absolución con costos sociales o repercusión en los medios de comunicación.

En el caso de Argentina, se señala que el predominio de los fiscales comienza a manifestarse de un modo muy intenso en las etapas preparatorias, donde los jueces de control tienden a dar la razón a los acusadores. Por otra parte, en la medida en que los jueces son muy anuentes a dejar incorporar como prueba las actas y los registros de testimonios realizados durante esa etapa preparatoria, se acentúa la falta de un verdadero contradictorio. Esta situación se agrava cuando se trata de ciertos casos, como el de ofensas sexuales, donde la utilización de ciertos mecanismos anticipatorios de las declaraciones, sumados a las limitaciones a la presentación en juicio público de las víctimas, debilitan la posibilidad del imputado de contraexaminar la prueba. En Brasil y Guatemala, se reconoce que formalmente existen las facultades para contradecir la prueba y ofrecer la propia, pero las limitaciones prácticas que existen son similares y consecuencia de las otras restricciones materiales que se han señalado.

En México, “la falta de acceso oportuno a los documentos producidos por el Ministerio Público durante la detención administrativa en DF constituye uno de los factores que más afectan este derecho en etapas procesales posteriores”. Además, el informe señala que si bien la Corte Suprema ha indicado que “es inadmisible que los medios de prueba de la misma índole –ofrecidos por ambas partes– tengan un estándar de valoración distinto, según se trate del órgano ministerial o del acusado, pues ello atenta contra las garantías de justicia imparcial, de equidad procesal y de correcta fundamentación y motivación”, existe tal falta de normalización respecto a los estándares de valoración probatoria, que los jueces pueden hacerlo de la manera más arbitraria, generalmente abusando de la prueba circunstancial o indiciaria.

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional se ha preocupado de definir con precisión este principio, al señalar que debe entenderse

[n]o solo [como] la posibilidad de controvertir frente a la otra parte en igualdad de condiciones (principio del juicio justo o equitativo), sino [también como] procurar la participación del acusado en el proceso, en condiciones que enmieden el *desequilibrio* entre los medios de que dispone este y de los que dispone el fiscal o acusador, los cuales son claramente superiores.

Con base en lo anterior, este principio es considerado por el tribunal constitucional como una parte esencial del derecho de defensa y del debido proceso. Por esas razones, se le presta especial protección al momento del “descubrimiento” de la prueba por parte de los acusadores, lo cual permite que la defensa no sea sorprendida con las prueba de cargo, así como se entiende que el principio de igualdad de armas depende de la capacidad de obtener pruebas de un modo autónomo por parte de la defensa, como se ha analizado en el punto anterior. Se puede concluir –nos dice el informe– que en el marco normativo existen garantías para la igualdad de armas. “Sin embargo, ese balance no es tan claro en la práctica, especialmente en relación con la etapa investigativa”.

4.4.4. Derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas

A lo largo de este trabajo, hemos visto cómo se le presta una especial consideración e importancia a que el imputado sea una persona *suficientemente informada respecto de su situación, de las consecuencias de ella, de sus derechos y de los instrumentos prácticos con que cuenta para mejorar su situación*. También hemos visto que se puede caracterizar a la justicia penal como un ámbito social en el cual la comunicación es difícil por el abuso de los tecnicismos, las jergas innecesarias, la predisposición hacia el secreto, la falta de transparencia y el poco interés en contar con un imputado informado que pueda ejercer sus derechos. De allí, la importancia que la CIDH le ha dado al derecho a contar con un intérprete cuando todas estas características se agravan por las dificultades de comprensión del imputado.

En Guatemala o México o Brasil, la mayor relevancia de este derecho se relaciona con los pueblos indígenas y la diversidad cultural, tema que será objeto de un punto especial en este trabajo. Por fuera de ello, la legislación garantiza la posibilidad de contar con un intérprete de confianza o que se le provea de oficio y, en general, no se han encontrado violaciones de este principio. Distinta es la situación que se presenta en Colombia, donde esta garantía está prevista, pero no pasa de ser un reconocimiento formal, ya que no existen ni programas ni presupuestos específicos para ello y solo se vuelve efectiva cuando el imputado aporta un intérprete con sus propios recursos, lo que es excepcional. En los otros casos, los jueces relatan que se encuentran ante la disyuntiva de invalidar el proceso –lo que no es fácil en casos graves–, o continuar, aun cuando saben que el imputado no está suficientemente informado.

En Argentina también existe suficiente reconocimiento formal de este derecho. En términos generales, los entrevistados han sostenido que en los pocos casos en los que lo han necesitado, no ha habido problemas en conseguir a un intérprete pagado por el mismo Poder Judicial. No obstante, se ha ido incrementado el número de extranjeros involucrados y en algunos casos es difícil encontrar un intérprete u, otras veces, no se toma nota de que en realidad se trata de individuos pertenecientes a pueblos indígenas, como es el caso de imputados bolivianos.

5. Problemas especiales

5.1. Defensa durante la ejecución de la pena

Una característica especial de la región latinoamericana, a la cual no son ajenos los países del presente estudio, es la grave crisis de las condiciones carcelarias. Pésima infraestructura, hacinamiento carcelario, violencia institucionalizada, debilidad de las políticas de reinserción social, falta de división entre procesados y condenados, y entre distintos tipos de condenados, ausencia de programas de salud, escasa alimentación, maltrato a los visitantes y familiares, etc., son variables de una situación de afectación a la dignidad, que ha sido calificada por diversos organismos internacionales como una grave violación de los derechos fundamentales y de la finalidad del encierro establecida en los pactos de derechos humanos. Por ello, adquiere especial relevancia el ejercicio de los derechos de defensa durante la ejecución de la pena, en particular cuando el sistema disciplinario se utiliza de un modo discrecional y ello tiene una influencia directa en la obtención de los beneficios de libertad o salidas anticipadas.

La legislación procesal y la jurisprudencia entienden que el derecho a contar con un defensor continúa durante la ejecución de la pena, por lo menos en lo relativo a la obtención de libertad condicional u otros beneficios análogos. No está tan clara la situación en el proceso disciplinario interno, donde pueden existir defensores, pero no se entiende que sea una condición de validez del proceso disciplinario. Esto ocurre porque los primeros casos normalmente se llevan ante un juez especial (juez de ejecución) o ante los tribunales que dictaron la sentencia. En cambio, el segundo caso se lleva adelante solo ante las autoridades penitenciarias. No obstante, algunas legislaciones (Argentina) permiten apelaciones de esas sanciones ante el juez, o se utilizan otros mecanismos (*hábeas corpus*) para lograr la revisión cuando revisten especial gravedad o afectan los derechos de salida.

En el caso de Guatemala,

el proceso de ejecución, es notoriamente deficiente. Lo anterior, porque no existe un auténtico proceso oral y contradictorio, en donde subyace información para tomar decisiones. Se basa más bien en la valoración de informes del Sistema Penitenciario (expedientes gigantescos, avalados por grupos interdisciplinarios que muchas veces ni siquiera se encuentran permanentemente en los centros o en contacto con el privado de libertad). Además, existen solamente tres juzgados pluripersonales de ejecución en todo el país (seis juzgadores en total), por lo que de 7.449 personas sentenciadas (según datos oficiales de la DGSP para junio de 2013), le corresponde a cada uno un aproximado de 1.246 personas bajo su responsabilidad. Cada persona privada de libertad requerirá durante el tiempo en que esté sentenciada, una redención de penas por buena conducta, solicitudes varias (para salir del centro, por ejemplo) o traslados.

En esta situación, que no es muy diferente a la de otros países, el ejercicio real de los derechos de defensa durante la ejecución se vuelve ilusorio. La debilidad del sistema judicial de control de la ejecución de las penas, la sobre población endémica de los penales y la ausencia de verdaderas prácticas contradictorias y públicas, sumado a la escasa instalación social y hasta académica de los “derechos de los reclusos o condenados”, hacen que, en este campo, la vigencia del derecho de defensa sea especialmente débil.

5.2. Situación de los pueblos originarios

En toda la región latinoamericana y, en particular, en aquellos países que conservan grandes sectores de la población con una pertenencia directa y actual a los pueblos originarios, se ha producido en los últimos años una preocupación especial por ajustar el funcionamiento del sistema judicial a las condiciones propias de su cultura de pertenencia, para incorporar de un modo eficaz las instituciones políticas que rigen la vida social de dichos pueblos. En el caso del proceso penal, ello ha significado una apertura hacia la diversidad cultural, que obliga a importantes adaptaciones en sus formas ordinarias de funcionamiento.

En primer lugar, existe una preocupación por el problema lingüístico, que excede el derecho a contar con un intérprete. En países como México o Guatemala existen además diversidad de lenguas indígenas y un uso extensivo de ellas, lo que vuelve el tema más complejo aún. No obstante el aumento del reconocimiento formal de los derechos de los pueblos indígenas, capítulo de México resalta que en los procesos penales “Es claro que no existen mecanismos efectivos para garantizar que las personas indígenas cuenten con una defensa de calidad acorde con su cultura”.

En el caso de Guatemala, la situación es similar. Desde una visión general, se señala que la justicia penal en su conjunto no está preparada para afrontar la realidad

pluricultural del país. Si bien a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales se puede decir que existen herramientas legales para afrontar esa tarea, lo cierto es que

En la práctica común, pues, no se observa el derecho de defensa penal eficaz de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas cuando se les juzga por delitos que para ellos no significan tal situación y/o se les condena con penas que no tienen una pertinencia cultural. Esto, sumado a que se les juzga en un idioma que no es el suyo, aunque lo conozcan. A pesar de no existir instituciones especializadas que brinden asesoría jurídica penal gratuita a acusados pertenecientes a pueblos indígenas, el IDPP cuenta con una unidad (defensorías indígenas) que comparte estos criterios y vela por que sean aplicados, aunque fiscales y jueces no los consideren ni haya una política nacional para sensibilizar a los funcionarios en esta materia.

En particular, uno de los problemas centrales consiste en que no se debe circunscribir el tema a la existencia o no de un intérprete. El uso del lenguaje en el proceso penal es determinante. En el caso de Guatemala existen posibilidades de propiciar el juzgamiento en los idiomas originarios porque existen cada vez más funcionarios en condiciones de hacerlo, o ese conocimiento se puede establecer como requisito para cubrir determinadas plazas.

En los casos de Brasil y Argentina no existen comunidades indígenas con la extensión y magnitud de los otros países, pero ello no significa que el problema no exista o no tenga entidad. En el estado de San Pablo, Brasil, donde fue realizada la investigación, prácticamente no aparecen problemas relativos a estas comunidades; ello es un problema que surge mayoritariamente en los estados del norte de Brasil. No obstante, en los pocos casos que se han detectado, ha sido notorio que el imputado participaba del proceso en forma desventajosa, por la falta de sensibilidad cultural y la casi imposibilidad de comprender las alternativas del proceso. En el caso de Argentina, pese a las previsiones constitucionales de respeto a las culturas de los pueblos indígenas, no existen previsiones expresas respecto a la justicia penal, salvo en el caso de Chubut que reconoce esa diversidad y remite al Convenio 169 de la OIT. Es en esa misma provincia donde existe, por lo menos, un área especial dentro de la Defensa Pública para atender los casos vinculados a los pueblos originarios. En los demás casos, los funcionarios no han recibido ningún tipo de orientación o capacitación en ese sentido. En los últimos tiempos existen iniciativas no estatales que tienden a organizar y vincular a todos los abogados especializados en defensa de los derechos indígenas (Asociación de Abogados y Abogadas de Derechos Indígenas). Por fuera de estos esfuerzos puntuales, la situación es similar a la de otros países. Los imputados pertenecientes a pueblos indígenas constituyen un sector especialmente

desaventajado dentro de las prácticas de la justicia penal; los tradicionales problemas de falta de información y comprensión se agravan, ya que generalmente revisten la doble calidad de personas de escasos recursos económicos y miembros de una comunidad indígena (Colombia). Por otra parte, con respecto al reconocimiento de la justicia propia de las comunidades, si bien no ha sido objeto de estudio en esta investigación, se informa que es pobre, fragmentario y muchas veces hostigado por otras prácticas estatales.

6. Conclusiones

En un capítulo aparte se presentarán las conclusiones particulares de la situación de cada país y las conclusiones generales de la investigación en su conjunto. En cuanto al tema específico de este capítulo se puede sostener lo siguiente:

- a) En las dos últimas décadas, se ha producido un mayor reconocimiento formal del conjunto de derechos relacionados con la defensa penal, vinculado al proceso de revisión de la legislación procesal antigua, de cuño inquisitorial. Asimismo, la jurisprudencia ha avanzado en la reafirmación y precisación de esos derechos. Se puede decir que, en términos de reconocimiento formal, la distancia entre los estándares internacionales fijados en especial por el sistema interamericano de derechos humanos y las realidades nacionales no es muy grande y, en todo caso, permitirían un ejercicio amplio del derecho de defensa.
- b) En la práctica, esa brecha aumenta considerablemente. En primer lugar, porque la orientación predominante del sistema penal hacia imputados de bajos recursos educativos y económicos dificulta la comprensión de su situación y el conocimiento de los derechos. En segundo lugar, porque no existe, por parte de los operadores judiciales, un compromiso claro para remediar esta situación de falta de comprensión e información; al contrario, se piensa más en el cumplimiento formal de las comunicaciones, para evitar la invalidación de actuaciones, que en el efecto real de esa comunicación.
- c) El crecimiento cuantitativo y cualitativo de las organizaciones de la defensa pública aparece como un medio idóneo para superar esa brecha, pero todavía muchas de ellas se encuentran en una situación desventajosa con respecto a los recursos institucionales, de apoyo técnico, presupuestario y de respaldo político y social con que cuentan los fiscales y la policía.

- d) Contra la reducción de la brecha entre los estándares internacionales y las prácticas concretas también conspira un ejercicio de la abogacía –tanto pública como privada– poco profesionalizado, poco controlado y demasiado apegado a las viejas rutinas del pasado, que incluso ya se han convertido en prácticas contrarias a las leyes, pero que se siguen sosteniendo como si la legislación no hubiera cambiado.
- e) Todas estas situaciones detectadas se encuentran agravadas cuando se trata de personas o grupos con necesidades o características especiales y, en particular, cuando se trata de miembros de pueblos indígenas.
- f) Se puede concluir que este cuadro demostrado en la investigación *puede ser revertido con acciones positivas concretas*. Se puede demostrar que la realidad de la defensa –aunque todavía sea insatisfactoria y en algunos lugares crítica– se ha modificado y ampliado en los últimos años. Eso significa que existen variables sobre las cuales se puede trabajar para reducir de un modo concreto la distancia que hoy se percibe entre lo que el sistema interamericano considera una defensa penal eficaz y lo que realmente ocurre en muchos –demasiados– de los casos que tramitan en la justicia penal.

Alberto Binder
Ed Cape
Zaza Namoradze

CAPÍTULO 10. LA MEJORÍA DEL ACCESO A LA DEFENSA PENAL EFECTIVA

1. Introducción

América Latina está pasando por las más importantes reformas de sus sistemas y procesos de justicia penal de los dos últimos siglos. Aunque los detalles de las reformas difieren de una jurisdicción a otra, están caracterizadas por un cambio del inquisitorialismo de los códigos napoleónicos (en los que la investigación de los delitos es judicial, y los juicios son formales, escritos y fundamentados en la escritura) a un enfoque más acusatorio, donde la responsabilidad de la investigación penal corresponde a la policía o la fiscalía, se reconoce la importancia de los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas de los delitos, y donde los juicios son públicos y se basan en el principio de oralidad. Mientras que la adopción de los cambios ha sido rápida en la región, los diferentes países y jurisdicciones en su interior están en estadios de desarrollo desiguales respecto de la promulgación de leyes y procedimientos necesarios para las reformas, y la incorporación de dichos cambios en las prácticas y culturas rutinarias de las instituciones y el personal de la justicia penal.

En este contexto, este estudio tuvo como finalidad examinar el acceso a una defensa penal efectiva en seis países latinoamericanos, teniendo como referencia los estándares normativos regionales, en especial aquellos recogidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), según la interpretación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Sin embargo, también hemos querido analizar nuestros resultados teniendo como referencia los derechos que involucran

un juicio justo, garantizados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH), según la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Hay tres razones específicas que explican ese enfoque. En primer lugar, el CEDH y la CADH tienen mucho en común en cuanto a la manera en que reconocen el derecho a las garantías judiciales, en general, y los derechos procesales, en particular. Pero, por diversas razones, el TEDH tiene mayor acervo jurisprudencial en relación con algunos de esos derechos. En segundo lugar, la mayoría de los Estados signatarios del CEDH tiene una tradición procesal inquisitorial que se desarrolló de manera diversa entre las diferentes jurisdicciones, pero algunos Estados signatarios también tienen una tradición adversarial, por lo que el TEDH desarrolló una jurisprudencia que es relevante en las distintas tradiciones procesales. En tercer lugar, las reformas procesales en América Latina son un reflejo, en algunos aspectos, de las que han tenido lugar en países que fueron miembros del “bloque soviético” y en un periodo similar de tiempo. En general, esos países han incorporado características acusatorias en el proceso penal. La mayoría adoptó nuevos códigos procesales en las dos últimas décadas, donde reconocen que la investigación penal está a cargo principalmente de la policía y no de los jueces o fiscales, y admiten la importancia de los derechos procesales de los sospechosos y los acusados de un delito. Por lo tanto, algunas de las cuestiones que enfrentan en la actualidad muchas jurisdicciones latinoamericanas han sido también tratadas en Europa del Este. Podría añadirse una cuarta razón, y es que se han realizado estudios parecidos en muchos países europeos, cuyas metodologías fueron adaptadas al contexto latinoamericano.¹

Los instrumentos internacionales y regionales reconocen la intervención crucial de los abogados defensores para hacer efectivas las garantías judiciales, tanto en lo relativo al proceso como a su resultado.² Según los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados, una persona sospechosa o acusada de un delito “está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y la defienda en todas las fases del procedimiento penal”.³ Además, tiene derecho a un abogado con la experiencia y competencia

¹ Véase, en particular, Cape et al. 2010, y Cape y Namoradze 2012.

² Véase capítulo 1, secciones 4.1 a 4.3.

³ *Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, La Habana, 27 de agosto-7 de septiembre de 1990: informe preparado por la Secretaría (United Nations publication, Sales n.º E.91.IV.2), cap. 1, secc. B.3, anexo, principio 1.

necesarias para proporcionarle una asistencia jurídica efectiva.⁴ El CADH⁵ y la Corte Interamericana,⁶ por un lado, y el CEDH⁷ y la jurisprudencia del TEDH,⁸ por otro, lo han reconocido de manera similar. Para que el derecho a acceder a un abogado sea efectivo, el sospechoso o el acusado debe saber que lo tiene, debe poder contactar a un defensor adecuado que esté dispuesto y disponible para asistirlo a la menor brevedad, debe poder comunicarse con él de manera confidencial, debe tener el derecho a que su abogado esté presente en las etapas fundamentales del proceso penal y debe tener el derecho a alguna clase de asistencia financiera, si no puede pagar un abogado con recursos propios. Sin embargo, el acceso a un abogado competente y experimentado no puede garantizar un juicio justo ni, por consiguiente, garantizar la justicia, si los otros requisitos que involucran las garantías judiciales en el proceso y en su resultado no están presentes o son ineficaces. Por ejemplo, el derecho a la presunción de inocencia hasta tanto no se pruebe responsabilidad; el derecho a la información sobre el delito del que es sospechoso o acusado, las razones del arresto y la detención, y los derechos procesales; el derecho a participar en el proceso y a defenderse por sí mismo de forma efectiva, lo que incluye el tiempo, los medios y los recursos que le permitan hacerlo; el derecho a no verse privado de la libertad, a menos que así lo autorice la ley y la decisión se base en consideraciones legítimas; el derecho a ser procesado sin dilaciones indebidas; y el derecho a apelar las decisiones que le son desfavorables.⁹

Como en Europa, los marcos normativos fundamentales en las jurisdicciones de este estudio satisfacen en general tanto estándares internacionales como regionales, aunque en algunas no están plenamente desarrollados y son deficientes en ciertos aspectos.¹⁰ Sin embargo, aun si hay un marco normativo apropiado y satisfactorio, eso no garantiza en la práctica la efectividad de los derechos de la defensa. Como se argumentó en el capítulo 1,¹¹ aunque es esencial tener una estructura constitucional y legislativa apropiada, esto no es suficiente. Para que en la práctica exista el acceso a

⁴ Principio 6.

⁵ Artículo 8(2).

⁶ Véase capítulo 2, sección 3.2.

⁷ Artículo 6(3)(c).

⁸ En particular, TEDH, 27 de noviembre de 2008, *Salduz v. Turkey*, n.º 36391/02; véase capítulo 1, párr. 4.3.2.

⁹ Para los estándares internacionales, véase capítulo 1, sección 4.1, y para los estándares regionales, véase, en general, capítulo 2.

¹⁰ Véase, en general, capítulo 9.

¹¹ Véase capítulo 1, sección 2.

una defensa penal efectiva, hay que prestarles atención a otros dos factores. En primer lugar, a si existen normas, procedimientos e instituciones que permitan que los derechos que involucran un juicio justo sean reconocidos y brindados. En segundo lugar, a si existe una cultura profesional adecuada por parte de quienes son responsables de facilitar y prestar los derechos de defensa penal, es decir, de los policías, los abogados, los fiscales y los jueces. Tal como ocurre en Europa, con algunas excepciones importantes, si bien las jurisdicciones en estudio tienen su marco legal básico alineado con las normas internacionales y regionales, existen muchas formas en las que los otros dos factores se desarrollan de forma inadecuada y, por consiguiente, no consiguen garantizar el acceso a una defensa penal efectiva. Algunas de estas deficiencias requieren considerables recursos financieros para ser solucionadas. Por ejemplo, no solo la financiación de la asistencia jurídica es usualmente insuficiente, sino que también lo es la de la policía, la fiscalía y los tribunales, y, en algunos casos, su estructura e instituciones son inadecuadas. Sin embargo, muchas de las deficiencias proceden de factores legislativos, procedimentales y culturales que podrían abordarse de manera efectiva sin significativos recursos financieros adicionales. De hecho, algunas de esas reformas ahorrarían recursos no solo al producir una mayor eficiencia y ejecución del gasto, lo que generaría más confianza en las instituciones, el personal y los procesos del sistema de justicia penal, sino, de forma más directa, al no encarcelar innecesariamente a las personas.

A continuación, identificamos y examinamos algunos temas comunes entre las jurisdicciones objeto de estudio que dificultan el acceso a una defensa penal efectiva. Posteriormente, presentamos las conclusiones y recomendaciones para cada país analizado en este estudio (sección 3).

2. Temas comunes

2.1. *Elusión de derechos procesales*

Aunque en general los derechos procesales de las personas sospechosas y acusadas de un delito están incorporados en las constituciones y las leyes de los seis países (a acceder a un abogado y a ser informado del delito del que se le acusa, y los derechos procesales que tiene), este estudio demostró que en distinto grado, según el derecho específico y la jurisdicción de la que se trata, en la práctica no son garantizados cotidianamente. Por ejemplo, cuando a un sospechoso o acusado se le proporciona información sobre sus derechos procesales y las razones del arresto o la detención, frecuentemente se

hace en un lenguaje formalista y técnico o por escrito después del interrogatorio, lo que no se adapta a sus necesidades y genera muchas veces que la información no sea comprendida por él. A menudo se inhibe el derecho de acceso a un abogado porque no está disponible cuando ni donde se necesita, especialmente antes o durante el interrogatorio policial; o porque cuando hay abogados disponibles, frecuentemente tienen exceso de trabajo, reciben bajos salarios, y se presta poca o ninguna atención a la calidad de su trabajo. El derecho a guardar silencio, aunque suele reconocerse normativamente, tiene un valor limitado debido a la presión que utiliza la policía para persuadir a los sospechosos de hablar (a veces con amenaza de usar violencia o usándola) y esto es tolerado, explícita o implícitamente, por los jueces. El derecho a disponer de un tiempo apropiado para preparar la defensa está limitado por varias razones. La falta de igualdad de recursos entre los fiscales y los abogados defensores; las dificultades que enfrentan los abogados defensores para tener acceso a los clientes que están en custodia policial; la entrega tardía de los materiales que tiene la fiscalía y, en algunas jurisdicciones, el uso de mecanismos que impiden a la defensa tener acceso a documentos y materiales relevantes.

Existen muchas similitudes con los resultados de la investigación llevada a cabo en Europa. En Polonia y Ucrania, por ejemplo, se encontró que la policía frecuentemente negaba los derechos procesales de los sospechosos, al utilizar procesos administrativos en lugar de penales, lo cual se facilitaba por una laguna normativa y en la práctica era tolerado por fiscales y jueces.¹² En Francia y en Bélgica, durante la época en que se realizó la investigación, no se requería que, después del arresto, la policía informara al sospechoso sobre la naturaleza del presunto delito, ni su derecho a guardar silencio, violando la jurisprudencia del TEDH. En la práctica, esa información se proporcionaba hasta después del interrogatorio.¹³ En Turquía, aunque normativamente se requería que una persona arrestada o detenida fuera informada sobre las razones de su arresto y los cargos en su contra, se hacía honor a ello “más por su violación que por su cumplimiento”.¹⁴

Las causas identificadas que generan el incumplimiento de esos derechos son distintas en cada una de las regiones, pero los principales factores incluyen: falta de claridad en las normas que regulan los términos específicos de los derechos procesales; falta de capacidad y recursos institucionales; y la existencia de culturas profesionales

¹² Cape y Namoradze 2012, p. 446.

¹³ Cape et ál. 2010, p. 555.

¹⁴ *Ibid.*, p. 556.

que no respetan de manera apropiada el derecho procesal en cuestión, pues, en otras palabras, no los tratan como derechos de las personas sospechosas o acusadas de cometer delitos.

La falta de claridad normativa lleva a las personas sospechosas y acusadas de cometer delitos a no recibir información relevante en el momento apropiado y a no comprender sus derechos, aunque se les informen. En Guatemala, no hay ninguna norma que obligue a entregar una “carta de derechos” a las personas sospechosas o acusadas de los delitos, y en Brasil, las leyes disponen que sean informadas de sus derechos procesales después de haber sido interrogadas. Esto se exacerba en el hecho de que la policía no tiene protocolos disponibles que establezcan la información que deben proporcionarles a las personas arrestadas o detenidas y el momento oportuno para hacerlo. En México, las personas arrestadas y acusadas no reciben información de manera inmediata acerca de sus derechos ni las razones de su detención, y no hay mecanismos de verificación que permitan identificar con precisión cuándo se proporcionó esa información y si se hizo de una manera que les permitió efectivamente ejercer sus derechos. Respecto al derecho de acceso a un abogado, en Brasil, la ley no especifica que este aplica cuando los sospechosos están detenidos en una estación policial, y solo después del interrogatorio se les entrega información escrita sobre sus derechos. En Perú, no existe el derecho a tener un abogado durante las primeras 24 horas después de la detención, y parece que la Policía usualmente no informa a los detenidos sobre su derecho a guardar silencio. En Argentina, no hay un requisito legal específico que garantice el acceso a un abogado a la mayor brevedad. En Brasil, Guatemala y México, el primer contacto con un abogado suele realizarse minutos antes de la primera audiencia, lo que mina la efectividad de las garantías establecidas en el derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo.

La principal medida para evitar estas formas de elusión de los derechos es revisar y ajustar la normatividad para que los derechos procesales estén clara y detalladamente regulados, y, así, las obligaciones legales estén claras. Esto debe acompañarse de protocolos para policías, donde esté claramente establecido lo que deben hacer con los sospechosos detenidos o arrestados. Estas medidas en sí mismas no requieren muchos recursos, sino, más bien, la voluntad política para aprobar las normas legislativas y administrativas orientadas a cumplir plenamente los estándares regionales e internacionales, y la voluntad institucional por parte de la policía, la fiscalía y las autoridades que se encargan de la detención para incorporar protocolos y procedimientos efectivos y garantizar su cumplimiento.

Algunos de los países estudiados invirtieron grandes recursos en las instituciones del sistema de justicia penal aproximadamente durante la última década, aunque es claro que para la mayoría de ellos, si no para todos, dicha inversión tiene que continuar o aumentar. Si la policía no tiene suficientes recursos, continuará adoptando estrategias y métodos que le den prioridad a conseguir confesiones en lugar de pruebas independientes y a que se use de manera excesiva la prisión preventiva; así, esto contiene el “problema”, en lugar de hacer efectivos los derechos procesales. Si las instituciones de defensa pública no tienen la capacidad ni la infraestructura organizativa para proporcionar acceso efectivo a la asistencia jurídica a todas las personas sospechosas y acusadas que tienen derecho a un abogado, inevitablemente dicho acceso será una lotería o no se prestará en ciertas etapas del proceso penal, como por ejemplo, en la fase de ejecución o cuando están en las estaciones de policía. Si los tribunales tienen recursos insuficientes, los jueces estarán motivados por la necesidad de procesar los casos tan rápido como sea posible, en vez de desear que se haga justicia en el caso específico que atañe al defendido. Aunque es probable que esa inversión constituya un costo para el Estado, puede producir ahorros tanto a corto plazo, debido a las detenciones innecesarias que se realizan antes y después del juicio, como a largo plazo, derivados de una mayor disposición de las personas a participar en el proceso de justicia penal, y por el respeto a las leyes e instituciones y el cumplimiento de la normatividad.¹⁵

Sin embargo, las prácticas que evitan el cumplimiento de los derechos procesales resultan no solo de leyes inadecuadas y financiación insuficiente. Con frecuencia, están profundamente arraigadas en la cultura de la policía, la fiscalía y los jueces. Usualmente, los derechos de defensa son considerados como contrarios a una buena administración de justicia, y eso –con las prácticas que ello genera– promueve la resistencia al cambio, aunque haya reformas legales, estructurales o procesales. Como señaló el equipo de Argentina, una de las primeras lecciones del proceso de reforma es que las prácticas que deberían desplazarse suelen sobrevivir a los cambios legales y continúan ejerciéndose con otro nombre. Lo señalaron al referirse al aprendizaje burocrático de las competencias funcionales, pues este se basa en prácticas consuetudinarias repetitivas que no reflexionan sobre su contenido ni sobre lo que las normas requieren. América Latina no es excepcional en esto, ya que de los estudios realizados en Europa se extrajeron conclusiones similares.¹⁶ El cambio de culturas profesionales es un proceso largo y lleno de desafíos, pero puede lograrse siempre y cuando se deseé

¹⁵ Véase Tyler 2006, Myhill y Quinton 2011, y Jackson et ál. 2012.

¹⁶ Cape et ál. 2010, p. 611; Cape y Namoradze 2012, p. 447; y Blackstock et ál. 2014, p. 443.

hacerlo. Para ello, se debe examinar y cambiar las presiones e incentivos institucionales que estimulan las actitudes y los comportamientos inapropiados, para lograr activar prácticas reflexivas y contar con un programa de formación adecuado.¹⁷

2.2. Uso abusivo de la detención preventiva

Los estándares regionales e internacionales establecen que la prisión preventiva es excepcional, y que se utiliza solo cuando es necesario, en interés de la justicia o de la seguridad pública. Todos los países estudiados formal y normativamente reconocen este estándar, y, aun así, en todos ellos, en mayor o menor medida, las personas acusadas de un delito están innecesariamente en prisión preventiva, y, en algunas jurisdicciones, una proporción significativa de la población carcelaria no ha sido condenada por un delito. Se encontraron algunas jurisdicciones en donde esta práctica ha mejorado,¹⁸ pero, en conjunto, la imagen es que existe un uso excesivo de la prisión preventiva.¹⁹ Estos resultados son confirmados por las estadísticas del International Centre for Prison Studies (ICPS), que muestran que la proporción de personas en prisión preventiva respecto del total de la población carcelaria en los países del estudio varía del 33,4% en Colombia al 54,2% en Perú. Se destaca que en las provincias de Buenos Aires y Córdoba (Argentina) se encontró que la proporción de la población en prisión preventiva era del 60% y del 50,8%, respectivamente, mientras que en la provincia de Chubut esa cifra era significativamente más baja y correspondía al 29%. Visto de otra forma, las estadísticas del ICPS muestran que mientras en la mayoría de los países del mundo la población carcelaria en prisión preventiva está por debajo de 40 personas por cada 100.000 habitantes, en los países latinoamericanos estudiados, esta tasa es significativamente mayor. En ellos varía entre 53 personas por cada 100.000 habitantes en Guatemala, y 120 por cada 100.000 en Perú. En los seis países, esta tasa ha crecido, en algunos casos significativamente, desde principios del siglo XXI.²⁰

¹⁷ Por ejemplo, en el estudio *Inside Police Custody* se encontró que formar conjuntamente a policías y abogados defensores mejoraba la comprensión mutua de sus funciones, y que realizar ejercicios de rol permitía reflexionar sobre las prácticas establecidas. Véase Blackstock et ál. 2014 (2).

¹⁸ Por ejemplo, en Colombia y en el estado de Baja California en México.

¹⁹ Véase capítulo 9, sección 4.3.3. Las estadísticas recogidas por el International Centre for Prison Studies muestran los siguientes porcentajes de población carcelaria en prisión preventiva: Argentina, 50,3%; Brasil, 38%; Colombia, 33,4%; Guatemala, 50,3%; México, 42,6%; y Perú, 54,2%. Disponible en: <http://www.prisonstudies.org/news>.

²⁰ ICPS. Disponible en: <http://www.prisonstudies.org/news>. Para un estudio global importante del uso de la detención preventiva, véase OSJI 2014.

Los países latinoamericanos utilizan en gran medida la prisión preventiva por varias razones, y nuestro estudio no estaba diseñado para analizarlas en profundidad. Sin embargo, algunas de dichas razones están vinculadas a factores directamente relacionados con el acceso a una defensa penal efectiva. En la mayoría de los países, la normatividad establece que la prisión preventiva es obligatoria para ciertos delitos, lo que resulta contrario a los estándares internacionales, a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH. En algunos países, ciertos elementos procedimentales también contribuyen al uso excesivo de la prisión preventiva. En Brasil, no existe la obligación de celebrar una audiencia ante el juez para decidir sobre la prisión preventiva de las personas acusadas de un delito. En México, existe una detención arbitraria en los casos de sospechosos de crimen organizado a los que se les aplica detención preventiva informal y prisión preventiva antes del juicio, ya que estas medidas se les imponen a personas a las que no se les ha iniciado una investigación formal. En Perú y Brasil, los jueces se basan especialmente en la gravedad del presunto delito cometido, como fundamento de la prisión preventiva. En Argentina, los fiscales tienen el poder de ordenar la prisión preventiva sin supervisión judicial efectiva, y la normativa define ciertos delitos en los que no se permite la libertad provisional a la espera de juicio, lo que parece estimular el abuso de la negociación de la culpabilidad y la pena. Las personas acusadas a menudo tienen dificultad para acceder a los documentos y a los materiales relevantes relacionados con las decisiones sobre la prisión preventiva, y en muchas ocasiones carecen de tiempo y facilidad para preparar las audiencias judiciales. Es necesaria una reforma normativa de las leyes y los procedimientos nacionales, para ajustarlos a las disposiciones regionales e internacionales.

Sin embargo, esta es otra área en donde la cultura de los profesionales involucrados impide la aplicación justa de las normas. Nuestro estudio encontró que, independientemente de los criterios jurídicos establecidos para determinar la procedencia de la prisión preventiva, usualmente los jueces toman decisiones apoyados en criterios estandarizados (como la gravedad del presunto delito), en lugar de adoptar un enfoque individualizado que tenga en cuenta las características particulares del caso, tales como las circunstancias del acusado y la solidez de la evidencia. Esto también se observa en las jurisdicciones de otras regiones, incluidas las de varios países europeos.²¹ Se requiere formación judicial para que las decisiones sobre la prisión preventiva se basen en consideraciones jurídicas legítimas; y se debe fortalecer la obligación de los jueces de tomar decisiones razonadas, junto con la posibilidad de que el acusado apele la

²¹ Véase Cape et ál. 2010, p. 603, y Cape y Namoradze 2012, p. 448.

decisión o que se permita que esta sea revisada por una autoridad judicial superior . Sin embargo, la necesidad de un cambio en las culturas profesionales no se limita a los jueces. En otros estudios se ha encontrado que los fiscales tienen un impacto significativo en las decisiones sobre prisión preventiva, y que en la mayoría de los casos en los que se oponen a la liberación del sospechoso, el juez decreta la prisión preventiva.²² Por lo tanto, si bien el cambio en la actitud judicial es importante, también se debe transformar el enfoque de los fiscales y los investigadores, para que objeten la libertad provisional antes de la sentencia solo cuando sea necesario por una razón legalmente válida. Esto requiere examinar los incentivos institucionales y la formación.

2.3. Tiempo, medios e información inadecuados para considerar la evidencia y preparar la defensa

Si en el proceso penal se quiere que las personas sospechosas y acusadas de cometer un delito participen y sean capaces de defenderse efectivamente (por sí mismas o a través de un abogado), deben contar con el tiempo y los medios suficientes para hacerlo. La participación efectiva significa que deben tener suficiente información, o acceder a ella, sobre las razones del arresto y la detención, las razones por las cuales se niega su libertad provisional y el presunto delito que se les imputa. Esto les permite comprender por qué han sido detenidos y procesados penalmente, y preparar las audiencias de prisión preventiva y su defensa. De ahí se deriva que si un sospechoso o acusado está representado por un abogado, este no solo debe tener acceso a esa información con suficiente antelación para preparar sus actuaciones, sino también tener acceso a hablar oportunamente con sus clientes y a los medios que permitan hacerlo en privado. Todos estos elementos se encuentran incorporados en instrumentos normativos regionales e internacionales, y constituyen componentes esenciales del principio fundamental de igualdad de armas en el proceso. Sin embargo, en nuestro estudio frecuentemente encontramos que uno o más de estos componentes, y a menudo una combinación de ellos, están ausentes o son deficientes.

Como ya se señaló, en los países estudiados se reconoce legal y suficientemente la obligación de la policía y la fiscalía de proporcionar información sobre las razones del arresto, la detención, la formulación de cargos y la acusación, y de brindar acceso a los materiales del caso. No obstante, hay una serie de impedimentos que a veces evitan

²² Véase, por ejemplo, Hucklesby 1997, estudio llevado a cabo en Inglaterra y Gales. Véase también Cape y Namoradze 2012, p. 449, con respecto a Georgia y Ucrania.

que dicha información y acceso sean suministrados de forma completa o con suficiente antelación para que sea útil. La información relativa a los derechos procesales, al arresto y a la detención, muchas veces no es proporcionada de forma oportuna, y se entrega en un lenguaje formalista y técnico que algunos sospechosos y acusados son incapaces de comprender. En la mayoría de los países estudiados, no hay documento que pueda considerarse una “carta de derechos”. La información sobre el presunto delito y los materiales relevantes sobre el mismo, esenciales para preparar la defensa, frecuentemente no se proporcionan (completos o en absoluto) y se ofrece una variedad de excusas para no entregarlos. Cuando esa información está disponible, muchas veces se proporciona durante una audiencia ante el juez, o un poco antes de ella. Esto se exacerba en algunas jurisdicciones por el hecho de que los defensores públicos son designados en el último minuto. En casos en los que el sospechoso o acusado está en custodia o en prisión preventiva, a menudo se impide al abogado visitarlo y tener medios adecuados y disponibles para realizar entrevistas privadas.

Aunque el proceso penal acusatorio está siendo adoptado de manera creciente en las jurisdicciones estudiadas, su efectividad a la hora de proporcionar un juicio justo, y por ende justicia, está debilitada por la persistencia de prácticas que serían menos preocupantes, al menos en teoría, en el contexto del proceso inquisitivo. En efecto, la imagen general no es la de un sistema de justicia penal en el que las instituciones y el personal actúan armoniosamente para garantizar que se haga justicia, sino la de una serie de instituciones y personal con sus propios objetivos, imperativos y prácticas, que a veces están en conflicto y que a menudo impiden el acceso a una defensa penal efectiva. La solución en gran medida no es generar más legislación, aunque en algunos casos se necesitan leyes y normas administrativas que definan claramente los derechos y procedimientos, así como las medidas judiciales en caso de incumplimiento. En su lugar, lo que se requiere es que las diferentes instituciones revisen la asignación de sus recursos y procedimientos, y hagan cambios que garanticen el cumplimiento de los requisitos legales. Por ejemplo, las organizaciones de defensa pública deben garantizar que un defensor público competente sea designado a un caso con suficiente antelación, de tal forma que pueda recibir instrucciones apropiadas de su cliente, obtener información relevante y preparar adecuadamente las audiencias. La policía y los fiscales necesitan revisar la forma y oportunidad en que brindan información acerca de los derechos procesales, el arresto, la detención y el presunto delito para garantizar que las personas sospechosas y acusadas, y sus abogados, la reciban con tiempo, suficiente detalle y de manera comprensible, “para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo del derecho a la

defensa".²³ La policía y las autoridades encargadas de la detención deben garantizar que los sospechosos y acusados accedan a sus abogados cuando se necesita y que haya instalaciones que permitan comunicaciones en privado. Deben introducirse métodos de verificación para que se garanticen los requisitos de descubrimiento de prueba y acceso, así como la creación de mecanismos que permitan combatir su incumplimiento.²⁴ Por último, los jueces deben considerar en cada caso concreto si un juicio justo es posible cuando no se respetan las obligaciones mencionadas. Las prácticas que no cumplen la ley e interfieren con un juicio justo, persistirán si los responsables de ellas no sufren consecuencias adversas por incumplir sus obligaciones.

2.4. La falta de acceso a representación y asesoría jurídica competente e independiente

Latinoamérica y Europa escogieron caminos diferentes para prestar asistencia jurídica a los sospechosos o acusados de haber cometido un delito. Los países de este estudio, en concordancia con la mayoría de los países de la región, adoptaron un modelo de defensoría pública, aunque casi todos hacen algún uso de abogados que están en la práctica privada. Algunas de esas jurisdicciones, como São Paulo en Brasil y Colombia, han aumentado de manera significativa el gasto en defensores públicos, pero en la mayoría de las jurisdicciones, si no en todas, las instituciones de defensoría pública sufren una seria falta de recursos, que genera cargas excesivas de trabajo y, en muchos casos, una deficiente calidad de la asistencia jurídica; asimismo, muestran desigualdad con respecto a la fiscalía y a otras instituciones estatales involucradas en la justicia penal. Además, generalmente las instituciones de la defensoría pública están organizadas estructuralmente bajo la rama ejecutiva, Ministerio de Justicia usualmente, o el fiscal general, lo que plantea cuestionamientos acerca de la autonomía institucional de los servicios de defensa penal. En Europa, en contraste, la mayoría de los países adoptaron un modelo "*judicare*", en el que el Estado les paga a los abogados de la práctica privada por brindar asistencia jurídica en los casos. En algunos de dichos países, la responsabilidad institucional de los servicios está a cargo de organismos de asistencia jurídica (como consejos de asistencia jurídica), que gestionan y financian la asistencia

²³ Esta es la fórmula adoptada por la UE en la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Véase, por ejemplo, considerando 28 y artículo 6(1).

²⁴ Véase, por ejemplo, la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales, artículo 8(1) y (2).

en casos que lo requieran y que son independientes del Poder Ejecutivo. Sin embargo, la mayoría de los países europeos no han sido especialmente exitosos en garantizar el acceso efectivo a la asistencia jurídica de las personas sospechosas y acusadas de cometer un delito, lo que ha llevado a concluir que la asistencia jurídica es “el talón de Aquiles en muchos sistemas de la UE”.²⁵ A pesar de la diferencia de enfoque en la organización de servicios de defensa penal financiados por el Estado, en ambas regiones se experimentan problemas similares para garantizar el derecho a un abogado de conformidad con los instrumentos internacionales y regionales sobre la materia. El resultado es que, a menudo, las personas sospechosas y acusadas no pueden ejercer su derecho a la representación legal, proporcionada de forma oportuna y con calidad, que garanticé un procedimiento justo. El desarrollo de soluciones apropiadas a los problemas identificados se dificulta en ambas regiones, debido a la falta de información básica sobre aspectos esenciales de la asistencia jurídica y la defensa penal, tales como datos desagregados sobre la demanda de asistencia jurídica y las necesidades de los distintos grupos poblacionales al respecto; la demanda satisfecha en la práctica en las diferentes etapas del proceso penal; y el nivel de calidad de los servicios prestados, entre otros.

Hay un problema específico en la etapa de investigación cuando el sospechoso está detenido por la policía. Aunque los estándares regionales e internacionales exigen que un sospechoso arrestado y detenido por la policía tenga derecho de acceso inmediato a un abogado, generalmente ese no es el caso en los países del estudio. En algunos, como en México, Argentina y Colombia, si bien está contemplado legalmente, en la práctica la mayoría de sospechosos cuando son arrestados no tienen acceso a un abogado. En algunos países, como Brasil y Perú, los sospechosos no tienen este derecho legalmente reconocido en esa etapa (Brasil) o durante las primeras 24 horas de la detención (Perú). En este último grupo de países, es necesaria una reforma legislativa para introducir el derecho. Y en el primer grupo, es pertinente tomar acciones para garantizar, primero, que la policía informe a los sospechosos de sus derechos y facilite el acceso de los abogados, y, segundo, que los defensores públicos tengan recursos y capacidad organizativa que les permita asegurar disponibilidad de defensores que atiendan a las personas detenidas por la policía a la mayor brevedad. En la UE, según la legislación que debe entrar en vigor en 2016, los Estados serán responsables de garantizar que las personas sospechosas y acusadas, incluidas aquellas detenidas por la policía, tengan acceso a un abogado. Esa legislación exigirá a los Estados miembros garantizar que la policía facilite el acceso a un abogado y que haya mecanismos (como

²⁵ Cape et ál. 2010, p. 41, y Cape y Namoradze 2012, p. 452.

sistemas de prestación de asistencia jurídica obligatoria) que aseguren la disponibilidad de los abogados.²⁶

El requerimiento de que los sospechosos y los acusados tengan derecho a la asistencia de un abogado de su propia elección, contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 3) y en los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados, pretende garantizar abogados defensores independientes del Estado y sus instituciones, y que las personas que utilicen sus servicios confíen en su independencia. Esto es problemático en jurisdicciones donde la asistencia jurídica para personas sospechosas y acusadas de un delito en situación de indigencia es brindada por un servicio de defensoría pública (que es una institución estatal). Sin embargo, el problema no es único de estos sistemas. En varios países europeos en los que los servicios de justicia gratuita son prestados por abogados que trabajan en la práctica privada, existe preocupación por la forma en que ellos son nombrados para brindar asistencia gratuita, ya que se puede crear una relación de dependencia entre ellos y quienes los nombran, y los mecanismos contractuales pueden comprometer su independencia.²⁷ En varios países del presente estudio hay preocupación sobre la potencial interferencia política en los servicios de defensoría pública; ocuparse de ese problema requiere tanto normas que garanticen la independencia institucional como reglas profesionales claras que establezcan que el rol profesional primordial de los defensores públicos es representar los intereses de sus clientes.²⁸

2.5. Calidad y cultura de los profesionales

Aunque contar con recursos financieros adecuados es esencial para que los defensores públicos puedan garantizar que el derecho de acceso a un abogado sea real y efectivo, tener recursos suficientes no basta para garantizar calidad. Como ya se señaló, otras instituciones y personas del sistema de justicia penal son responsables de garantizar

²⁶ Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

²⁷ Véase Cape et al. 2010, p. 592, y Cape y Namoradze 2012, p. 451.

²⁸ Para un ejemplo del código de conducta de Inglaterra y Gales para los defensores públicos (England and Wales Public Defender Service Code of Conduct), véase <http://publicdefenderservice.org.uk/solicitors/about-us/>.

que los abogados defensores tengan acceso a sus clientes y ejerzan sus funciones sin impedimentos, y, así, puedan cumplir su rol y garantizar que otros derechos procesales de los sospechosos y acusados sean respetados. Las instituciones de defensoría pública y los colegios de abogados tienen también una importante función para garantizar que los abogados defensores posean el conocimiento, la habilidad y la experiencia para brindar los servicios de manera competente. En algunos países estudiados, como México, la función del colegio de abogados es problemática, si se tiene en cuenta que la afiliación no es obligatoria y que, en cualquier caso, esas asociaciones están más preocupadas por proteger a sus miembros que por promover la calidad de los servicios. Por lo tanto, en el contexto latinoamericano, las instituciones de defensoría pública probablemente son las que tienen mayor relevancia a la hora de garantizar la calidad. Por ello, son necesarios mecanismos de gestión diseñados para mejorar la calidad de los defensores públicos (y abogados privados que asuman casos financiados públicamente), y estos deben mantenerse a largo plazo.

La calidad de la defensa no se puede garantizar en ausencia de un concepto claro sobre cuál es la función del abogado defensor. Esto es de especial importancia en un contexto donde los principios subyacentes a los procedimientos legales penales sufren cambios significativos y cuando la función del defensor no necesariamente se comprende o respeta por parte de otras personas involucradas en la justicia penal. En Brasil y Guatemala, es habitual que la primera reunión entre el abogado y su cliente se realice afuera de la sala de audiencia y unos pocos minutos antes de la primera audiencia. En Perú, los defensores públicos enfrentan problemas para obtener evidencias debido a la falta de fondos, y si la familia del acusado no puede pagar los costos requeridos, tampoco serán costeados por la defensoría pública. La consecuencia es que el proceso se basa en gran medida en la prueba testimonial, mientras que otras formas técnicas de prueba están casi siempre ausentes en los casos tramitados por defensores públicos. En México, no hay estándares obligatorios para la profesión jurídica y, como resultado, existe falta de control de calidad y mecanismos inadecuados de rendición de cuentas. En el mismo sentido, en Argentina y Perú no hay requisitos claros respecto del alcance de los servicios que deben prestar ni los estándares que deben cumplir los defensores públicos, ni mecanismos que garanticen la calidad o buenos sistemas de gestión que aseguren una asignación efectiva de los casos y la medición de la carga de trabajo. En Colombia, el sistema está caracterizado por los bajos salarios y la carga excesiva de trabajo para los defensores públicos; además, la posibilidad de que estos puedan aceptar casos particulares ha creado un incentivo perverso, al permitir desviar algunos de los casos hacia sus despachos privados.

Respecto de la calidad de los servicios de defensa penal, hubo retos parecidos en los países de Europa del Este, en donde, en la era postsoviética, el proceso penal sufrió transformaciones importantes, parecidas a las realizadas en América Latina. Una respuesta para enfrentar los problemas de calidad consistió en la redacción de un código modelo de conducta y estándares de práctica realizado por la Legal Aid Reformers' Network.²⁹ Estructurar la función del abogado defensor de esa forma, en especial si se hace en consulta con los defensores públicos y otros actores clave en la materia, puede ser una excelente forma de estimular el debate y la reflexión sobre la función del abogado defensor en un contexto procesal reformado. También puede contribuir a mejorar la percepción de la legitimidad de su función, lo que puede ser de especial importancia para los abogados defensores que llevan a cabo sus funciones en un entorno que a menudo es difícil y, a veces, hostil.

Sin embargo, con el fin de garantizar el acceso a una defensa penal efectiva, no es suficiente concentrarse en la cultura y los estándares de los abogados defensores. Las acciones y las culturas profesionales de otros intervenientes en la justicia penal son fundamentales para garantizar el respeto de los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas de cometer un delito. Este estudio ha demostrado que incluso cuando las leyes incorporan las normas internacionales sobre derechos procesales, su garantía en la práctica depende, muchas veces, del enfoque adoptado por policías, fiscales y jueces. A su vez, sus actuaciones y actitudes profesionales con frecuencia están influenciadas no solo por tradiciones procesales y culturas profesionales, sino también por incentivos institucionales y ambiciones personales. No hay una solución simple, pero hay que prestar atención no solo a la contratación y la formación del personal, sino también a los recursos y a los imperativos organizativos. En última instancia, el poder judicial debe asumir la responsabilidad de garantizar que la policía y la fiscalía respondan por sus actuaciones y que sus decisiones sean transparentes, y estén justificadas y motivadas de conformidad con la ley.

²⁹ Legal Aid Reformers' Network 2014. Disponible en: <http://www.legalaidreform.org/criminal-legal-aid-resources/item/752-the-model-code-of-conduct-for-legal-aid-lawyers-in-criminal-cases>. Para un ejemplo sobre Inglaterra y Gales, véase Ede y Shepherd 2000, y sobre EE.UU., véase la National Legal Aid & Defenders Association. Disponible en: http://www.nlada.org/DMS/Documents/998933823.822/document_info.

3. Conclusiones y recomendaciones de cada uno de los países³⁰

3.1. Argentina

3.1.1. Cuestiones importantes

Cada una de las provincias estudiadas –Córdoba, Chubut y Buenos Aires– muestra las características propias de su tiempo; su complejidad deriva en gran medida de sus procesos políticos, que difícilmente se puedan alinear en un sentido unívoco en dirección a la reforma, no solo por la autonomía de cada provincia sino también por sus propios conflictos y vaivenes internos. Por otra parte, esta misma diversidad permite replicar las experiencias más exitosas y contar con un amplio repertorio de prácticas instaladas que puede beneficiar a las demás provincias: a partir de 1940, Córdoba ha inspirado a la mayoría de las reformas, y ahora Chubut ocupa ese lugar, junto con otras provincias como La Pampa, Neuquén y Santa Fe.

En todo caso, en el estudio se pudieron identificar varias áreas en las que aún persisten retos importantes.

En primer lugar, se encuentran los problemas derivados directamente del diseño de la regulación. Existen regulaciones procesales que generan disfunciones y afectan la defensa efectiva: la incorporación por lectura en juicio de constancias de la investigación; la asignación de plena fe a documentos producidos por funcionarios públicos, afectando la garantía de contradicción en el ejercicio de la defensa; las normas que regulan deficientemente o restringen el contraexamen en lógica adversarial, normalmente prohibiendo el uso de preguntas sugestivas. Las normas orgánicas y procesales perpetúan el expediente formalizado como instrumento de trabajo y permiten a los tribunales de juicio recibirlos y controlarlos antes del comienzo del juicio, atentando contra la imparcialidad del juez.

Otro problema serio es que los códigos definen delitos inexcarcelables o presunciones legales absolutas o relativas basadas en el monto de pena previsto o el tipo de delito. También lo es la jurisprudencia que avala su validez, que los fiscales puedan dictarlas sin control inmediato y efectivo del juez, que no se recurra a audiencias públicas ni adversariales para resolver su imposición o su duración. La interpretación de los plazos como ordenatorios favorece la excesiva duración de los procesos, que a

³⁰ Este aparte de conclusiones y recomendaciones contó con la extensa revisión y contribución de Marion Isobel.

su vez fomenta el abuso del juicio abreviado y la prisión preventiva, generando presos sin condena y condenados sin juicio. La subutilización de medidas cautelares alternativas incide notablemente en el abuso del encierro. Nuevamente, estos problemas son mucho más graves en Córdoba y Buenos Aires, marcando un contraste rotundo con Chubut. No debe sorprender que la prisión preventiva deje de ser una excepción y se convierta en la regla en una cantidad desproporcionada de casos, porque los jueces autorizan una interpretación extensiva de su procedencia.

Las prácticas que hay que desplazar en un proceso de reformas suelen sobrevivir al cambio normativo, repitiéndose bajo otro nombre. El estudio empírico mostró con crudeza que, a pesar de que los jueces deberían limitarse a dirigir el debate, en Córdoba y Buenos Aires intervienen excediendo el marco de sus ya extensas facultades.³¹ Que los jueces estudien el “expediente” antes del juicio oral, y que ello se considere un indicador de responsabilidad, muestra que no han comprendido en absoluto su rol de decisor imparcial ni el impacto causado en una defensa efectiva.

Los sistemas de justicia no están siendo capaces de construir sistemas de información adecuados que faciliten la posibilidad de monitorear y hacer auditables el cumplimiento de estándares relativos a la vigencia efectiva del derecho de defensa. Los indicadores que se utilizan a nivel público son precarios y los sistemas de información carecen de datos en cantidad y calidad. Asimismo, tampoco existen políticas fuertes para el financiamiento de monitoreos o estudios por parte de universidades u otros organismos técnicos de la sociedad civil.

En segundo lugar, existen problemas relacionados con la aplicación de las normas vigentes. En efecto, uno de los principales problemas identificados es la dificultad de los imputados para acceder a la asistencia jurídica durante los primeros momentos de la detención. De ello se derivan múltiples afectaciones a sus derechos, por ejemplo: derecho a ser informado de las causas de su arresto, de sus posibilidades defensivas y derechos (a guardar silencio y ser asistido por un traductor en caso de desconocer el idioma, por ejemplo), y de conocer las evidencias de cargo existentes en su contra desde el primer momento. Cuando una persona es puesta a disposición de un juez o un fiscal, su defensa funciona más o menos adecuadamente, pero hasta entonces no existen dispositivos concretos que garanticen dicho acceso. Córdoba constituye el caso más grave, porque esta situación puede prolongarse hasta diez días o más, si la persona carece de medios para contratar a un abogado particular.

³¹ Soria 2012, p. 43.

Cada uno de los actores del sistema penal aduce tener razones para desarrollar prácticas que dificultan la defensa efectiva, aunque llama la atención hasta qué punto estas prácticas están naturalizadas y se vuelven invisibles. La deficiente regulación de la defensa explica solo una parte de estas prácticas, pero fundamentalmente muestra que estas no pueden ser reemplazadas por una simple reforma normativa. En el enfrentamiento entre los estándares latinoamericanos y la idiosincrasia inquisitiva, esta tiende a prevalecer en casi todos los casos.

En tercer lugar, existen problemas relacionados con la formación de los abogados y defensores, y la supervisión del ejercicio de la profesión. Para empezar, ni los colegios de abogados ni las defensorías cuentan con mecanismos de supervisión de la tarea profesional, aun cuando el trabajo es percibido como algo falso de calidad.

Los colegios son los grandes ausentes en este proceso, y no pudieron evitar la crisis del mercado de servicios legales.³² Los entrevistados agregan que no reciben adecuada asistencia cuando la defensa se presenta más compleja; y los justiciables, que directamente no son registrados por los colegios. La alta calidad del servicio prestado por la Defensa Pública circunscribe este problema a quienes tienen ciertos ingresos, pero no pueden pagar un abogado capacitado, y deben conformarse con aquellos pertenecientes a los estratos inferiores de la abogacía. La cultura del trámite también se explica porque los abogados están más formados “para el trámite y la complicación que para el litigio y la simplificación”,³³ lo que conecta la enseñanza del derecho con la práctica de los abogados y, consiguientemente, con su forma de organización gremial.

La educación universitaria enseña el proceso como una serie gradual y concatenada de trámites burocratizados, y no como una herramienta de resolución de casos. Las universidades no han acompañado los procesos de reformas de modo claro.³⁴ De las respuestas de los entrevistados se deduce que su incomprendimiento del sistema acusatorio proviene en gran medida de una educación formal orientada hacia procesos inquisitoriales y escritos.³⁵

³² Se trata de una crisis caracterizada por la existencia de “cada día más abogados, con menos trabajo, con mayores dificultades para que los abogados jóvenes puedan montar sus oficinas, una creciente necesidad de asesoramiento técnico y, finalmente, cada día más gente indefensa”, conf. Binder 2005, p. 63.

³³ *Ibid.*, p. 65.

³⁴ Se sostiene que “esta forma de enseñar derecho tiende a privilegiar la memorización de textos legislativos”, antes que desarrollar destrezas analíticas. Böhmer 2005, p. 35.

³⁵ Los cursos de litigación oral y adversarial causaron un impacto claro en los estudiantes que accedieron a ellos, pero cuando son optativos su impacto se reduce. Aún hoy, en Córdoba y Buenos

Casi todos los funcionarios asumieron carecer de formación específica para atender grupos con necesidades judiciales especiales. Es revelador que varios funcionarios consideren que la formación se adquiere en la práctica, que (como dijo uno de ellos) “es la mejor escuela”. Ello explica la supervivencia de prácticas inquisitoriales y problemas de acceso a la justicia de los sectores vulnerables, a pesar del importante gasto en el sector justicia. Es revelador también que solo en Chubut los cursos de formación son obligatorios, lo que explica sus indiscutibles avances.

Los entrevistados refieren que el ajetreo de la vida profesional dificulta lograr el tiempo y los recursos para completar un curso, salvo para quienes además son docentes universitarios, que tienen mayor entrenamiento académico y han integrado el estudio a su vida profesional. Estos suelen ser más receptivos a los fundamentos de las prácticas, y más proclives a orientar su práctica según los principios del sistema acusatorio.

Se ha confirmado que los abogados no investigan, los servicios de defensa no cuentan con investigadores y tampoco se han formado investigadores privados. La ausencia de investigación tiene relación profunda con la falta de prácticas de contrainterrogatorio. En cuarto lugar, se encuentran los problemas relacionados con la disponibilidad y utilización de recursos económicos. En este ámbito, aun cuando los recursos de las defensorías puedan ser escasos, tampoco se advierten esfuerzos por utilizarlos racionalmente. La defensoría carece de una organización razonable, el sistema de asignación de casos responde al azar y no a un criterio que permita una distribución correcta del trabajo, se contratan abogados que cumplen los mismos requisitos objetivos que para ser defensor y, en lugar de destinarnos a litigar, se los relega al trámite burocrático o a suplir el trabajo de los defensores titulares. En todos los sistemas se advierte una importante incorporación de recursos humanos, pero la incorporación de investigadores no es parte de la agenda.

No puede pensarse en una reforma real sin partir de un concepto de sistema de enjuiciamiento penal que incluya el reentrenamiento profesional de todos los operadores para internalizar la visión del sistema como instrumento de pacificación que

Aires siguen teniendo un alcance limitado. Los colegios de abogados y las defensorías tampoco han asumido esta situación como un problema que hay que solucionar. Existen excepciones a esta realidad, dado que hay universidades que han incorporado la enseñanza del litigio oral como parte de la currícula regular: dentro de las jurisdicciones estudiadas, la Universidad Nacional de la Patagonia, sede Trelew. En el resto del país ocurre lo mismo en las universidades nacionales de La Pampa, del Comahue, de La Rioja, en la Universidad del Mar y en la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. Por otra parte, hay muchas universidades donde ha comenzado a instalarse como cursos optativos.

contribuya a la gobernabilidad democrática. Tampoco, sin cambios pedagógicos en las escuelas de derecho orientadas hacia la práctica de la defensa y no hacia el trámite; en la regulación del ejercicio de la abogacía para que los defensores atiendan primordialmente el interés de su cliente; en la organización de las oficinas judiciales para suprimir la delegación de funciones por parte de los jueces; y en la función de las policías en su rol de investigación y prevención del delito.

Solo Chubut ha avanzado consistentemente en varios de estos puntos, en contraste con Córdoba, abandonada a la inercia y al retroceso, y con Buenos Aires, que apenas puede contener las demandas del populismo punitivo. Sin desconocer la particularidad de cada jurisdicción, este estudio muestra que la defensa efectiva en Argentina solo es posible cuando los actores institucionales toman decisiones concretas para poner en vigencia en el plano de la realidad las previsiones constitucionales y legales. Las pulsiones autoritarias que persisten deben ser atendidas con una política criminal eficiente que enfrente y reemplace el paradigma de ley y orden por el de seguridad democrática.

3.1.2. Recomendaciones

1. Introducir y fortalecer mecanismos concretos para garantizar el acceso efectivo a representación legal de calidad para las personas detenidas dentro de las 24 horas siguientes a su detención, mediante obligaciones y dispositivos concretos implementados por las autoridades, y por agencias independientes, en beneficio de personas representadas por defensores particulares y públicos. Incluir audiencias públicas de control jurisdiccional de las detenciones, dentro de las 24 horas siguientes a la detención. Debe garantizarse la comunicación entre abogado y cliente en sitios adecuados para la preparación de una defensa.
2. Desarrollar iniciativas para fortalecer una cultura de mayor profesionalismo en el ejercicio de la abogacía, tanto pública como privada. Especialmente, deben fortalecerse el trabajo proactivo en el desarrollo de investigaciones independientes durante las etapas previas al juicio, garantizando el acceso a información relevante; el establecimiento de instancias eficaces de capacitación continua; mecanismos efectivos de control y monitoreo de la calidad del trabajo de los defensores públicos y privados. Tanto los servicios públicos de defensa como los colegios de abogados deben promover el desarrollo de estándares mínimos de desempeño profesional y garantizar su monitoreo.

3. Asegurar la independencia funcional y presupuestaria de los servicios públicos de defensa penal, enfocada en los intereses de los destinatarios del servicio, sin subordinación a prioridades institucionales, y asegurando que cada defensor mantenga una carga de trabajo razonable para no afectar la calidad de sus servicios.
4. Las legislaciones y prácticas judiciales deben abandonar definitivamente los expedientes formalizados. Toda decisión jurisdiccional debería ser resuelta en una audiencia pública y adversarial. Se debe asegurar el principio de contradicción a través de contrainterrogatorios efectivos, abandonando categorías de prueba tasada (como el valor de verdad de documentos públicos o pericias oficiales).
5. Establecer medidas legales y prácticas efectivas que restrinjan la prisión preventiva como recurso verdaderamente excepcional. Desterrar legislativa y/o judicialmente su aplicación por decisión de los organismos de investigación (fiscales o jueces de instrucción). Introducir y fortalecer medidas cautelares alternativas y desarrollar organismos específicos para su aplicación y control. Reconocer como único ámbito válido para la aplicación de prisión preventiva, una audiencia pública y adversarial, dentro de las 48 horas de producida una detención, frente a un tribunal imparcial. Garantizar procesos rápidos de revisión de las decisiones sobre prisión preventiva, a través de una audiencia ante un tribunal diferente.
6. Promover y fortalecer la producción de información y datos oficiales, en calidad y cantidad suficientes, acerca del funcionamiento del sistema de justicia penal y de la vigencia efectiva del derecho de defensa. Promover la producción de investigaciones académicas independientes.

3.2. Brasil

3.2.1. Cuestiones importantes

La Constitución Federal de 1988 que restableció la democracia inauguró un nuevo paradigma para el derecho procesal penal brasileño: el texto consagró garantías individuales en el procedimiento penal, y les dio estatus de derecho fundamental y de cláusula pétrea. Además, el país suscribió los principales pactos internacionales relacio-

nados con el sistema de justicia penal.³⁶ Sin embargo, Brasil tiene un largo camino por recorrer para cumplir las obligaciones asumidas en el ámbito internacional.

Existen fuertes contrastes entre la práctica y la legislación vigente, y hay violaciones recurrentes y directas a las disposiciones que regulan el derecho a defensa. La realidad cotidiana del sistema de justicia está contaminada por malas prácticas, que cumplen formalmente con disposiciones legales o constitucionales, que son difícilmente identificadas y que constituyen violaciones materiales a los derechos. Sin embargo, en algunos casos, estas violaciones de los derechos son posibles debido a la existencia de debilidades normativas.

Estas violaciones de los derechos se pueden dividir en tres grupos. El primero, contempla aquellas relacionadas con la falta de información, y comprende los problemas asociados a la Carta de derechos, el acceso a los autos y los datos de acceso público.

En el ámbito de la carta de derechos, hay diferencias normativas en cuanto al ejercicio del derecho a la información sobre el contenido de las acusaciones. Así, en la fase policial, la ley prevé la entrega de una nota de culpa,³⁷ tan solo en las investigaciones iniciadas por la detención en flagrancia. Sin embargo, en la investigación de campo se constató que la estandarización del documento no permite deducir cómo se entrega la información de sus derechos al acusado, en la comisaría de policía o en el momento de la prisión. Además, como se señaló anteriormente, el documento solo se entrega a los acusados después de terminar el procedimiento de flagrancia, lo que implica que la información escrita de sus derechos se entrega después del interrogatorio.³⁸ Sin embargo, se observó que no se fiscaliza el trabajo de los agentes judiciales responsables de citar al acusado, ya que actúan por fuera del edificio del juzgado penal. Esto plantea interrogantes sobre cómo tiene lugar la citación y el nivel de comprensión de los acusados de lo que ella significa.

En resumen, no existe en la legislación brasileña un documento que funcione específicamente como una carta de derechos. Sin embargo, la nota de culpa y la cita-

³⁶ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Reglas de Bangkok para el Tratamiento de las Reclusas, Convención sobre la Eliminación de la Tortura, Pacto de San José de Costa Rica, Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.

³⁷ Comunicación formal del motivo de la detención, el nombre de los testigos y de la persona que condujo al sospechoso, que debe ser firmada por la autoridad policial competente y que se entregará al acusado en un plazo de 24 horas después de la detención.

³⁸ Acto escrito y verbal realizado por el funcionario judicial, mediante el cual se notifica al acusado de la presentación de la acción, se le imputa la comisión de un delito y se le brinda oportunidad para su defensa.

ción podrían cumplir el rol de documentar la comunicación de algunos derechos al acusado. Cabe señalar, sin embargo, que se puede presumir que la gran mayoría de los destinatarios no entiende el contenido de los documentos, pues se redactan en un lenguaje técnico-jurídico, y a menudo los acusados provienen de clases sociales de bajos ingresos con bajo nivel de educación.

Respecto al derecho de acceder a los autos del proceso, se debe señalar que la ley faculta al comisario de policía a ordenar el secreto de la investigación policial, y en principio se puede prohibir el acceso personal del enjuiciado a los autos de la investigación. Aunque la regla del secreto se ha aplicado con notable flexibilidad para los abogados, en la mayoría de casos el contenido de la acusación formulada en el enjuiciamiento solo llega a conocimiento del acusado a través de su abogado, de acuerdo con la investigación realizada. En la fase procesal, el acceso a los autos es normalmente público.

En general, en la práctica, los abogados tienen acceso a los autos de la investigación policial y a los autos del procedimiento penal. Al parecer, se ha consolidado la noción de darles a conocer a los abogados defensores los autos de la investigación y el procedimiento, salvo en casos excepcionales.³⁹ Esto ha sido respaldado por el Supremo Tribunal Federal,⁴⁰ en reconocimiento del Precedente Vinculante 14: los abogados defensores tienen derecho a acceder a los autos de la investigación policial.

Otro aspecto clave que hace referencia a la falta de información tiene lugar en el ámbito público. La falta de datos públicos hace imposible trazar un perfil más detallado sobre el número de personas presas, lo que dificulta la formulación de las políticas públicas.

El segundo tema donde se presentan violaciones de los derechos es en la falta de contacto del acusado con su abogado y con el juez del caso. En este ámbito, se encuentran problemas graves para el ejercicio del derecho a la asistencia de un abogado, especialmente para garantizar el contacto del abogado con el preso. Por ello, la fase policial prescinde de defensa técnica.⁴¹ A su vez, en la fase judicial, incluso con la presencia obligatoria de un abogado defensor, la precariedad del contacto entre el acusado y el defensor público es patente, ya que el primer encuentro se produce de

³⁹ Sobre las situaciones en las que se facilita al juez declarar el secreto de sumario de los autos del procedimiento penal.

⁴⁰ El Supremo Tribunal Federal editó el Precedente Vinculante 14, que asegura a los abogados defensores el derecho de acceso a los autos de la investigación policial.

⁴¹ Aunque no esté prohibida, no hay disposición legal que la haga obligatoria, por lo que prácticamente es inexistente.

manera rápida y en la puerta de la sala de audiencia.⁴² En este caso, la disposición normativa expresa⁴³ que establece el derecho a la conversación previa y privada entre el acusado y su defensor es insuficiente, debido a que, según la investigación realizada, este derecho se cumple solo de manera formal, generando graves perjuicios al ejercicio del derecho a defensa.

Vale la pena recordar que la ley no requiere el contacto personal entre el defensor público y el acusado privado de su libertad antes de la presentación de la respuesta escrita a la acusación, lo que perjudica la elección de los testigos y otras pruebas eficaces para la defensa. El primer contacto personal se realiza en la audiencia, que se demora en promedio 150 días después de la detención. Esto evidencia la precariedad del ejercicio de la defensa en un momento tan crucial de la acción penal. Por otro lado, en todas las audiencias observadas había testigos de cargo, en general, policías militares que participaron en la detención.

En las audiencias de instrucción se constató que pocas tenían acusados en rebeldía y siempre hubo un defensor. El derecho al silencio se respetó, al menos formalmente, y los jueces informaron a los acusados acerca de este derecho antes de que fueran interrogados, aunque ninguno lo usó. Sin embargo, no hay datos disponibles acerca de los posibles efectos perjudiciales para la defensa debido a la ausencia del acusado en actos procesales o al impacto que el silencio del acusado tiene en las decisiones judiciales.

Otros derechos que encuentran obstáculos son el derecho a estar en libertad durante el proceso y la presunción de inocencia. Aunque hay pocos datos sistematizados al respecto, existen indicios que muestran un uso excesivo de la prisión provisional en Brasil, que representa alrededor del 35% del total de la población carcelaria.⁴⁴ En las entrevistas con profesionales que trabajan en la defensa, se mencionó que la presunción de inocencia es el derecho más importante, más violado y el que más carece de cumplimiento. Esta situación surge, en parte, debido a la fragilidad de las motivaciones legales aducidas en muchas decisiones de prisión preventiva, que se realizan

⁴² El 8 de mayo de 2014 fue publicada la Deliberación 297/2014 de la Defensoría Pública de São Paulo, que organiza la política de atención al preso detenido provisionalmente. De acuerdo con la Deliberación, un defensor público realizará visitas al establecimiento penitenciario con el objetivo de establecer contacto personal con las personas detenidas provisionalmente, una vez llegan al establecimiento penitenciario.

⁴³ Constitucional y legal.

⁴⁴ En diciembre de 2012, la población carcelaria de Brasil ascendía a 548.003 personas, de las cuales 195.036 estaban detenidas provisionalmente. Datos del Departamento Penitenciario del Ministerio de Justicia.

por fuera de los supuestos legales y sin que haya contacto personal entre el juez y el acusado.

Finalmente, en tercer lugar, las violaciones de los derechos provienen de la falta de criterios de calidad y efectividad de la defensa. En este grupo hay varios problemas que inciden. Para empezar, no existe una obligación legal de celebrar una audiencia de custodia poco después de la detención en flagrancia. La presentación ante un juez inmediatamente después de la detención del acusado, sería un medio eficaz para mejorar el control de la legalidad y la necesidad de la custodia temporal, así como para facilitar un efectivo diagnóstico y la lucha contra la tortura y los malos tratos durante la detención, que aún son problemas graves en el país.

Se presenta además una falta crónica de personal y de inversión de recursos en el sector, lo que dificulta la realización de pericias y exámenes de la escena del crimen. Hay un uso excesivo de las siguientes pruebas: testimonial, reconocimiento personal del acusado y confesión obtenida, a menudo, de manera oscura. Usualmente, los testigos escuchados en esa fase se reducen a los policías militares que hicieron el arresto, y dado que es poco común el seguimiento de un abogado defensor a esta etapa del procedimiento, cuando este llega a su fase judicial, no se buscan testigos de la defensa y generalmente se revalidan en el tribunal las declaraciones recogidas por el comisario de la policía. En la fase policial persiste la práctica de violencia física contra presos y prejuicios tendenciosos contra los acusados de los delitos.

El sistema penitenciario padece un hacinamiento endémico.⁴⁵ La carencia de asistencia jurídica y la naturaleza mixta (judicial y administrativa) de la fase de ejecución penal generan graves consecuencias en el acceso de los presos a la defensa.

Algunas percepciones establecidas por la investigación⁴⁶ mostraron la existencia de un fuerte discurso punitivo, y la identificación del sistema de justicia con mecanismo de castigo y represión de la delincuencia para ejercer control social. Hay indicios de apoyo popular a esta línea de pensamiento.⁴⁷

Finalmente, hay que señalar que casi todas las personas fueron detenidas en flagrancia,⁴⁸ demostrando la ineeficacia de las investigaciones criminales.

⁴⁵ Según datos de Infopen, en diciembre de 2012 había 548.003 presos en Brasil para 310.687 vacantes. Datos del Departamento Penitenciario del Ministerio de Justicia.

⁴⁶ En general, los entrevistados activos en la Policía y en el Ministerio Público.

⁴⁷ Especialmente con relación al Ministerio Público.

⁴⁸ En el Estado de São Paulo, el 65% de las detenciones son en flagrante delito. En la capital (São Paulo), este porcentaje alcanza el 78%. Datos del Instituto Sou da Paz.

3.2.2. Recomendaciones

1. Modificación del Código de Procedimiento Penal para incluir la presencia obligatoria de un abogado o defensor público durante la investigación policial, especialmente en el momento del interrogatorio del investigado, para garantizar el derecho a la defensa técnica en todas las fases de la acción penal.
2. Modificación del Código de Procedimiento Penal, exigiendo que el juez y el defensor tengan contacto con el acusado, una vez inicia el procedimiento penal y no solo en el día de la audiencia y en el juicio, que debe estar acompañado por el fortalecimiento de la estructura de la Defensoría Pública.
3. Modificación del Código de Procedimiento Penal para incorporar la audiencia de custodia inmediatamente después de la detención en flagrancia. Esta medida es importante para constreñir la ocurrencia de malos tratos y torturas, para reducir las posibles ilegalidades que puedan ocurrir en el momento de la privación de libertad y para evitar que se prolonguen situaciones de custodia innecesaria e ilegal antes del juicio. La audiencia también contribuiría a prevenir la violencia, tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
4. Modificación del Código de Procedimiento Penal para adoptar un modelo de carta de derechos, donde consten todos los derechos procesales legales y constitucionales que deben ser garantizados a las personas acusadas de delitos. Esta se entregará a la persona interesada antes del interrogatorio policial y debe tener un lenguaje accesible y no demasiado técnico ni jurídico.
5. Reestructuración del modelo del convenio de asistencia jurídica celebrado entre el OAB y la Defensoría Pública, con el fin de definir criterios más claros para el control de la ejecución de dicho convenio. Estos deben contemplar la calidad técnica de las defensas de los acusados, dándoles plena asistencia y orientación para realizar un trabajo técnico de calidad.
6. Ampliación y fortalecimiento de la Defensoría Pública para que esté presente en todos los distritos judiciales y tenga un número suficiente de defensores públicos, que incluso estén en los establecimientos penitenciarios.
7. Desarrollo de un sistema nacional de datos con las estadísticas criminales y con la información del sistema de justicia para elaborar políticas públicas adecuadas y facilitar el análisis crítico de la sociedad civil con la información proporcionada.

8. Creación de mecanismos estaduales para la prevención de la tortura, según el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU y la Ley 12.847/2013.

3.3. Colombia

3.3.1. Cuestiones importantes

El ejercicio efectivo de la defensa penal en Colombia enfrenta varias dificultades. Estas, sin embargo, no son tanto de tipo normativo como práctico, pues de la revisión del marco jurídico del derecho de defensa se encontró que la mayoría de disposiciones –con excepción quizás de las relativas al uso de la prisión preventiva o de las posibilidades de acogimiento a los beneficios de la justicia negocial frente a algunos delitos– le otorgan a la defensa la posibilidad de actuar en igualdad de condiciones con la Fiscalía General de la Nación (FGN). Sin embargo, en la práctica se presentan inconvenientes de distinto tipo que impiden que la defensa tenga el papel protagónico que se espera de ella en un sistema adversarial. Lo anterior no significa que no existan en absoluto problemas de tipo normativo pues, como puede verse por ejemplo en el momento cuando surge el derecho de defensa, todavía hay posibilidades de mejorar la protección normativa de los derechos necesarios para garantizar la defensa efectiva. Se pueden identificar siete áreas donde se presenta este tipo de problemas.

En primer lugar, existen problemas en relación con el momento en que aparece el derecho de defensa. Aunque la mayoría de referencias legales al derecho de defensa técnica señalan que surge en la imputación, o desde antes si hay captura, una interpretación sistemática de la legislación y jurisprudencia constitucional permite concluir que este derecho emerge desde la etapa investigativa, pues solo así pueden protegerse los derechos a la igualdad de armas y de defensa.⁴⁹

En segundo lugar, no se ha identificado ni evaluado adecuadamente la demanda por defensa penal. En efecto, en el último decenio no se ha hecho una evaluación completa de las necesidades del servicio de defensa penal –ni del público ni del privado–. Entre otras razones, esto se debe a que los sistemas de información del Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), la FGN y del mismo SNDP no dan cuenta de aspectos esenciales del servicio de defensa, como por ejemplo: quiénes asumen estas labores (el SNDP o particulares), cómo es la calidad de estos servicios, quiénes los solicitan/

⁴⁹ Sentencia C-799 de 2005.

utilizan y cuál es su situación económica, y qué tipo de necesidades de defensa tienen distintos grupos poblacionales.

Este tipo de falencias impide tomar decisiones de política pública debidamente fundamentadas en evidencia empírica generalizable. En particular, esto sucede respecto de cuestiones básicas como cuál debe ser la planta de personal de defensores públicos e investigadores de la defensa, o cómo deben distribuirse los recursos humanos y materiales para responder adecuadamente a las necesidades del servicio.

En tercer lugar, en términos generales, la asistencia legal pública ofrecida es percibida como un servicio de calidad aceptable. La importancia que el SNDP les otorga a las capacitaciones frecuentes y al sistema de “barras” ha permitido obtener resultados positivos. Gracias a eso, el trabajo de la defensoría pública goza de buena reputación entre los funcionarios judiciales, y los defensores públicos suelen tener un alto sentido de pertenencia a su institución.

Sin embargo, los defensores públicos indican que sus labores se ven afectadas por factores como remuneraciones muy bajas, condiciones laborales inestables, exceso en su carga laboral y falencias en el control sobre su trabajo. El sentimiento respecto de las remuneraciones es justificado, si se tiene en cuenta que los salarios percibidos por las otras partes del proceso penal (fiscales y jueces) son significativamente más altos que los recibidos por los defensores públicos, en especial, a medida que se avanza en los escalafones de la rama judicial. Además de ello, sus condiciones laborales son comparativamente peores (al menos, en términos de estabilidad) que las de los jueces y fiscales, pues los contratos de los defensores públicos son de prestación de servicios y los de aquellos, laborales.

A su vez, la posibilidad de que los defensores puedan atender negocios por fuera de la Defensoría en calidad de abogados privados ha generado inconvenientes para el servicio de defensa pública. Por una parte, que los abogados se sobrecarguen de trabajo para mejorar sus ingresos, y así le dediquen menos tiempo a los casos que les asigna la Defensoría; por la otra, que se cree un incentivo perverso por el cual, en ocasiones, defensores públicos podrían direccionar algunos de los casos asignados por el SNDP hacia sus despachos privados.⁵⁰

Finalmente, estos problemas se suman a que el SNDP cuenta con mecanismos débiles de control de la gestión de los defensores públicos (reducidos casi por completo a controles formales), que en ocasiones se ven limitados por la idea de la inde-

⁵⁰ Como señalamos en el apartado 2.2.1, no conocemos la magnitud de este fenómeno, pero entendemos que el solo hecho de que pueda ocurrir en algunos casos, resulta preocupante.

pendencia profesional de los defensores como resultado de que sus vinculaciones sean por contratos de prestación de servicios.

En cuarto lugar, la defensa pública tiene menos recursos investigativos que la FGN. A pesar de importantes esfuerzos por dotar a la defensoría pública de un cuerpo de investigación y de recursos humanos y materiales que le permitan realizar el principio de la igualdad de armas, aún existen grandes diferencias entre los recursos de su Unidad Operativa de Investigación Criminal (UOIC) y los de la Fiscalía. La desigualdad se presenta tanto en relación con el recurso humano, pues es mucho menor el número de investigadores, peritos y auxiliares del SNDP que el de la FGN, como en el recurso físico, pues la UOIC cuenta con menos laboratorios de pruebas técnicas. Estas diferencias afectan la calidad del servicio de investigación para la defensa e impiden que la cobertura en el territorio nacional sea suficiente.

Cuando la defensa es asumida por abogados de confianza que representan a indiciados/procesados con recursos moderados –no tan bajos como para acudir a la defensa pública, pero tampoco tan altos como para elegir firmas de alto nivel–, la diferencia de recursos y de capacidad logística frente a la FGN se vuelve mucho mayor. En los casos en que la defensa es asumida por defensores públicos, la existencia de la UOIC supone un respaldo institucional importante para el desarrollo de las actividades de investigación.

Aunque en las primeras etapas del proceso estas diferencias no parecen muy graves, posteriormente adquieren relevancia en el debate probatorio, pues es ahí cuando se prueba la igualdad de armas. Un ejemplo de la diferencia de recursos investigativos entre el SNDP y la FGN es el hecho de que, en muchos casos, la defensa termina reducida a tratar de encontrarle defectos a la actuación de la Fiscalía, en vez de desarrollar activamente estrategias defensivas basadas en evidencia. Esto se debe no solo a la desigualdad en los recursos investigativos, sino también a que en ocasiones los defensores públicos no conocen ni aprovechan suficientemente la utilidad de las pruebas técnicas a su alcance (en ocasiones, incluso, hacen incurrir a sus representados en autoincriminación por presentar material probatorio desfavorable a ellos).

Un quinto problema es la percepción de que el presupuesto para defensa pública es insuficiente. Varias de las dificultades del SNDP parecen resultar de esa insuficiencia. Tanto para los defensores como para los investigadores debe evaluarse la necesidad de aumentar las plantas de personal –para reducir la carga por funcionario–, mejorar los recursos físicos y capacitar en ciertos aspectos como por ejemplo en la utilidad y el manejo de la prueba técnica.

Los recursos asignados al SNDP deben ser distribuidos en actividades distintas a la defensa en materia penal (principalmente de representación de víctimas), y aunque los defensores del SNDP sienten que dicha ampliación de las responsabilidades no ha estado acompañada de un aumento proporcional en los recursos, a partir de cálculos simples no es posible determinar si esta apreciación es correcta.

Sexto, existe un déficit marcado de educación legal. Tanto en la defensa privada como en la pública, esta falencia afecta el derecho de defensa. Esto se evidencia en que los defendidos frecuentemente están sometidos a los conceptos de sus defensores porque no comprenden la lógica ni el argot del proceso penal y, en consecuencia, no pueden ejercer su derecho de defensa material. Por ello, en muchas ocasiones, son incapaces de evaluar adecuadamente la labor de defensa técnica desempeñada por sus defensores.

Finalmente, aún no se han hecho ajustes razonables para la defensa de poblaciones en situación de vulnerabilidad. Desde su creación, el SNDP tiene pendiente esta tarea. En particular, no ha implementado mecanismos efectivos para asegurar el acceso a la justicia de las personas que se comunican en idiomas o lenguajes distintos al español hablado, como ciertos grupos indígenas o determinadas personas en situación de discapacidad. Igualmente, no ha adaptado las condiciones de acceso al servicio de defensa de la población carcelaria, para la cual es difícil mantener el contacto con sus defensores, ni de las personas que viven en las zonas más apartadas de los principales cascos urbanos, pues en muchas ocasiones se encuentran con la dificultad de que los defensores públicos son escasos o inexistentes en los lugares donde viven.

3.3.2. Recomendaciones

1. Incluir en el marco normativo los desarrollos jurisprudenciales por los que se entiende que el derecho de defensa surge incluso desde antes de la imputación.⁵¹ Esto es necesario para aumentar la seguridad jurídica y la protección del derecho de defensa en el marco normativo legal.
2. Adecuar los sistemas de información del SNDP, de la FGN y del CSJ, para que a partir de ellos puedan identificarse las características de la demanda de defensa penal, la cantidad de usuarios que requieren de asistencia gratuita y los tipos de necesidades de dichos usuarios. Además, deben evaluarse

⁵¹ Sentencia C-799 de 2005.

frecuentemente⁵² aspectos como (i) la suficiencia de recursos humanos, materiales, logísticos o de otro tipo del SNDP; (ii) qué posibilidad existe de optimizar los servicios del SNDP a través de la inyección de recursos económicos adicionales; y (iii) el balance en términos de costos y beneficios de llevar a cabo los ajustes al SNDP que se identifiquen como necesarios, entre otros.

3. Evaluar cuál es la demanda de defensa gratuita. Esto es necesario para llevar a cabo los ajustes sobre la planta de defensores, así como sobre su forma de contratación. Luego de determinar la proporción de casos en los que se requieren los servicios del SNDP, deberá evaluarse el número de defensores necesario para atender esa demanda.

Para este análisis debe tenerse en cuenta (i) que el SNDP está en mora de ajustar los salarios de los defensores públicos para hacerlos competitivos; (ii) el cuestionamiento de si la vinculación de los defensores por contratos de prestación de servicios es positiva en términos de costo-beneficio; (iii) que los problemas de exceso de carga laboral podrían deberse no solo a la insuficiencia de defensores, sino también a problemas de gestión ineficiente en el manejo de casos.

Solo a partir de una evaluación como la mencionada es posible establecer si el SNDP requiere ajustes para la generación de eficiencias –y, en consecuencia, puede responder satisfactoriamente a la demanda de servicios de defensa pública con los recursos con que cuenta actualmente–, o si, por el contrario, requiere una inyección de recursos que le dé maniobrabilidad. Aunque no contamos con información cuantitativa suficiente para dar una recomendación concluyente en este sentido, parece que el servicio de defensa pública requiere ambas estrategias para responder adecuadamente a la demanda.

4. Igualar los recursos investigativos de la FGN y de la defensa. Para hacer efectiva la igualdad de armas es necesario insistir en que la defensa debe contar con posibilidades investigativas equivalentes a las de la FGN. Esto supone que debe aumentarse la planta de investigadores, peritos y auxiliares del SNDP, pues actualmente no representa ni el 3% de la de investigadores del CTI de la FGN. Así mismo, es necesario fortalecer el recurso físico del

⁵² El estudio requerido podría ser similar al que hicieron la Universidad de los Andes y el Instituto SER (2004), para la entrada en vigencia del sistema acusatorio.

SNDP para conseguir pruebas técnicas; esto es, que se mejoren y completen los laboratorios de prueba técnica que hacen falta y se amplíe su cobertura a más municipios del país. Debido a que este último punto podría ser muy costoso, es necesario que se agilicen las vías por las cuales se llevan a cabo comisiones de servicio de los profesionales y servicios que no están en todo el territorio sino solo en las ciudades principales.

Considerando que la FGN tiene la carga de la prueba en el proceso penal, es recomendable que la UOIC haga esfuerzos por pensar la investigación penal de modo más estratégico y eficiente.⁵³ Es necesario incluir en los programas de capacitación de defensores públicos módulos sobre la utilidad de las pruebas técnicas, pues de nada serviría fortalecer la capacidad investigativa de la UOIC, si los defensores no saben cómo sacarle provecho al material recolectado por esta unidad.

Finalmente, es pertinente que la Defensoría del Pueblo reglamente la posibilidad de que usuarios privados utilicen los servicios de investigación del SNDP, pues existe una porción de indiciados/procesados que contrata los servicios de abogados privados de bajo costo, con pocas posibilidades de recolectar material probatorio para el ejercicio de la defensa.

5. Evaluar si es necesario ampliar el presupuesto de la Defensa Pública. Como no es claro que el SNDP necesite un aumento en sus presupuestos de funcionamiento e inversión, deben hacerse evaluaciones más profundas para determinar hasta qué punto es insuficiente el presupuesto. Mientras ello ocurre, podría pensarse en implementar otros mecanismos que, con mayor facilidad y prontitud, sean idóneos para reducir las carencias presupuestales. En primer lugar, deben revisarse los modelos de gestión de casos de los defensores e investigadores, pues aunque los actuales no han sido evaluados sistemáticamente, existen indicios de que podrían presentar problemas de eficiencia.⁵⁴

⁵³ Aunque es cierto que urge fortalecer la prueba técnica para aumentar las posibilidades de defensa en el SNDP, también debe considerarse que en ocasiones (en particular, cuando se tiene conocimiento de que el acervo probatorio que aportará la FGN al proceso es muy débil) pueden ser más efectivas y menos costosas las estrategias pasivas de defensa.

⁵⁴ Como explicamos antes, estos problemas se derivan de factores como que (i) actualmente la investigación y la defensa en general, no se piensan de forma estratégica, y por eso pierden eficiencia; (ii) el SNDP no ha logrado identificar quiénes son las personas que realmente necesitan de sus servicios de forma gratuita.

En segundo lugar, el SNDP podría asegurarse la captación de recursos adicionales a los que obtiene por asignación presupuestal a través de la regulación de algunas de sus actividades. En particular, la Defensoría del Pueblo debería hacer uso de las facultades legales⁵⁵ de crear mecanismos para cobrarles por sus servicios a (i) los usuarios que a pesar de ser merecedores del servicio de defensa provisto por el Estado cuentan con capacidad de pago y (ii) quienes cuentan con defensa privada, pero requieren servicios de investigación de la UOIC. Para esto, urge diseñar e implementar un mecanismo que facilite la identificación de los usuarios con imposibilidad económica real, calcule los costos de la asesoría, representación legal o servicios de investigación, y haga habitual el recaudo de los pagos por los servicios de defensa pública o investigación para la defensa por parte de la UOIC.

6. Crear una cultura de la educación legal. Aunque no es una tarea fácil, pues pasa por procesos más amplios de mejora de los niveles de escolaridad de la población general, debe insistirse en que quienes participan en el proceso penal (en especial, jueces y defensores) usen un lenguaje sencillo y claro, y se aseguren de que los indiciados/procesados entiendan tanto la lógica y dinámica del proceso como las distintas posibilidades de actuación dentro del mismo.
7. Hacer ajustes razonables para garantizar el derecho de defensa de poblaciones vulnerables. El SNDP debe formular e implementar programas específicos, con presupuestos suficientes, para garantizar que las personas que no hablan español tengan acceso gratuito y oportuno a traductores e intérpretes. Además, debe adaptar los espacios de encuentro de los procesados privados de la libertad con sus defensores.

En el caso del servicio de defensa para quienes viven en municipios apartados, es necesario que el SNDP cree incentivos para que más defensores públicos se desplacen a esas zonas. En vez de establecer requisitos menos exigentes para el ejercicio de la defensa pública en las llamadas “zonas de tratamiento especial”, el SNDP debería considerar la idea de ofrecer mejores remuneraciones –u otros incentivos– a quienes ejerzan labores de asistencia legal en dichos lugares.

⁵⁵ Facultad de reglamentar el uso de los servicios de investigación de la UOIC por parte de indiciados/procesados o defensores privados (Ley 941 de 2005, art. 36, par.). Facultad de regular el cobro de los servicios de asesoría, defensa e investigación para los usuarios del SNDP que cuentan con capacidad económica para pagar por la defensa. Resolución 1001 de 2005, art. 8.

3.4. Guatemala

3.4.1. Cuestiones importantes

En Guatemala existe una protección normativa suficiente del derecho de defensa. En primer lugar, en la Constitución que indica que es inviolable y que nadie “podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en procesal legal ante juez o tribunal competente y pre establecido” (art. 12). Además, el Estado es signatario de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

En segundo lugar, la legislación procesal penal desarrolla este derecho de dos formas. Para empezar, al regular lo relativo a la obligatoriedad de la defensa técnica durante todo el proceso penal –desde la primera declaración ante juez competente hasta la etapa de ejecución de la sentencia–, pudiendo la persona elegir libremente al defensor que desee y, en caso de que el imputado/acusado no tenga medios económicos para costearse uno, se erige una obligación estatal de proveérselo. Pero, además, al indicar que el ente acusador y el juez deben velar por que las actuaciones forenses sean del completo conocimiento de la persona imputada o acusada, bajo la estricta supervisión del abogado defensor elegido o asignado.

No obstante los avances en la protección normativa de los derechos, en Guatemala persisten los retos para garantizar la efectividad de estos derechos.

En primer lugar, existen problemas relacionados con el cumplimiento de las normas vigentes, que llevan a que persista una brecha entre la consagración del derecho en la normatividad y su protección en la práctica. Se encuentra, por ejemplo, que el derecho a guardar silencio tiene constantes riesgos de ser vulnerado por agentes de policía, quienes durante las capturas en flagrancia –que son la mayoría– inducen a las personas a “informar” sobre su participación en determinados hechos, intimidándolas principalmente en el recorrido de la prisión al juzgado. A su vez, los jueces no verifican el cumplimiento de este derecho ni inician acciones cuando se confirma su vulneración. El derecho a no declarar contra sí mismo, en cambio, es respetado pues no tiene efecto probatorio.

Otro caso es el de la motivación de las decisiones judiciales. Las leyes del país mandan que toda resolución judicial esté debidamente razonada, derecho generalmente respetado, pero es preocupante que la minoría de las capturas provengan de orden judicial, pues ello impide que la persona –desde que es aprehendida– conozca las razones por las cuales probablemente se le someterá a proceso penal. En el caso de la apelación ocurre algo similar. De un lado, el derecho de apelación es universal, pero,

en la práctica, las personas que son defendidas por abogados privados, si no pueden pagar los honorarios correspondientes a la impugnación que corresponda, no serán asistidas por sus defensores en el ejercicio de este derecho. Esto es particularmente grave en el caso de las personas que reciben sentencias condenatorias. Sin embargo, de manera general la calidad de la defensa puede estar relacionada con la capacidad económica de las personas.

En segundo lugar, existen problemas relacionados con la formación de los abogados y la cultura jurídica que prima entre estos. Para empezar, no hay una especialización profesional en materia de defensa penal; cualquier abogado puede constituirse en defensor privado, si en el ejercicio de su carrera lo decide. Lo anterior es positivo porque supone que potencialmente todos los abogados colegiados y activos pueden defender a la ciudadanía que entra en conflicto con la ley penal; sin embargo, significa que no existe una garantía de experiencia, tan necesaria en la construcción de una estrategia eficaz de defensa penal. El sentido de la educación superior en ciencias jurídicas se centra en el conocimiento de leyes y, por ende, no se privilegian los aspectos técnicos y prácticos necesarios para el litigio. Al igual que los defensores públicos, los privados se encuentran en similar situación sobre la posibilidad de generar una investigación alternativa a la de la Fiscalía, principalmente cuando son contratados con bajas tarifas. Ello se debe a que los defensores aducen que esto requiere grandes sumas de dinero y que pocas personas pueden costearlo.

Lo anterior se agrava, si se considera que existe en Guatemala una cultura que muchas veces es contraria a la protección de los derechos. El derecho a permanecer en libertad mientras el juicio se encuentra pendiente, por ejemplo, no está siendo debidamente garantizado, pues 50,6% de detenidos están en esta situación jurídica. Este derecho es afectado por una cultura fiscal y judicial proclive a la prisión y es avalado desde el Poder Legislativo que impulsa reformas al Código Procesal Penal y otras leyes, ordenando que en determinados delitos sea obligatoria la prisión preventiva.

Asimismo, existe una cultura criminalizadora que violenta el derecho a ser presumido inocente, verificada en la prisión preventiva y en el abordaje de los medios de comunicación respecto de la situación de las detenidas y los detenidos. Muchas personas, incluso, son expuestas públicamente por la Policía Nacional Civil sin que la judicatura verifique si este derecho ha sido respetado.

A esto se suma que existe una cultura de defensa penal pasiva, tanto desde el servicio público como en la defensa privada, es decir, las defensoras y los defensores se limitan a cuestionar las aseveraciones que provienen del Ministerio Público, sin incorporar una versión propia de los hechos en litigio.

En tercer lugar, existen limitaciones institucionales que terminan incidiendo en la efectividad de la defensa. En efecto, para prestar el servicio gratuito de defensa técnica, el Estado de Guatemala creó el Instituto de la Defensa Pública Penal, el cual tiene la misión de auxiliar a quienes no quieran o no puedan nombrar a un abogado de su confianza. El servicio que presta dicha institución es valorado y se reconoce que los defensores tienen buena preparación teórica y práctica, porque cuentan con servicio de traductores para personas indígenas y utilizan recursos como el peritaje de género o el peritaje cultural para probar la inocencia de sus defendidos –mujeres y personas indígenas– en los casos correspondientes. Sin embargo, aún existen importantes obstáculos para superar, principalmente en relación con la cantidad de profesionales con que cuenta este servicio público, pues entre abogados de planta y de oficio suman 329 en total; esta cantidad representa 1,49 defensores públicos por cada cien mil habitantes, cifra muy inferior al 10 que representa la cantidad de fiscales por cada cien mil habitantes. Otra carencia esencial es la capacidad de atención personalizada al imputado o acusado y la posibilidad de generar una propia investigación, la cual tiene dos aristas: al haber pocos defensores, la carga de trabajo de cada uno es de 40 a 65 casos por persona y apenas tienen en su auxilio tres asesores en investigación; asimismo, muchos defensores toman la defensa penal de las personas sin conocer a fondo cada caso particular y ello está ligado al sistema de turnos, evidenciándose principalmente en las audiencias de primeras declaraciones.

Algo similar ocurre con el acceso a la información puesto que las personas detenidas no cuentan plenamente con información sobre sus derechos desde el momento mismo de su captura (considerando que la captura por flagrancia es la principal vía de ingreso de las personas al sistema penal) porque la Policía Nacional Civil no cuenta con una cartilla de derechos para leerles a las personas o protocolos establecidos para actuar; además, en el marco de un país pluricultural y plurilingüe, las audiencias se desarrollan todas en español y para una persona cuyo idioma materno no es este, el servicio de traductores es importante, pero no llena absolutamente las necesidades.

3.4.2. Recomendaciones

1. Promover un mayor compromiso entre las autoridades de todas las instituciones que se relacionan con la defensa penal efectiva para que vele por que el personal a su cargo cumpla con los parámetros internacionales y nacionales de defensa judicial efectiva.
2. Realizar, por parte de todas las organizaciones académicas y de derechos

humanos, de forma permanente, concienzuda y técnica, un monitoreo del sistema de justicia penal con enfoque de derecho de defensa de las personas durante todas las etapas del proceso penal.

3. Fortalecer la institución de la defensa penal, principalmente representada por el Instituto de la Defensa Pública Penal, posicionándola estratégicamente y dotándola de más recursos y mejores herramientas para ejercer su labor. Esto se traduce en que la política criminal que establezca no faculte mayores límites al derecho de defensa, atando a los jueces y a los propios defensores en sus tareas de defender los derechos de las personas.
4. Promover la especialización técnica en defensa penal de las abogadas y los abogados que realizan esta labor, comprendiendo que este es un ejercicio en el que están en juego derechos fundamentales de las personas.
5. Fomentar en las universidades y otros centros académicos la oferta de cursos teórico-prácticos tendentes al desarrollo de herramientas útiles para que las y los profesionales estén en capacidad de hacer cumplir los mandatos constitucionales y legales que se han referido en el presente informe.
6. Promover un cambio en la cultura profesional de los abogados, para transitar de una actitud pasiva en la defensa hacia la construcción de auténticas estrategias de defensa penal en el ámbito forense.

3.5. México

3.5.1. Cuestiones importantes

Los derechos relacionados con una defensa adecuada han estado en constante evolución desde hace algunos años en México. La reforma de 2005 en materia de justicia para adolescentes, la de 2008 del sistema de justicia penal –política pública de gran envergadura que cambió el sistema mixto inquisitivo de justicia penal por uno acusatorio adversarial–, hasta los cambios constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos y sus correspondientes criterios jurisprudenciales han marcado un hito para el desarrollo de los derechos humanos relacionados con el proceso penal.

Entre los resultados prácticos positivos de la reforma del sistema de justicia penal destacan: la presencia de los jueces en las audiencias; la verdadera publicidad de las audiencias; la introducción de alternativas a la prisión preventiva, más allá de la tradicional libertad provisional bajo caución; y la disminución de los tiempos para procesar a una persona. Todo esto confirma la necesidad y el consenso que existen para contar

con un sistema acusatorio pues, como se documenta en este reporte, está demostrado que con él se han revertido prácticas que afectan la defensa de una persona.

Sin embargo, a pesar de que el marco normativo vigente prevé altos estándares de debido proceso, algunas prácticas distan mucho de apegarse al derecho a una adecuada defensa. Estas inician desde el momento de la detención y perduran durante todo el proceso hasta la ejecución de la pena, afectando los diferentes derechos que garantizan la defensa efectiva.

Para empezar, la detención material, en particular, constituye un grave problema pues el periodo que pasa entre ese momento y la trasferencia de la custodia de la persona detenida al Ministerio Público constituye un espacio de vulnerabilidad y alto riesgo para la integridad personal.

En cuanto al derecho a la información, otras malas prácticas identificadas se refieren al hecho de que las personas imputadas no reciben inmediatamente reportes de calidad sobre su detención y los derechos que emanan de esa situación. Dentro de ambos sistemas penales vigentes, no se verifica en qué momento la persona recibió información ni si se transmitió efectivamente para que pudiera ejercer sus derechos. También se reporta que, a menudo, los ministerios públicos obstaculizan el acceso de los abogados defensores –en particular a los privados– a la persona y a la averiguación previa o carpeta de investigación.

Durante la detención material y ministerial, esta falta de información, conocimiento y acceso no solo impacta negativamente la preparación de la defensa técnica sino que además viola el derecho constitucional a contar con la presencia de un defensor durante todo proceso penal. Aún más, aumenta la posibilidad de que la persona detenida sufra intimidación, humillación, autoincriminación y, en el peor de los casos, tortura. En este sentido, destaca el mayor valor probatorio de la declaración ministerial dentro del sistema tradicional y la dificultad de controvertir confesiones coaccionadas. La tortura y los tratos crueles e inhumanos siguen siendo una práctica cotidiana en el sistema de justicia, sin consecuencias para el proceso ni para los perpetradores, tal como lo documentan diversos reportes de organismos de derechos humanos nacionales e internacionales.

En lo relativo al derecho a contar con un traductor o intérprete, ambos sistemas están rezagados en su protección. Es claro que no existen mecanismos efectivos para garantizar que las personas indígenas cuenten con una defensa de calidad acorde con su cultura.

En relación con el derecho a guardar silencio también existe una asincronía entre la protección normativa y la ejecución práctica. Mientras el sistema acusatorio garan-

tiza el derecho a guardar silencio y el derecho a la no autoincriminación, el resultado de la encuesta aplicada a personas privadas de libertad en Baja California arroja que el primer contacto con el defensor suele ocurrir unos minutos antes de la primera audiencia. Así, no solo el derecho a contar con un abogado desde la etapa inicial del proceso es prácticamente nulo sino que la falta de abogado desde la detención pone en riesgo el debido proceso, la integridad personal, y el derecho a la libertad y seguridad personales.

En relación con la presunción de inocencia, la Constitución la garantiza expresamente. No obstante, dos factores afectan este derecho en particular: la prisión preventiva oficiosa y el arraigo constitucional por delitos asociados a delincuencia organizada. En el primer caso, esa restricción constitucional al derecho a estar en libertad durante el proceso viola los fines legítimos –exclusivamente procesales– de las medidas cautelares, reconocidos internacionalmente. Lamentablemente, se observa que más del 40% de la población carcelaria del país se encuentra en prisión preventiva.

En el segundo caso, el arraigo constitucional constituye prácticamente una detención arbitraria pues desde su concepción se impone a personas contra las que ni siquiera hay una investigación en curso. Es un hecho que de no estar establecida en la Constitución, tendría que ser una medida expulsada del sistema jurídico mexicano por contrariar los derechos más básicos de las personas pues en el momento de sujetar a una persona a arraigo, el derecho a un juicio justo pierde eficacia.

Igualmente, aún falta instaurar un cambio cultural en toda la sociedad, incluyendo al Gobierno y los medios de comunicación, que todavía tienden a suponer la culpa de una persona detenida y/o imputada.

La protección de los derechos en la etapa de ejecución penal ha representado también un reto importante para los defensores pues no parece haber uniformidad ni claridad sobre el alcance de su intervención. Por otro lado, el sistema penitenciario mantiene prácticas inquisitivas como los estudios de personalidad vía los consejos interdisciplinarios, que al ser validados por los jueces impiden una defensa adecuada en esta fase.

En cuanto a la igualdad de armas, es claro que el poder del Ministerio Público en el sistema inquisitivo es casi absoluto; prácticamente, no existe un control judicial efectivo sobre la averiguación previa, quizá debido a su valor probatorio pleno. Ante este poder, la defensa adecuada es prácticamente anulada desde las fases iniciales del proceso.

El sistema acusatorio, en principio, ha logrado la instauración del equilibrio procesal, al quitarle al fiscal la fe pública y el carácter de autoridad en el proceso. Sin embargo, se identifican pendientes por resolver. En relación con la defensa pública,

estos se traducen en la asignación inequitativa de recursos para fiscalías y defensorías, la insuficiencia de recursos para desarrollar investigaciones independientes, la falta de autonomía orgánica de las defensorías y la nula institucionalización de la capacitación continua. Por ende, la defensa pública mantiene una posición institucional débil frente a la persecución penal, que impacta la calidad del servicio proporcionado a las personas detenidas e imputadas.

Sería importante indagar las causas de las muy altas tasas de condena en los dos estados analizados (Baja California, 99,8%, y Distrito Federal, 90%) y su relación con la defensa efectiva de las personas sentenciadas.

Respecto a la defensa privada, igualmente, es posible identificar pendientes como el importante déficit de capacitación de abogados en el sistema acusatorio, circunstancia que afecta los derechos de defensa de las personas a quienes les prestan el servicio.

Hay que decir también que la tardanza en el trámite del juicio de amparo se opone a la sustanciación expedita de las causas, como ocurre ahora en los sistemas reformados. Este es un pendiente importante pues muchas resoluciones que imponen restricciones a la libertad –como las medidas cautelares– no encuentran un recurso efectivo en la justicia constitucional.

Finalmente, cabe destacar la nula información sobre qué abogados están efectivamente capacitados y autorizados para proveer una adecuada defensa penal; la carencia de estándares obligatorios de la profesión, y la inexistencia de órganos de control y rendición de cuentas efectivos que la regulen. Como resultado, no existen consecuencias para las malas defensas que afectan los derechos de las personas sujetas a proceso penal, muchas veces de manera irreversible.

3.5.2. Recomendaciones

1. Asegurar que la implementación del sistema penal acusatorio adopte los más altos estándares de defensa penal en la aplicación de la legislación penal única, así como incluir expresamente la defensa penal dentro de las políticas públicas relacionadas con el sistema de justicia penal como en los planes nacionales y estatales de desarrollo, y de derechos humanos. En este sentido, asegurar la independencia de la defensa pública como garantía de legitimidad del sistema de justicia penal.
2. Implantar mecanismos eficientes –como el acceso irrestricto y efectivo a un abogado– al momento de la detención que empoderen a las personas para exigir sus derechos durante el proceso hasta la etapa de ejecución penal, a

través de la comunicación efectiva de estos en un lenguaje democrático y accesible.

3. Capacitar a los abogados defensores públicos y privados en el control del parámetro de regularidad constitucional para ampliar el espectro de la adecuada defensa en el litigio penal.
4. Eliminar el arraigo constitucional del sistema jurídico, así como el catálogo de delitos inexcarcelables de la Constitución y del Código Nacional de Procedimientos Penales, y promover el uso racional de la prisión preventiva con base en los estándares internacionales.
5. Garantizar la igualdad de armas entre la defensa pública y el Ministerio Público, lo cual implica dotar de autonomía funcional a las defensorías públicas; igualar los salarios netos de los defensores con los del Ministerio Público; y aumentar sus presupuestos para contar con más defensores públicos, auxiliares y un grupo de peritos independientes de los de las procuradurías.
6. Establecer indicadores de calidad obligatorios de la defensa pública para garantizar el acceso a un abogado defensor desde el momento de la detención y durante todo el proceso penal. Además, crear mecanismos eficientes para la rendición de cuentas por parte de quienes ejercen la profesión jurídica, ya sea a través de la colegiación, de la certificación para ejercer la defensa en todas las materias, o de cualquier otra herramienta que permita imponer estándares profesionales y éticos a los abogados, y sancionar su incumplimiento. Asimismo, permitir el acceso público a información de calidad sobre quienes ejercen la defensa penal.

3.6. Perú

3.6.1. Cuestiones importantes

Este capítulo analiza el estado situacional de la defensa penal eficaz en el Perú y profundiza en el cumplimiento del debido proceso y la presunción de inocencia en el sistema de justicia peruano, bajo un enfoque del respeto a los derechos humanos y de un Estado democrático y de derecho. Presenta diversa información cualitativa y cuantitativa sobre la defensa penal en el país y estudia el cumplimiento efectivo de un conjunto de derechos que corresponden a una adecuada defensa penal, en los ámbitos normativo, jurisprudencial y, principalmente, en las prácticas de los operadores.

El análisis de las leyes, la jurisprudencia y las prácticas permite concluir que el sistema jurídico peruano muestra importantes mejoras y logros en los últimos años en materia de defensa penal, cumpliendo con determinados estándares que dan cuenta de su eficacia. Así, en el ámbito normativo, se observa una evolución positiva especialmente debido a la implementación del Código Procesal Penal a partir del año 2006, herramienta que está aportando a fortalecer el respeto al debido proceso y a la igualdad de armas entre los fiscales y los defensores en el proceso penal.

En cuanto al ámbito jurisprudencial, este estudio muestra que existen resoluciones judiciales, tanto del Tribunal Constitucional como de los juzgados penales, que reafirman la amplia gama de derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú, tales como el derecho del imputado a ser informado sobre las causas de la detención, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y otros derechos concernientes a la defensa penal. El reconocimiento de estos derechos en las decisiones jurisprudenciales está contribuyendo a cumplir con los principios e instituciones jurídicas contemplados en el Código Procesal Penal.

Con relación a las prácticas cotidianas de los operadores del sistema judicial penal, este estudio constató que con la aplicación del Código Procesal Penal hay un mejor desempeño de los jueces, fiscales, policías y defensores, lo que contribuye a brindar no solo un servicio de justicia más eficiente, ágil y transparente, sino también a salvaguardar la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales de los imputados en el proceso penal. La oralidad, la publicidad y la contradicción son los ejes centrales del nuevo proceso penal y constituyen importantes principios que deben ser respetados por todos los operadores.

No obstante, el sistema de justicia del Perú tiene varios e importantes retos para mejorar y fortalecer la defensa penal eficaz, los cuales se ubican especialmente en el nivel de las prácticas de los operadores. Estos desafíos son relevantes en dos ámbitos: por un lado, en la protección de los derechos del imputado por parte del sistema de justicia penal en su conjunto y, por otro, en el de garantizar y consolidar una defensa penal de calidad.

Los desafíos para la protección de los derechos del imputado por parte del sistema de justicia penal se hacen más notorios en las primeras diligencias del proceso penal. Existen casos donde se limita el ejercicio del detenido a abstenerse a declarar ante los fiscales o policías, o a contar con un defensor durante el interrogatorio. Estas limitaciones no son la regla general; sin embargo, hay situaciones donde la Policía y la Fiscalía no cumplen con informar al detenido sobre sus derechos legalmente amparados, lo que supone interrogatorios preliminares sin la presencia de su defensor,

situación que claramente genera un estado práctico de indefensión de los imputados. Asimismo, estas limitaciones también están asociadas a la restricción del derecho del imputado a contar con un defensor de manera oportuna, esto es dentro de las primeras 24 horas de producida la detención. Estas prácticas representan un área importante de mejora para garantizar una defensa penal eficaz en el sistema de justicia peruano.

Otro desafío para la práctica de una defensa penal eficaz se presenta en el ejercicio del derecho del imputado a ser procesado en libertad. Sobre este punto, se observa que si bien el Código Procesal Penal ha mejorado los estándares para dictar la prisión preventiva mediante la realización de las audiencias orales, públicas y contradictorias, y el establecimiento de requisitos más rigurosos para requerirla y decidirla, lo cierto es que la prisión preventiva sigue siendo la principal medida de coerción procesal aplicada en el sistema de justicia penal peruano. Si bien la nueva norma procesal penal regula medidas alternativas a la prisión preventiva, el sistema de justicia penal carece de mecanismos para el monitoreo y la supervisión integral de las reglas de conducta que los jueces fijan a los procesados en libertad, situación que incide en la poca confianza de los propios operadores y de la comunidad en la aplicación de las medidas alternativas al encarcelamiento preventivo, el cual es percibido como el único mecanismo para controlar el comportamiento del imputado en el proceso penal.

Otro derecho concerniente a la defensa penal eficaz donde también se presentan limitaciones es el derecho a la traducción e interpretación. Hay dos tipos de imputados que usualmente requieren ejercer este derecho en el Perú: los indígenas y los extranjeros. En cuanto a los imputados indígenas, existen dos desafíos claves; el primero se vincula con la entrega de la carta de derechos en el idioma originario (por ejemplo, el quechua, aymara u otras lenguas nativas), y el segundo está referido a la asistencia de intérpretes calificados con parámetros de calidad. Al respecto, se ha identificado que en algunas audiencias es necesario que el imputado cuente con un intérprete, pero debido a las grandes distancias geográficas de las provincias, solo es factible asignar uno no acreditado, ya que los intérpretes oficiales no pueden trasladarse oportunamente.

En cuanto al derecho del imputado extranjero a la traducción e interpretación, el sistema de justicia penal peruano cuenta con traductores calificados para las etapas intermedia y el juicio oral, mas no para la etapa de las diligencias preliminares en la investigación preparatoria. En algunos distritos judiciales como Cusco, la Policía y la Fiscalía Especializadas en Turismo cuentan con personal capacitado en diversos idiomas extranjeros, situación que no se refleja en los defensores públicos ni privados. Este escenario constituye una debilidad de cara a la igualdad de armas que establece el

nuevo modelo procesal penal y muestra un espacio de oportunidad para fortalecer el ejercicio de la defensa penal eficaz en el Perú.

Por otra parte, existe un segundo conjunto de desafíos para optimizar la defensa penal eficaz en el Perú, relacionado con la necesidad de consolidar una defensa penal de calidad. En este ámbito, se observa que los defensores, tanto públicos como privados, tienen serias limitaciones para contar con expertos o peritos que apoyen su labor. Si bien la Defensa Pública, a raíz de la implementación del Código Procesal Penal, ha mejorado su estructura organizativa e incrementado su presupuesto y el número de los defensores públicos, aún no cuenta con expertos o peritos que respalden el trabajo de aquellos en la preparación de los casos que deben sustentar en el juicio oral. Ante dicha carencia, es la familia del imputado quien usualmente cubre los gastos de un especialista o perito privado, situación que se sujet a sus posibilidades económicas.

Finalmente, la defensa penal privada presenta desafíos cruciales en materia de la defensa penal eficaz. Si bien en el Perú existe responsabilidad de los colegios de abogados, hay muy poca información disponible sobre la organización, los recursos, los presupuestos, los costos y, principalmente, sobre la calidad del desempeño de los defensores privados. Así, en comparación con la Defensa Pública, que tiene destacados avances en el diseño y la aplicación de mecanismos para controlar y monitorear el desempeño de los defensores públicos, además de protocolos para la atención de los usuarios, los defensores privados carecen de dichos mecanismos orientados a verificar la calidad y los resultados de su trabajo. Al respecto, los jueces y fiscales entrevistados en el marco de este estudio coincidieron en sostener que hay defensores privados que no están adecuadamente capacitados para ejercer la defensa de sus clientes, lo cual repercute en la disminución de opciones de acceder a una justicia de calidad por parte de los imputados.

3.6.2. Recomendaciones

1. Difundir y promover la aplicación efectiva de los derechos y las garantías que tienen los imputados en el proceso penal bajo un Estado de derecho democrático, mediante la capacitación de los jueces, fiscales, policías y los defensores tanto públicos como privados, con énfasis en los estándares de la calidad de una defensa penal eficaz y su ejercicio práctico en el marco del proceso penal.
2. Elaborar un protocolo interinstitucional que involucre al fiscal, al policía y al defensor público para garantizar que este último tenga conocimiento

inmediato de las detenciones, a efectos de que el detenido disponga de acceso oportuno a un defensor dentro de las primeras 24 horas de producida la detención.

3. Diseñar un manual de procedimientos dirigido a los defensores, jueces, fiscales y policías, que desarrolle en detalle los pasos que estos operadores deben respetar para garantizar una defensa penal eficaz, con respeto a los principios del debido proceso, los derechos humanos y los estándares internacionales en esta materia.
4. Elaborar una guía que sistematice las experiencias, estrategias y buenas prácticas de los defensores, con la finalidad de promover un adecuado desempeño y estándares de calidad y eficacia de la defensa penal, que incluya la inmediata comunicación entre los fiscales y defensores públicos en los casos de detención y el control de los plazos en el proceso penal.
5. Generar cartas de derechos del detenido en las lenguas nativas quechua, aymara y booraa, así como en inglés, como un mecanismo orientado a garantizar los derechos de los imputados que no entienden el idioma español o cuyo conocimiento sobre él sea limitado. Estas cartas de derechos deben además estar redactadas en un lenguaje simple y accesible para los ciudadanos.

4. Bibliografía

- Blackstock, Jodie y otros. *Inside Police Custody: An Empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions*. Antwerp: Intersentia, 2014a.
- Blackstock, Jodie y otros. *Inside Police Custody: Training Framework on the Provision of Suspects' Rights*. Antwerp: Intersentia, 2014b.
- Cape, Edward y otros. *Effective Criminal Defence in Europe*. Antwerp: Intersentia, 2010.
- Cape, Edward y Namoradze, Zaza. *Effective Criminal Defence in Eastern Europe*. Moldava: Soros Foundation, 2012.
- Ede, Roger y otros. *Active Defence*. London: Law Society, 2000.
- Hucklesby, Anthea. "Remand Decision Makers". *Criminal Law Review* (1997): 269.
- Jackson, Jonathan y otros. "Why do people comply with the law? Legitimacy and the Influence of Legal Institutions". *British Journal of Criminology*, vol. 52, No. 6 (2012): 1051-1071.

Myhill, Andy y Quinton, Paul. *It's a fair cop? Police legitimacy, public co-operation, and crime reduction: An interpretative evidence commentary.* London: National Policing Improvement Agency, 2011.

OSJI. *Presumption of Guilt: The Global Overuse of Pretrial Detention.* New York: Open Society Foundations, 2014.

Tyler, Tom. *Why People Obey the Law.* Princeton: Princeton University Press, 2006.

ANEXOS

ANEXO I.

DESARROLLO PARTICULARIZADO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DEFENSA PENAL EFECTIVA

Como hemos visto en los capítulos pertinentes, el sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado un conjunto de principios y estándares relativos a la defensa penal efectiva que constituyen un guía clara y precisa de los requerimientos para que dicho tipo de defensa exista realmente. No obstante, las investigaciones realizadas en los distintos países y expuestas en los capítulos respectivos también nos señalan los modos concretos en que la realidad de cada país se aleja de esos estándares y principios, los distorsiona o los elude.

El objeto final de esta investigación consiste en elevar el nivel de cumplimiento del derecho de defensa en los casos concretos y ello se logra, entre otras medidas, con una mayor conciencia sobre las implicancias específicas de cada uno de los derechos vinculados a la defensa efectiva. En consecuencia, como base para el inicio de un trabajo más exhaustivo en cada país y en toda la región, nos parece conveniente definir formas particulares de llevar a la práctica cada uno de los principios y estándares básicos. Nos hemos basado en los hallazgos de las investigaciones y en sus propuestas y conclusiones. De ninguna manera los desarrollos particularizados expuestos agotan todos los posibles. En discusiones posteriores habrá que analizar y decidir cuál es el nivel de detalle adecuado para que el documento constituya una guía clara y con capacidad de impactar en las prácticas locales. Creemos que este primer paso es un aporte concreto que surge de esta investigación para favorecer la discusión local y regional sobre este tema.

A continuación se presentan unas *bases para el desarrollo de una directiva latinoamericana sobre defensa penal efectiva*, que contienen el desarrollo particularizado de los estándares internacionales al respecto.

1. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas del arresto o detención y los derechos que emanen de esa situación. CADH, art. 7, 4.

- a) Los organismos de policía o quien realice la detención deben informar al detenido utilizando palabras ordinarias y accesibles a cualquiera, que faciliten la comprensión de la situación y los derechos, evitando el uso de formalismos, la mera transcripción de fórmulas legales o la simple firma de actas que no provocan un efecto comunicativo real.
- b) Se debe entregar a la persona privada de libertad un documento claro y simple en el que consten de un modo preciso los derechos que puede ejercer, en particular los vinculados a su situación de detención o arresto.
- c) Este derecho nace a partir del primer momento en que una persona es privada de la libertad ya sea por detención, arresto, aprehensión o captura.
- d) En especial se debe recalcar el derecho a convocar de inmediato a un defensor y se deben facilitar los medios para que pueda hacerlo.
- e) Si la persona imputada no puede o no tiene como comunicarse con un defensor, los mismos organismos que han realizado la privación de la libertad deben dar noticia inmediata a la Defensa Pública.
- f) Si se trata de una persona perteneciente a un pueblo indígena o que no hable o comprenda el idioma oficial, esta información debe ser provista cuanto antes en el lenguaje propio de ese pueblo o persona.

2. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y causas de la imputación (formulación de cargos) o acusación. CADH, art. 8, 2, B.

- a) La imputación o formulación de cargos se debe realizar en una audiencia pública, ante un juez y con la presencia obligada del defensor, realizada a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención, en un lenguaje comprensible.
- b) La acusación debe contener el enunciado de la totalidad de la prueba que va a utilizar el acusador en el juicio.
- c) Los acusadores, en el momento procesal oportuno, deben poner a disposición de la defensa el legajo de investigación completo, para que pueda tener acceso a la prueba que no ha sido utilizada por la acusación, pero que pueda ser de utilidad para la defensa.

3. Derecho a obtener información sobre los derechos relativos a su defensa que le están garantizados. CADH, art. 8, 2, C.

- a) Deben existir en las estaciones de Policía y en los edificios judiciales o del Ministerio Público carteles visibles con la mención de los derechos de defensa que se pueden ejercer, escritos en los principales idiomas de uso en el lugar.
- b) A cada imputado se le debe proveer de una cartilla o una nota donde consten esos derechos y los números de teléfono para comunicarse con la defensa pública.

4. Derecho a obtener acceso a la evidencia material del caso y a la carpeta de la investigación (legajo, expediente, archivo, sumario, archivo, etc.). CADH, art. 8, 2, F; CADH, art. 7, 4.

- a) Ni las actuaciones policiales ni el legajo de investigación del Ministerio Público Fiscal pueden ser secretos en su totalidad para la persona imputada y su defensor. El tiempo del secreto de algún acto de investigación en particular debe estar limitado.
- b) Si existen dificultades materiales para proveer copias o para facilitar el estudio de las actuaciones, es obligación de los organismos policiales o del Ministerio Público solucionar esas dificultades y entregarlos o facilitarlos libres de toda tasa, cargo o pago.
- c) En los centros de detención o reclusión deben existir espacios reservados que permitan al defensor mostrar y examinar las actuaciones junto con el detenido.

5. Derecho de la persona imputada a defenderse y representarse personalmente. CADH, art. 8, 2, D.

- a) Los defensores deben procurar que el imputado sea partícipe de su defensa y pueda comprender y asentir los términos y estrategias que lleva adelante su defensor técnico.
- b) Todas las peticiones realizadas por los imputados, en particular si están detenidos, deben ser admitidas y respondidas, sin importar el cumplimiento de requisitos formales o plazos.
- c) La persona acusada tiene derecho a estar presente y manifestarse en toda

audiencia que lo involucre, incluso en las audiencias de recursos cuando las cuestiones que se traten abarquen el terreno de los hechos.

6. *Derecho a contar con asistencia y representación legal (técnica) de su confianza y libre elección.* CADH, art. 8.2.D.

- a) La persona detenida en una oficina o estación policial debe contar con la presencia de un abogado defensor de inmediato y no se puede realizar ningún interrogatorio policial, formal o informal, sin la presencia y consulta previa de ese defensor.
- b) La relación de confianza debe ser resguardada en todo lo posible dentro de los sistemas de defensa pública. Deben existir mecanismos ágiles para que el imputado pueda pedir que se evalúe el nivel de su defensa.
- c) Ningún defensor público puede subordinar los intereses de su defendido a otros intereses sociales o institucionales o a la preservación de la “justicia”.

**7. *Derecho a contar con asistencia legal durante el interrogatorio.*
CADH, art. 8. 2. D.**

- a) Ninguna declaración de la persona imputada podrá ser válida si no se aseguró una consulta previa con el defensor al menos una hora antes de prestar la declaración.
- b) Es obligatoria la presencia física del defensor durante toda la declaración del imputado.
- c) El imputado podrá consultar con su defensor en cualquier momento durante la declaración.

8. *Derecho a conferenciar en privado con el abogado defensor.* CADH, art. 8, 2, D.

- a) La entrevista personal con el defensor deberá realizarse en un lugar donde la comunicación privada y confidencial esté resguardada; en todo caso sin la presencia inmediata de los órganos de custodia.
- b) La privacidad y confidencialidad alcanza a cualquier forma de comunicación entre la persona imputada y su defensor.
- c) Ningún reglamento o disposición administrativa o de seguridad podrá limitar o debilitar la privacidad y confidencialidad de la comunicación con el defensor.

- d) En los centros de detención deberá existir un lugar especial para que la comunicación con el defensor sea directa y personal y confidencial sin la intermediación de vidrios, intercomunicadores u otros instrumentos de seguridad, y sin que se realice en presencia inmediata de funcionarios encargados de la custodia.
- 9. Derecho a que los abogados se rijan conforme estándares profesionales mínimos, deban orientarse exclusivamente por el interés de su defendido y a que sean independientes.** CADH, art. 8, 2, D.
- a) Debe existir un mecanismo de preservación de la independencia de los abogados cuando son hostigados por el ejercicio de su profesión.
 - b) Debe existir un mecanismo de evaluación general de la prestación del servicio jurídico, sea por los propios abogados u otros entes reguladores de la profesión jurídica.
- 10. Derecho a elegir y contar gratuitamente con los servicios de un abogado, para las personas que no pueden pagarlos.** CADH, art. 8, 2, E.
- a) Los sistemas de defensa pública o de asistencia legal deben establecer límites en la carga de trabajo que puede atender con eficacia un defensor para evitar las defensas masificadas.
 - b) Cuando exista la obligación de proveer defensor en todos los casos (asignación universal) se deben prever mecanismos para que ello no debilite la defensa de los sectores de menores recursos.
 - c) Los sistemas de defensa pública deben contar con completa autonomía técnica y funcional.
- 11. Derecho a ser presumido inocente.** CADH, art. 8, 2, primer párrafo.
- a) Se debe establecer un mecanismo que fije las condiciones precisas de la información que se puede dar por los medios de comunicación sobre los imputados y sospechosos.
 - b) Se deben establecer obligaciones concretas a los medios de prensa sobre la comunicación de los resultados finales de las causas cuando son exculpatorios.

12. Derecho a guardar silencio o a no declarar contra uno mismo. CADH, art. 8, 2, G; CADH, art.8, 3.

- a) La única declaración válida del imputado es la que él decide introducir en el juicio oral. No puede ser reemplazada por declaraciones anteriores.
- b) La renuncia al derecho a guardar silencio solo es válida cuando ha sido aconsejada positiva y fehacientemente por un abogado defensor.

13. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente. CADH, arts. 7, 2, 3 y 5.

- a) Se deben establecer con precisión y extensión todos los casos en los que se encuentra prohibido de un modo absoluto el encarcelamiento preventivo.
- b) La decisión de aplicar prisión preventiva se debe tomar en audiencia pública donde se produzca prueba sobre los peligros procesales o necesidad de cautela que fundan esa medida y la fundamentación debe hacer referencia concreta de las circunstancias del caso.
- c) Los jueces deben motivar particularmente las decisiones de aplicar prisión preventiva, sin utilizar formularios o frases hechas, ya que se trata de la decisión más gravosa que se toma en el proceso penal.
- d) Debe existir un plazo legal y perentorio de duración de la prisión preventiva.
- e) La revisión de la decisión sobre la prisión preventiva se debe realizar en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas contadas desde el primer acto de privación de libertad.

14. Derecho a estar presente en el juicio y participar en él. CADH, art. 8, 2, D.

- a) No deben existir limitaciones a la presencia del imputado en el juicio; esa presencia debe prevalecer sobre razones de seguridad o de conveniencia de otros sujetos del proceso.
- b) Si se admiten legalmente los juicios en ausencia, la designación del defensor del ausente y el control de su actuación deben tener resguardos superiores.

15. Derecho a que las decisiones que lo afectan sean motivadas en fundamentos razonados. CADH, art. 8, 1.

- a) La fundamentación de las decisiones debe ser realizada en un lenguaje claro,

preciso y accesible a todo ciudadano medio, sin recurrir a lenguajes técnicos innecesarios o a jergas propias de los tribunales.

- b) La redacción de las sentencias debe ser concreta, evitando la transcripción de actuaciones o la narración del expediente de modo tal que se oculta o pierde el hecho objeto del proceso y la fundamentación.
- c) Cuando la fundamentación sea verbal se debe resguardar adecuadamente el registro de ella y ser entregado al defensor de inmediato.

16. Derecho a una revisión integral de la sentencia de condena. CADH, art. 8, 2, H.

- a) La revisión de la condena debe significar en concreto un aumento del control y la calidad de la decisión y no un aumento de la arbitrariedad en la valoración de la prueba que se circumscribe a la lectura de actuación o a observar videos.
- b) La revisión debe estar precedida de una audiencia pública en la que se pueda examinar la prueba cuya valoración se controvierte.

17. Derecho a investigar el caso y proponer pruebas. CADH, art. 2, F.

- a) Los jueces deben prestar auxilio judicial a todo abogado que necesite realizar una investigación autónoma, emitiendo órdenes directas a la policía u otros órganos del Estado si fuere necesario.
- b) Las defensas públicas deben contar con investigadores propios o fondos especiales para la realización directa de prueba.
- c) Las defensas públicas y los abogados privados deben poder participar en la dirección o control de los laboratorios, institutos forenses o departamentos estatales de producción de prueba científica.

18. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa. CADH, art. 2, C.

- a) La defensa pública debe prever un mecanismo de ayuda para aquellos abogados particulares que no cuentan con suficientes recursos para preparar la defensa.
- b) Los jueces deben asegurarse de que en las audiencias iniciales los defensores han tenido suficiente tiempo para conocer el caso y al imputado.

19. Derecho a la igualdad de armas en la producción y control de la prueba y en el desarrollo de las audiencias públicas y adversariales.
CADH, art. 2, primer párrafo.

- a) Se debe prohibir toda actividad del juez que implique suplir la actividad de los acusadores o facilitar el éxito de la acusación.
- b) Los jueces no pueden recibir bajo ninguna circunstancia a los acusadores o a las víctimas sin dar aviso con antelación al defensor, quien tendrá derecho a participar de dicha reunión.
- c) El uso de mecanismos de preservación de las víctimas no puede significar una limitación a la facultad de control de la prueba por parte del imputado o su defensor.

20. Derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas. CADH, art. 2, A.

- a) En el caso de imputados pertenecientes a pueblos indígenas se debe propiciar el uso del lenguaje propio en el desarrollo del juicio.
- b) Se debe facilitar el concurso de cualquier persona que pueda ayudar a la persona imputada con la comprensión del idioma sin subordinar esa participación a requisitos formales.
- c) En el caso de personas con otro tipo de impedimentos para expresarse o comprender el idioma del proceso, que no sean culturales, se debe extremar el cuidado de los tribunales para que ellos cuenten con el auxilio profesional idóneo y adecuado para una participación real en la defensa efectiva.

ANEXO II. DIRECTIVA 2012/13/EU (ANEXO 1)

Parlamento y el Consejo de la Unión Europea de Mayo 22 de 2012, sobre el derecho a la información en los procedimientos penales

Modelo indicativo de la declaración de derechos

Este modelo tiene como finalidad exclusiva ayudar a las autoridades nacionales a elaborar su declaración de derechos nacional. Los Estados miembros no están obligados a utilizar este modelo. Al elaborar su declaración de derechos, las autoridades competentes pueden modificar este modelo a fin de armonizarlo con las normas nacionales aplicables y añadir otra información útil. La declaración de derechos se entregará en el momento de la detención o privación de libertad. Sin embargo, esto no impedirá que los Estados miembros faciliten a las personas sospechosas o acusadas información escrita en otras fases del proceso penal.

A. ASISTENCIA DE UN ABOGADO/ DERECHO A ASISTENCIA JURÍDICA

Tiene usted derecho a hablar confidencialmente con un abogado, que es independiente de la policía. Diríjase a la policía si necesita ayuda para ponerse en contacto con un abogado; la policía le ayudará. En algunos casos, la asistencia puede ser gratuita. Solicite más información a la policía.

B. INFORMACIÓN SOBRE LA ACUSACIÓN

Tiene derecho a conocer las razones de su detención o privación de libertad y los hechos que se sospecha ha cometido o de los que se le acusa.

C. INTERPRETACIÓN Y TRADUCCIÓN

Si no habla o no entiende la lengua de la policía o de otras autoridades competentes, tiene derecho a la asistencia de un intérprete gratuitamente. El intérprete puede ayudarle a hablar con su abogado y está obligado a mantener en secreto el contenido de esa comunicación. Tiene derecho a la traducción de, como mínimo, los pasajes pertinentes de los documentos esenciales, incluida toda orden de un juez que permita su detención o privación de libertad, toda acusación o auto de procesamiento y toda sentencia. En determinadas circunstancias, puede recibir una traducción o un resumen orales.

D. DERECHO A PERMANECER EN SILENCIO

Cuando le interroguen la policía u otras autoridades competentes, no está obligado a responder a preguntas sobre el supuesto delito. Su abogado puede ayudarle a decidir sobre esta cuestión.

E. ACCESO A LOS DOCUMENTOS

En el momento de la detención o privación de libertad, usted (o su abogado) tiene derecho a acceder a los documentos esenciales que necesita para impugnar la detención o privación de libertad. Si el caso llega a un tribunal, usted (o su abogado) tendrá derecho a acceder a las pruebas materiales favorables o desfavorables.

F. INFORMAR A OTRA PERSONA SOBRE SU DETENCIÓN/ INFORMAR A SU CONSULADO O EMBAJADA

Al ser detenido o privado de libertad, indique a la policía si desea que se informe a otra persona de la detención, por ejemplo un miembro de su familia o su empleador. En casos concretos, el derecho a informar a otras personas sobre su detención puede estar limitado temporalmente. En dichos casos la policía podrá informarle sobre qué es lo que puede hacer.

Si es usted extranjero, indique a la policía que desea que su autoridad consular o su embajada sean informadas de su detención. Indique asimismo a la policía si desea ponerse en contacto con un funcionario de la autoridad consular o embajada que corresponda.

G. ATENCIÓN MÉDICA URGENTE

En el momento de la detención o privación de libertad, tiene derecho a atención médica urgente. Indique a la policía si necesita dicha atención.

H. PERÍODO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Tras su detención, puede continuar detenido o verse privado de su libertad por un período máximo de ... [indíquese el número aplicable de horas/días]. Al final de este período, deberá ser puesto en libertad o comparecer ante un juez que determinará sobre la continuidad de la privación de libertad. Pida a su abogado o al juez información acerca de las posibilidades de impugnar la detención, obtener una revisión de la misma o solicitar la libertad provisional.

ANEXO III. FORMATO PARA LA REVISIÓN DOCUMENTAL

Este formato establece la información que debe obtenerse en la fase de revisión documental de la investigación.

Las fuentes de datos incluirán:

- leyes (constituciones, leyes, códigos y jurisprudencia que sean relevantes)
- normas profesionales
- estadísticas (tanto oficiales como las recogidas por órganos no gubernamentales)
- investigaciones existentes

En cada caso, la fuente de los datos tendrá que especificarse. Cuando la cuestión trate de si hay un derecho, norma administrativa, excepción, etc., especifíquese la fuente con la mayor precisión posible: p. ej., Ley de Pruebas Policiales y Penales de 1984, sec. 58; Código de Procedimiento Penal, art. 3(1); Corte Constitucional, decisión n.º 82/94, 1 de diciembre de 1994; Código de Conducta de la Sociedad Jurídica, 2007, regla 1.01. El estilo de referencia deberá ser el usado en *Effective Criminal Defense in Europe*.

Aunque el orden en que la información sea recogida no es relevante, es importante que el informe de la revisión documental presente los datos en el mismo orden que en este formato, con referencias al número de la pregunta cuando sea procedente. Cuando ayude, por ejemplo, proporcionar datos importantes del contexto, o señalar cambios recientes o prospectivos, la información requerida debería acompañarse de una explicación. También, cuando sea procedente, el investigador de país debería incluir propuestas y recomendaciones, por ejemplo con respecto a la necesidad de recogida regular de datos sobre gastos en asistencia jurídica, etc.

Si los datos solicitados en esta forma no están disponibles, debe indicarse: el hecho de que los datos no sean recogidos de forma regular, o no estén disponibles para el público, es un importante resultado de la investigación por sí mismo. Por ejemplo, si no recogen estadísticas de forma regular (o se recogen, pero no están disponibles) sobre el porcentaje de acusados con representación legal ante los tribunales, así debería señalarse.

Algunas de las preguntas indagan específicamente si una norma o práctica difiere según si el sospechoso o acusado puede pagarse o no la asistencia jurídica, o requiere ayuda financiera para pagarla. Al recoger los datos, considérese si hay diferencias, o es probable que las haya, en los principios o en las prácticas, según el sospechoso o acusado pueda pagar los servicios legales a una tarifa plena de mercado, o los pague por su cuenta, pero a una tarifa inferior a la de mercado, o sea beneficiario, o tenga derecho a recibir ayuda financiera para su asistencia jurídica (u otras formas de ayuda estatal, como la existencia de una norma legal que le permita acceder al servicio de defensoría pública).

Debería intentar limitar el número de palabras de su informe a 15.000, aunque ese número es una guía más que un límite estricto. Cuando sea apropiado, es posible hacer referencias cruzadas a la reseña crítica, en lugar de duplicar la información.

País/jurisdicción:

Datos recogidos por:

Fechas de la recogida de datos: Entre _____ y _____

1. Estadísticas generales y otra información

(En general, las estadísticas deberían ser las del último año disponible, aunque debe señalarse si hay cambios significativos de un año a otro. Si hay datos relevantes sobre la procedencia étnica con respecto a cualquiera de las categorías siguientes de datos, tendrá que incluirse esa información).

1. Ayuda para la asistencia jurídica/gasto nacional
 - a) Gasto absoluto y per cápita estatal/nacional en justicia gratuita penal
 - i) en la etapa de investigación
 - ii) en las etapas posteriores

- b) Cualquier otro gasto estatal/nacional en justicia gratuita penal (por ejemplo, cualquier otro dato cuantificable sobre servicios complementarios, como servicios institucionales pro bono o de oficio)
 - c) Porcentaje de la población elegible para justicia gratuita
 - d) Porcentaje de los sospechosos/acusados que cuentan con representación o asesoría legal
 - i) en la etapa de investigación
 - ii) en las etapas posteriores
 - e) Porcentaje de los sospechosos/acusados que cuentan con justicia gratuita
 - i) en la etapa de investigación
 - ii) en las etapas posteriores
 - f) Porcentaje de sospechosos/acusados que contribuyen financieramente a su defensa o a los que se les ordena contribuir a los gastos legales tras su condena, y cifras sobre los montos de esa contribución o el número de órdenes
 - g) Remuneración promedio por caso (es decir, cantidades pagadas a los abogados), o en casos en manos de la defensoría pública, el costo promedio por caso
 - h) Gastos en justicia gratuita según el tipo de trabajo (por ejemplo, beneficios, costos, viajes, estancias, expertos, etc.)
 - i) Número de casos en los que se usan servicios de interpretación o traducción, y gastos ocasionados por esos servicios
2. Sistema de justicia penal
- a) Número de arrestos
 - b) Porcentaje de arrestados a los que se les abre proceso penal
 - c) Porcentaje de procesados que permanecen en prisión, incluida la duración promedio del tiempo pasado en espera de juicio, o de personas a las que se les ha concedido la libertad provisional en espera de juicio
 - d) Porcentaje de procesados que son condenados o encontrados culpables
 - e) Porcentaje de condenados/declarados culpables que reciben sentencias de reclusión
 - f) Porcentaje de aquellos en b), c), d) y e) que cuentan con representación legal
 - g) Cuando hay una declaración de culpabilidad o un procedimiento

penal abreviado, en qué porcentaje de los casos hay una declaración de culpabilidad o un juicio abreviado

3. La profesión legal

- a) Número de abogados que pertenecen a colegios de abogados
- b) (Si es posible practicar el derecho sin pertenecer al colegio de abogados) Porcentaje de abogados que pertenecen/no pertenecen a los colegios de abogados
- c) Número y porcentaje de abogados practicantes que hacen trabajo de defensa penal
- d) Número y porcentaje de abogados i) que ejercen justicia gratuita y ii) efectúan trabajos de defensa penal
- e) Número y porcentaje de abogados que trabajan para los servicios de defensoría pública
- f) Número de quejas contra los abogados, y resultado de las quejas/procedimientos disciplinarios

2. Derecho a la información sobre la acusación

1. ¿Hay una obligación legal que ordene que

- i) un sospechoso (es decir, una persona interrogada por la policía o la fiscalía en circunstancias en las que hay razones para sospechar que han cometido un delito) o
- ii) un acusado (es decir, una persona a la que se le haya abierto un proceso penal) sea informado de la naturaleza y la causa de la acusación contra él?

Si la respuesta es afirmativa

- a) ¿Cuál es la fuente de esa obligación?
- b) ¿Cuándo surge el deber?
- c) ¿Es el derecho absoluto o condicional?
- d) ¿En qué grado tiene que suministrarse esa información?
- e) ¿En qué forma hay que suministrar esa información (por ejemplo, oralmente, por escrito, resumida o completa)?
- f) ¿Hay una obligación continua de proporcionar información a medida que la investigación/el caso se desarrolla?
- g) ¿Existe evidencia de si se cumple con esa obligación y cómo se cumple con ella?

- h) ¿Hay sanciones o medidas judiciales disponibles en caso de que no se cumpla con esa obligación?
2. ¿Hay una obligación legal que exija que
- i) un sospechoso (es decir, una persona interrogada por la policía o la fiscalía en circunstancias en las que hay razones para sospechar que han cometido un delito) o
 - ii) un acusado (es decir, una persona a la que se le haya abierto un proceso penal) sea informado en detalle de la acusación en su contra (es decir, información sobre la investigación y las pruebas obtenidas), incluido material que no se presenta/se presenta ante el tribunal?

Si la respuesta es afirmativa

- a) ¿Cuál es la fuente de esa obligación?
 - b) ¿Cuándo surge esa obligación?
 - c) ¿Es el derecho absoluto o condicional?
 - d) ¿En qué medida esa información debe suministrarse?
 - e) ¿De qué forma tiene que suministrarse la información (por ejemplo, oralmente, por escrito, resumida o completa)?
 - f) ¿Hay algún plazo en el que se deba proporcionar esa información?
 - g) ¿Hay alguna obligación continua de proporcionar información a medida que la investigación/el caso se desarolla?
 - h) ¿Existe evidencia de si se cumple con esa obligación y cómo se cumple con ella?
3. ¿Hay alguna obligación legal de proporcionar la información a la que se refieren las preguntas 1) y 4) al sospechoso o al acusado en un lenguaje que entienda?
- Si la respuesta es afirmativa
- a) ¿Cuál es la fuente de esa obligación?
 - b) ¿Existe evidencia de si se cumple con esa obligación y cómo se cumple con ella?
 - c) ¿Hay sanciones o medidas judiciales disponibles en caso de que no se cumpla con esa obligación?
4. ¿Hay alguna diferencia entre los sospechosos y los acusados pobres o que reciben justicia gratuita y los que pueden pagarse por sí mismos los servicios legales

- a) en las normas jurídicas?
 - b) en la práctica?
5. ¿Hay alguna obligación de proporcionarle al sospechoso o al acusado una “carta de derechos” que le informe de sus derechos?
- a) ¿Cuál es la fuente de esa obligación?
 - b) ¿Quién tiene que proporcionar la “carta de derechos”? Cuando esté disponible, adjunte la “carta de derechos de su jurisdicción
 - c) ¿En qué etapa hay que entregar la carta de derechos al sospechoso o acusado?
 - d) ¿Hay alguna obligación de proporcionar la “carta de derechos” en un lenguaje que comprenda el sospechoso/acusado?
 - e) ¿Hay alguna obligación de verificar si el sospechoso/acusado comprendió los derechos incluidos en la “carta de derechos”?
 - f) ¿Existe evidencia de si se cumple con esa obligación y cómo se cumple con ella?
 - g) ¿Hay sanciones o medidas judiciales disponibles en caso de que no se cumpla con esa obligación?

3. El derecho a la defensa

1. ¿Tiene el sospechoso/acusado el derecho a defenderse por sí mismo
- i) en la etapa de investigación?
 - ii) durante la etapa del juicio?
 - iii) ¿Hay alguna diferencia entre la etapa de primera instancia y la de apelación o casación?

Si el sospechoso/acusado tiene el derecho a defenderse por sí mismo

- a) ¿Cuál es la fuente de ese derecho?
 - b) ¿Cuándo surge ese derecho?
 - c) ¿Cómo es el sospechoso/acusado informado de ese derecho?
 - d) ¿Es ese derecho diferente en función de los recursos económicos de los sospechosos y acusados o de si reciben justicia gratuita?
 - e) ¿Existe evidencia de si se ejerce ese derecho y cómo se cumple con él?
2. ¿El sospechoso/acusado tiene el derecho a la asistencia de un abogado?

Si la respuesta es afirmativa

- a) ¿Cuál es la fuente de ese derecho?
 - b) ¿Cuándo surge ese derecho? (por ejemplo, al ser arrestado, solo si se lleva ante un tribunal, etc.)
 - c) ¿Cómo es el sospechoso/acusado informado de ese derecho?
 - d) ¿Cómo se deja constancia de la solicitud de un abogado?
 - e) ¿Es ese derecho diferente en función de los recursos económicos de los sospechosos y acusados o de si reciben justicia gratuita?
 - f) ¿Hay alguna circunstancia en la que la asistencia jurídica sea obligatoria?
 - g) ¿Hay alguna circunstancia en la que no se permita asistencia jurídica? (por ejemplo, durante el interrogatorio, en un encuentro con el fiscal, en una audiencia ante un magistrado instructor)
 - h) ¿Hay alguna norma que permita renunciar al sospechoso/acusado al derecho o a la obligación de tener abogado?
3. ¿Tiene el sospechoso/acusado derecho a escoger su propio abogado?
- Si la respuesta es afirmativa
- a) ¿Cuál es la fuente de ese derecho?
 - b) ¿Ese derecho es absoluto?
 - c) ¿Es ese derecho diferente en función de los recursos económicos de los sospechosos y acusados?
 - d) Si la escogencia está restringida, ¿tiene el sospechoso/acusado el derecho a solicitar un reemplazo? (por ejemplo, no confía en el abogado asignado)
 - e) ¿Existe evidencia sobre el ejercicio de ese derecho?
4. ¿Cuáles son las disposiciones para contactar o nombrar un abogado?
- a) ¿Están esas disposiciones contenidas en la ley, en normas procesales, en protocolos, etc.?
 - b) ¿Es ese derecho diferente en función de los recursos económicos de los sospechosos y acusados o de si reciben justicia gratuita?
 - c) ¿Cómo difieren esas disposiciones si el sospechoso/acusado está en custodia?
 - d) ¿Hay alguna evidencia sobre cómo funcionan esas disposiciones en la práctica? (por ejemplo, el porcentaje de solicitudes que resultan en la prestación de asistencia jurídica, retrasos en contactar con los abogados, instalaciones para realizar consultas legales y si son privadas, etc.)

- e) Cuando un sospechoso/acusado solicita un abogado, ¿hay alguna restricción con respecto a lo que la policía/la fiscalía/el tribunal puede hacer antes de que se preste asistencia jurídica?
5. ¿Cuál es la norma existente, de haberla, que dispone que se le preste asistencia jurídica a los sospechosos/acusados en situación de indigencia, gratuita o a un costo reducido,
- i) en la etapa de investigación?
 - ii) durante la etapa del juicio?
 - iii) ¿Hay alguna diferencia entre la etapa de primera instancia y la de apelación o casación?
- Si existe esa norma
- a) ¿Cuál es el marco legal para ella?
 - b) ¿Cómo se informa a los sospechosos/acusados de esa norma?
 - c) ¿Hay alguna obligación legal o profesional de proporcionar asesoría jurídica o representación para los abogados?
6. ¿Quién toma la decisión con respecto al derecho a la asistencia jurídica o la representación gratuita o subsidiada
- i) en la etapa de investigación?
 - ii) durante la etapa del juicio?
 - iii) ¿Hay alguna diferencia entre la etapa de primera instancia y la de apelación o casación?
- a) ¿Cómo se regula? (por ejemplo, por la ley, por normas procesales, normas de conductas profesional, etc.)
 - b) ¿Hay alguna evidencia de cómo funciona el proceso de nombramiento o de toma de decisiones?
7. ¿Hay alguna prueba de ingresos para recibir asistencia o representación legal gratuita o subsidiada?

Si la respuesta es afirmativa

- a) ¿Cuál es el marco legal para la prueba de ingresos?
- b) ¿Cómo se define la prueba de ingresos?
- c) ¿Difiere la prueba de ingresos según la etapa del proceso?
- d) ¿Cómo se corresponden los niveles de elegibilidad con índices posibles de comparación? (por ejemplo, el salario mínimo)
- e) ¿Quién aplica la prueba de ingresos?

- f) ¿Qué información debe suministrar el solicitante?
 - g) ¿Hay normas que obliguen al sospechoso/acusado a contribuir a los costos o que obliguen a reclamárselos? (por ejemplo, si es condenado)
 - h) ¿Hay evidencia sobre la prueba de ingresos, sobre cómo se aplica, cuánto tiempo se tarda en tomar una decisión y qué efectos tiene (si es que tiene alguno) en los procedimientos? (por ejemplo, se suspenden los procedimientos mientras se toma una decisión, cuál es el retraso usual, etc.)
8. ¿Hay un examen de méritos para recibir asistencia o representación legal gratuita o subsidiada?
- a) ¿Cuál es el marco legal para el examen de méritos?
 - b) ¿Cómo se define el examen de méritos?
 - c) ¿Difiere el examen de méritos según la etapa del proceso?
 - d) ¿Quién realiza el examen de méritos?
 - e) ¿Qué información debe suministrar el solicitante?
 - f) ¿Hay evidencia sobre el examen de méritos, sobre cómo se aplica, cuánto tiempo se tarda en tomar una decisión y qué efectos tiene (si es que tiene alguno) en los procedimientos? (por ejemplo, se suspenden los procedimientos mientras se toma una decisión, cuál es el retraso usual, etc.)
9. ¿Hay algunas restricciones especiales sobre la disponibilidad de justicia gratuita, asesoría o representación legal, elección de abogado, etc., en casos de terrorismo?
- Si la respuesta es afirmativa
- a) ¿Cuál es la fuente de las restricciones?
 - b) ¿Cómo se definen los casos de terrorismo?
 - c) ¿Hay alguna evidencia sobre la aplicación de las restricciones?
10. ¿Qué tipo de actuaciones cubre la justicia gratuita y difiere dependiendo de la etapa de los procedimientos?
- a) ¿Hay restricciones sobre la cantidad de trabajo que puede hacer o por la que se le puede pagar?
 - b) ¿La justicia gratuita cubre
 - la búsqueda o el interrogatorio de testigos?
 - llover a cabo otras investigaciones?
 - la preparación de los expertos?

11. ¿Tiene alguna consecuencia para el acusado, o para la policía/la fiscalía, para la admisión o uso de la evidencia o para la decisión final (sentencia), si un sospechoso/acusado
 - a) no tiene representación/asesoría legal?
 - b) no es informado de su derecho a tener abogado o a recibir justicia gratuita?
 - c) que desea un abogado, ve negado su acceso a este o, aun cuando tiene acceso, lo obtiene con retraso? (ciertas actuaciones procesales –por ejemplo, los interrogatorios– son celebradas sin la presencia de un abogado)
 - d) ve negado el derecho a escoger su abogado o a que su abogado sea sustituido por otro?
12. ¿Cuáles son las disposiciones sobre la remuneración de los abogados en los casos en los que existe justicia gratuita?
 - a) ¿Cuál es el marco legal de esa remuneración?
 - b) ¿Varía según el tipo de caso, la etapa de los procedimientos, etc.?
 - c) ¿Cómo varían los niveles de remuneración comparados con la remuneración de los casos financiados privatamente?
 - d) ¿Hay alguna evidencia existente sobre cómo funciona el sistema de remuneración en la práctica?

4. Facilitar una defensa efectiva

1. ¿Qué derechos o facultades tiene el acusado/sospechoso para
 - i) obtener pruebas?
 - ii) investigar los hechos?
 - iii) interrogar a los posibles testigos (o pedirle a la policía/la fiscalía que lo haga)?
 - iv) solicitar la intervención probatoria de expertos?En relación con cualquiera de esos derechos o facultades
 - a) ¿Cuál es la fuente de ese derecho?
 - b) ¿Es el derecho absoluto o condicional?
 - c) ¿El ejercicio de ese derecho depende de los recursos económicos de los sospechosos y acusados o de si reciben justicia gratuita?
 - d) ¿El ejercicio de ese derecho varía para un sospechoso/acusado que esté en custodia?

- e) ¿Hay limitaciones profesionales para un abogado que lleve a cabo cualquiera de esas actividades?
 - f) ¿Existe evidencia de si se ejerce ese derecho y cómo se cumple con él?
 - g) ¿Hay sanciones o medidas judiciales disponibles en caso de que no se respete ese derecho o facultad?
2. ¿Qué derecho tiene el sospechoso/acusado (de forma personal o a través de su abogado) de solicitar la libertad bajo fianza (es decir, a ser puesto en libertad, implique o no una obligación financiera por su parte)
- i) durante el periodo tras el arresto (provisional) inicial?
 - ii) mientras está pendiente el resultado de las investigaciones?
 - iii) mientras está pendiente la decisión del caso?
- En relación con el derecho de solicitar fianza
- a) ¿Cuál es la fuente de ese derecho?
 - b) ¿Quién toma la decisión respecto a la fianza?
 - c) ¿La liberación bajo fianza depende del pago de dinero?
 - d) ¿Qué condiciones, si existen, pueden imponerse cuando una persona es puesta en libertad bajo fianza?
 - e) ¿El ejercicio del derecho depende de las fuentes financieras del sospechoso/acusado?
 - f) ¿Hay evidencia sobre la implementación práctica del derecho a solicitar fianza?
3. ¿Cuál es el plazo de notificación a la defensa exigido antes de un encuentro con un fiscal, el juez o el tribunal, y qué norma existe para que una audiencia cualquiera sea retrasada/suspendida con el fin de darle al acusado o a su abogado tiempo para preparar la defensa?
- a) ¿Cuál es la fuente de esos periodos de notificación?
 - b) ¿Hay alguna prueba de cómo funciona esto en la práctica?
 - c) ¿Hay alguna sanción o medida judicial, si el periodo de notificación no se cumple?
4. Con respecto a las pruebas presentadas ante el tribunal juzgador y los testigos que prestan testimonio ante el tribunal
- i) ¿Quién decide cuáles son las pruebas que se pueden presentar o qué testigos serán llamados a prestar testimonio ante el tribunal?

- ii) Si las decisiones no las toma el acusado o su abogado, ¿el acusado o su abogado tienen derecho a solicitar que se realicen las pruebas o que se llame a los testigos a prestar testimonio ante el tribunal?
- iii) ¿Qué derecho tiene el acusado o su abogado a interrogar o contrainterrogar a los testigos?
- iv) ¿Hay alguna norma con respecto a las pruebas obtenidas de forma ilegal o ilegítima, a los efectos de que sea excluida del proceso? Por ejemplo, ¿cómo se tratan las pruebas obtenidas por efecto de la tortura o el maltrato, y cómo se tratan las pruebas obtenidas sin presencia de un abogado?

En relación con estas cuestiones

- a) ¿Cuál es la fuente legal de los procedimientos y derechos (si es que existen esos derechos)?
 - b) ¿El ejercicio de esos derechos depende de los recursos financieros del acusado?
 - c) ¿Hay alguna prueba de cómo funcionan esos procesos en la práctica?
5. ¿Existe la declaración de culpabilidad o un juicio abreviado (en el que el tribunal no oye o examina las pruebas)?
- d) ¿Cuál es la fuente legal de esos procedimientos?
 - e) ¿Cómo funcionan los procedimientos de declaración de culpa o los procedimientos con audiencias abreviadas?
 - f) ¿Cuáles son los incentivos formales (legales) para que un acusado utilice la declaración de culpabilidad o el proceso abreviado? (por ejemplo, reducción de la sentencia, fianza, etc.)?
6. ¿Tiene un sospechoso/acusado derecho a consultas privadas con su abogado
- i) en la etapa de investigación? y
 - ii) en la etapa del juicio?
- a) ¿Cuál es la fuente de ese derecho?
 - b) ¿Hay alguna sanción o medida judicial si el derecho es violado?
- Si existe un derecho a celebrar consultas en privado
- a) ¿Hay alguna limitación al derecho?
 - b) ¿Cuál es la fuente legal de esas limitaciones?
 - c) ¿Quién decide si la consulta con el abogado no se puede celebrar en privado?

- d) ¿Hay alguna diferencia si el sospechoso/acusado está en custodia?
 - e) ¿Hay alguna evidencia del grado en el que el poder de limitar las consultas privadas se usa?
 - f) ¿Hay alguna sanción o medida judicial si el derecho es violado?
7. ¿Un abogado que actúa en nombre del sospechoso/acusado tiene un derecho a comunicarse con terceros (por ejemplo, testigos, expertos, etc.)?
- a) ¿Cuál es la fuente legal de ese derecho?
 - b) ¿Hay alguna limitación al ejercicio del derecho?
 - c) ¿Quién decide si se puede interferir con ese derecho?
 - d) ¿Hay alguna evidencia del grado en que se interfiere con ese derecho?
 - e) ¿Hay alguna sanción o medida judicial si el derecho es violado?
8. ¿Padecen los abogados alguna otra forma de interferencia con su capacidad de actuar en el mejor interés de sus clientes?

Si la hay

- a) ¿Qué interferencia es permisible y en qué circunstancias?
 - b) ¿Cuál es la fuente legal de las formas de interferencia?
 - c) ¿Hay alguna diferencia si el sospechoso/acusado está en custodia?
 - d) ¿Hay alguna diferencia si el abogado está pagado con justicia gratuita o es un defensor público?
9. ¿Hay un colegio de abogados?

Si lo hay

- a) ¿Es el colegio de abogados independiente del Gobierno y de las instituciones públicas?
- b) ¿Cuál es la personalidad jurídica de la asociación?
- c) ¿Los abogados practicantes tienen que pertenecer al colegio de abogados?
- d) ¿Hay restricciones a la afiliación al colegio de abogados para los abogados cualificados?
- e) ¿El colegio de abogados es el único con poder disciplinario sobre la profesión legal? ¿Cómo funciona el proceso disciplinario?
- f) ¿Tiene el colegio de abogados una sección especializada para los abogados defensores penales o hay una organización especializada para los abogados de defensa penal?
- g) ¿Cuáles son las funciones de esa organización/sección especializada?

10. ¿Cómo son las obligaciones de los abogados con sus clientes
 - i) descritas y
 - ii) reguladas?
 - a) ¿Hay alguna diferencia con respecto a los abogados defensores penales?
 - b) ¿Hay algún mecanismo de queja para los clientes insatisfechos con el servicio prestado por su abogado?
 - c) ¿Hay alguna evidencia de cómo funciona la regulación y los mecanismos de queja, en especial en relación con los abogados defensores penales?
 - d) ¿Son publicados los resultados de las quejas o de los procedimientos disciplinarios?
 11. Con respecto al trabajo de defensa penal
 - i) ¿es la prestación de servicios legales limitada a los abogados cualificados?
 - ii) ¿existen requisitos sobre calidad mínima del servicio que tengan que cumplir los abogados que prestan servicios de defensa penal?
- Si la respuesta a la pregunta ii) es afirmativa
- a) ¿Quién impone los requisitos?
 - b) ¿Cuáles son los requisitos?
 - c) ¿Cómo son regulados y se hacen cumplir?
 - d) ¿Hay alguna evidencia sobre cómo funcionan en la práctica los requisitos sobre calidad del servicio?

5. El derecho a los servicios de interpretación y traducción

1. ¿Un sospechoso o acusado tiene derecho a la asistencia gratuita de un intérprete si no puede comprender o hablar la lengua de su abogado, el investigador o el tribunal?
- Si la respuesta es afirmativa
- a) ¿Cuál es la fuente de ese derecho?
 - b) ¿Cómo se determina la necesidad de un intérprete?
 - c) ¿Quién tiene la responsabilidad de determinarla?
 - d) ¿Quién lo paga?
 - e) ¿Hay alguna evidencia de cómo funciona?
 - f) ¿Hay alguna medida judicial o sanción si el derecho es violado?

2. ¿Un sospechoso o abogado tiene derecho a la traducción gratuita de documentos, pruebas, etc., si no puede comprender el idioma en el que están escritos?
 - a) ¿Cuál es la fuente de ese derecho?
 - b) ¿Cómo se determina la necesidad de traducción?
 - c) ¿Quién tiene la responsabilidad de determinarla?
 - d) ¿Quién lo paga?
 - e) ¿Hay alguna evidencia de cómo funciona?
 - f) ¿Hay alguna medida judicial o sanción si el derecho es violado?
3. ¿Hay alguna regulación de la competencia y la independencia de los intérpretes y traductores?
 - a) ¿Cuál es la fuente de esa regulación?
 - b) ¿Cómo funciona?
 - c) ¿Hay alguna medida judicial o sanción disponible para el sospechoso/acusado, si un intérprete o traductor no es competente o independiente?

6. Garantías adicional para grupos vulnerables

1. ¿Hay alguna norma especial relativa
 - i) al derecho a la asistencia jurídica
 - ii) sobre la fianza, o
 - iii) los procedimientos judicialespara sospechosos y acusados menores de edad?

Si la respuesta es afirmativa

- a) ¿Cuál es la fuente de esas normas especiales?
 - b) ¿Cómo se define “menor de edad”?
 - c) ¿Cuáles son las normas especiales?
 - d) ¿Hay alguna evidencia sobre cómo usar y aplicar las normas especiales?
 - e) ¿Hay alguna medida o sanción, si no se respetan las normas especiales?
2. ¿Hay alguna norma especial relativa
 - i) al derecho a la asistencia jurídica
 - ii) sobre la fianza, o
 - iii) los procedimientos judiciales

para los sospechosos y acusados vulnerables mentalmente o para cualquier otro grupo vulnerable específico, como los grupos indígenas?

Si la respuesta es afirmativa

- a) ¿Cuál es la fuente de esas normas especiales?
- b) ¿Cómo se define “mentalmente vulnerable”?
- c) ¿Cuáles son las normas especiales?
- d) ¿Hay alguna evidencia sobre el uso y aplicación de las normas especiales?
- e) ¿Hay alguna medida o sanción si no se respetan las normas especiales?

7. Garantías para los juicios en ausencia

1. ¿Puede el acusado ser juzgado en ausencia?

Si la respuesta es afirmativa

- a) ¿Cuáles son las protecciones o garantías existentes?
- b) ¿Cuál es la fuente de esas protecciones o garantías?
- c) ¿Hay alguna evidencia sobre el número y la proporción de juicios celebrados en ausencia del acusado, y cómo funcionan esos juicios?
- d) ¿Hay alguna medida o sanción, si no se violan esas protecciones o garantías?

ANEXO IV. FORMATO DE LA RESEÑA CRÍTICA

Finalidad de la reseña crítica

La finalidad de la reseña crítica del sistema de justicia penal incluida para cada jurisdicción de esta investigación es proporcionar un relato crítico, dinámico, del sistema y los procesos, usando las fuentes existentes de información, con el fin de proveer un contexto que permita comprender los datos recogidos durante la investigación. Junto con la revisión documental, aportará un fundamento para determinar qué clase de investigación adicional se requiere para elaborar el informe de país. Cuando sea pertinente, pueden usarse referencias cruzadas a la información de la revisión documental, en lugar de repetir la información.

El objetivo general del proyecto es contribuir a la implementación efectiva de los derechos de los acusados en situación de indigencia para que gocen de una defensa real y efectiva, como parte de un proceso que promueva el cumplimiento y el respeto del Estado de derecho y de los derechos humanos. La defensa penal efectiva tiene tres dimensiones: contextual, procedimental y de resultados. La reseña crítica será la principal fuente de información sobre la dimensión contextual y de resultados, pero también puede proporcionar información sobre la dimensión procedural en la medida en que esos datos estén disponibles.

La extensión recomendada para el relato crítico es de 8.000 palabras, aunque si es necesario puede irse más allá, y debería seguir en líneas generales la estructura descrita a continuación. Puesto que los sistemas de justicia penal en la mayoría de las jurisdicciones están, en mayor o menor medida, cambiando con rapidez, el relato debería ser dinámico, en el sentido de transmitir las características primordiales de esos cambios y

la “dirección del recorrido”. Cuando estén disponibles, debería hacerse referencia a los datos y las estadísticas, y a otra evidencia investigativa existente. Las directrices sobre la forma de presentar las referencias son descritas más adelante.

Guía de estilo

Una guía detallada de estilo con instrucciones sobre cómo referenciar los documentos citados será proporcionada por el equipo de gestión del proyecto antes del inicio del trabajo.

1. Introducción

Una breve introducción al sistema de justicia penal y sus procesos, en la que se describan sus características típicas, las áreas de cambio significativas en los últimos diez años, la aplicación de la jurisprudencia internacional o regional, como la proveniente del sistema interamericano, las principales cuestiones recientes o actuales (p. ej., terrorismo, sobre población carcelaria, inmigrantes y delito, etc.).

2. El delito y su contexto social y político

- a) Breve información geopolítica, por ejemplo, población, concentraciones de población, etnias.
- b) Tasas de criminalidad, y si están aumentando o disminuyendo, o son estable; cómo se mide el delito, las tasas de encarcelamiento (tanto para los prisioneros sentenciados como no sentenciados), los perfiles étnicos de los sospechosos/acusados y las poblaciones carcelarias.
- c) Las percepciones públicas y políticas del delito: si el delito es una consideración importante para el público y los medios de comunicación, el lugar del delito en el debate político, el temor a los delitos, las estadísticas y las percepciones de si los delitos los cometen, por ejemplo, los pobres, los “extraños” (por ejemplo, las minorías étnicas), las pandillas organizadas, etc.
- d) Las actitudes para ocuparse de los sospechosos y los acusados, y si están cambiando, por ejemplo, si las actitudes pueden describirse como liberales, si están haciéndose más o menos punitivas, si las medidas punitivas son populares, y las percepciones de las normas de derechos humanos en su relación con el delito y aquellos acusados de ellos.

- e) Percepciones políticas y públicas de los profesionales y las instituciones de la justicia penal: abogados, policías, fiscales, jueces y tribunales.
- f) Percepciones políticas y públicas y actitudes sobre el gasto del Estado en el sistema de justicia penal, y el gasto en asistencia y justicia gratuita a los sospechosos/acusados.
- g) Percepciones políticas y públicas sobre justicia y acceso a la justicia, en especial en el caso de sospechosos/acusados pobres.
- h) Percepciones y conciencia de los derechos en el sistema de justicia penal.
- i) El predominio y las percepciones de la tortura en el sistema de justicia penal.

3. La estructura y los procesos del sistema de justicia penal

- a) La tradición y las características básicas del sistema de justicia penal, por ejemplo, si es adversarial o inquisitorio.
- b) Las etapas relevantes del proceso penal y la nomenclatura relevante (por ejemplo, en Inglaterra y Gales hay fundamentalmente tres etapas: 1) etapa preacusatoria o de investigación, cuando el sujeto de la indagación es conocido como sospechoso; 2) de la acusación al juicio, en el que la persona es conocida como “*defendant*” o acusado; 3) etapa posterior a la condena, en el que la persona es conocida como condenada o criminal, o apelante si está apelando la condena o la sentencia).
- c) Clasificación de los delitos.
- d) La estructura y las funciones de los tribunales penales, de primera instancia y apelación.
- e) Cómo se inician y continúan los procedimientos penales, incluidas las etapas básicas (por ejemplo, el arresto, la acusación, las alegaciones) y si son posibles las declaraciones de culpabilidad o los procedimientos abreviados (y el grado en el que se usan esos procedimientos).
- f) Si hay mecanismos para ocuparse de las conductas delictuales por medios administrativos (y el grado en el que se usan esos mecanismos).
- g) La relación entre la etapa de investigación y la etapa del juicio: el principio de inmediatez en la teoría y la práctica, el uso de declaraciones previas al juicio por parte del acusado y los testigos como pruebas durante el juicio, mecanismos para excluir las pruebas obtenidas de forma ilegal o injusta.

- h) Quién decide qué material se presenta ante el tribunal y qué testigos son llamados para dar su testimonio.

4. Profesionales e instituciones de la justicia penal

- a) El papel de la policía, fiscalía y jueces, las estructuras e instituciones en las que trabajan y la relación entre ellas.
- b) La función de los abogados encargados de la defensa penal y las estructuras en las que trabajan (por ejemplo, los defensores públicos, la práctica privada, el grado de especialización, etc.).
- c) Las percepciones del trabajo de defensa penal en la profesión legal.
- d) La relación entre los abogados defensores penales y otras profesiones e instituciones de la justicia penal.
- e) Si el papel y la cultura de los abogados defensores penales, la policía, los fiscales y los jueces se ha desarrollado para reflejar las reformas del procedimiento penal.

5. La organización de la asistencia jurídica

Una descripción del sistema de justicia gratuita y otros mecanismos para proporcionar servicios legales para los sospechosos y acusados pobres o relativamente pobres, incluyendo:

- a) si hay una institución que tiene la responsabilidad general de prestar justicia gratuita, y una descripción de su estatus y funciones;
- b) cómo son financiados y prestados los servicios legales subsidiados por ley, por ejemplo, mediante un colegio de abogados privado, mediante un servicio de defensoría pública, etc.;
- c) cuáles son los acuerdos organizativos para prestar los servicios de justicia gratuita, por ejemplo, cómo está organizado el servicio de defensoría pública; todas las cuestiones de independencia, el nivel de complejidad de la organización; la supervisión o la falta de supervisión en los departamentos administrativos; si hay secciones especializadas para los menores de edad y ciertos tipos de delito; cuestiones de calidad y estándares de la prestación de justicia gratuita; cuestiones sobre la carga de trabajo; cuestiones sobre responsabilidad profesional, etc.;

- d) disposiciones financieras con respecto a la justicia gratuita, por ejemplo, si se paga a los abogados caso por caso, si se les paga por el tiempo empleado o una cantidad fija, etc.

6. Derechos y libertades

Si se le dan ciertos efectos, y cómo, en la teoría y en la práctica:

- a) a la presunción de inocencia
- b) al “derecho a guardar silencio”
- c) a la carga de la prueba
- d) al derecho a una sentencia razonada
- e) al derecho de apelación
- f) a la igualdad de medios de defensa
- g) al derecho a ser puesto en libertad mientras se abre el juicio (las actitudes y las percepciones del uso de la detención en espera de juicio. Los porcentajes de personas que permanecen en detención en espera de juicio y un análisis de cómo se usa la detención en espera de juicio).

7. Conclusiones preliminares

Las principales cuestiones y retos para el sistema de justicia penal en los próximos años, incluidas las que surgen de la revisión documental y los principales cambios futuros del sistema de justicia penal o sus procesos.

8. Bibliografía selecta

Los principales libros, informes de investigación y otras fuentes sobre el sistema de justicia penal y sus procesos (tanto en el idioma de la jurisdicción correspondiente como en inglés).

ANEXO V. ESTRUCTURA DEL INFORME DE PAÍS

Como se señaló, el informe de país debe seguir esta estructura. Los números entre paréntesis al lado del nombre de cada sección son una guía sobre el máximo número de palabras para cada sección, pero hay que señalar que son solo una aproximación.

1. Introducción (1.800)

Esta sección debería presentar un panorama que permita entender el informe y sus resultados. Los investigadores pueden decidir qué información incluir (por ejemplo, las especificidades de los sistemas de justicia penal; la información del país; los niveles de pobreza, discriminación y otras importantes cuestiones sociales y políticas, si son relevantes, etc.). Debería hacerse alguna referencia al tamaño de la población y a otra información demográfica básica de manera que un lector no familiarizado con el país consiga tener cierta comprensión del mismo. Debería incluir también cualquier cambio importante y la “dirección del recorrido”.

2. Justicia gratuita (900)

Esta sección debería explicar la norma sobre justicia gratuita para casos penales en su país, incluyendo:

- gastos en justicia penal gratuita, diferenciados mediante referencia a las distintas etapas del proceso penal, si esa información está disponible;
- responsabilidad organizativa por administrar la justicia gratuita, por ejemplo, si hay una comisión de servicios legales o un órgano parecido;

- métodos para prestar servicios de justicia gratuita (por ejemplo, abogados particulares, defensores públicos, sistemas de abogacía social, etc.);
- elegibilidad para la justicia gratuita, mediante referencia a las distintas etapas del proceso penal;
- métodos de aplicación y nombramiento de abogados financiados por el Estado, y
- remuneración, si es posible comparándola con las tarifas de la justicia gratuita financiada de manera privada.

3. Derechos legales y su implementación (9.300)

3.1. El derecho a la información

Esta sección debería incluir una descripción sobre cómo regula el sistema jurídico los siguientes derechos, y un relato crítico sobre cómo funcionan en la práctica:

- información sobre derechos procesales (la “carta de derechos”);
- información sobre la naturaleza y la causa de la acusación;
- información detallada (derecho de acceso al expediente o copias del mismo) relativa a los materiales/las pruebas relevantes, que están a disposición de la policía/la fiscalía/el magistrado instructor.

3.2. El derecho a defenderse uno mismo

Esta sección debería incluir una descripción de cómo regula el sistema jurídico el derecho a la defensa, y un relato crítico de cómo funciona en la práctica, diferenciando entre a) el derecho del sospechoso/acusado a defenderse por sí mismo, y b) el derecho a obtener asesoría o representación legal.

Esta sección debería cubrir:

- el momento en el que surge el derecho;
- si existe la posibilidad de escoger abogado;
- si hay una norma que prevea el nombramiento de un abogado sin costo o a costo reducido, si el sospechoso/acusado no puede permitirse un abogado y si hay condiciones de elegibilidad (hacer referencias cruzadas a la sección 2 cuando se requiera);
- disposiciones para acceder a la asesoría y representación legales;
- si existe un derecho de consulta con el abogado y de comunicarse en privado con él;

- cómo se hace efectivo el derecho a un abogado independiente y competente que tenga la obligación profesional de actuar en el mejor interés de su cliente;
- cualquier norma especial para sospechosos/acusados vulnerables (en razón de su edad o enfermedad mental);
- si hay alguna diferencia en el derecho o en la práctica entre sospechosos/acusados que pagan de forma privada sus servicios y quienes requieren justicia gratuita.

3.3. Derechos procesales

Esta sección debería incluir una descripción sobre cómo regula el derecho los siguientes derechos, y un relato crítico sobre cómo funcionan en la práctica.

- 3.3.1. El derecho a ser liberado de la detención mientras está pendiente el juicio
- 3.3.2. El derecho de un acusado a que se le juzgue en su presencia
- 3.3.3. El derecho a la presunción de inocencia
- 3.3.4. El derecho a guardar silencio
- 3.3.5. El derecho a decisiones razonadas
- 3.3.6. El derecho de apelación

El análisis de cada uno de los derechos procesales que se acaban de enumerar debería incluir:

- el reconocimiento legal (del derecho en general);
- la protección procesal (los mecanismos procesales pensados para garantizar que puede hacer efectivo el derecho);
- pruebas de cómo es implementado el derecho en la práctica;
- análisis/evidencia de cómo funciona para los acusados pobres;
- análisis/evidencia de cómo funciona para las minorías étnicas cuando sea relevante (es decir, cuando a) las leyes y los procedimientos discriminan contra las minorías expresamente, o al funcionar tengan una repercusión desproporcionada; y b) haya evidencia de discriminación contra las minorías a la hora de concederles ciertos derechos, según lo establecido en investigaciones previas).

3.4. Derechos relativos a la defensa efectiva

Esta sección debería incluir una descripción de cómo regula el derecho los siguientes derechos, y un relato crítico de cómo funcionan en la práctica.

3.4.1. El derecho a investigar el caso

Incluye los derechos

- a la igualdad de medios procesales (incluido el derecho a estar presente en las actuaciones de las investigaciones, como las ruedas de reconocimiento o las investigaciones);
- a obtener pruebas;
- a investigar los hechos;
- a interrogar los testigos posibles;
- a obtener pruebas de los expertos.

3.4.2. El derecho a tener un tiempo adecuado e instalaciones adecuadas para la preparación de la defensa

3.4.3. El derecho a la igualdad de medios de defensa en el interrogatorio de los testigos

Esto se refiere al derecho a garantizar la presencia de los testigos favorables al acusado y a interrogarlos o a que sean interrogados en las mismas condiciones de los testigos en su contra.

3.4.4. El derecho a un intérprete y a la traducción de documentos gratuitos

Durante el interrogatorio, las audiencias, la comunicación con un abogado para los sospechosos/acusados que no comprendan o hablen el idioma.

4. La cultura profesional de los abogados defensores/defensores públicos (1.800)

Esta sección debería incluir un relato crítico de:

- la función de los abogados en los procedimientos penales y su deber con el cliente, cómo se refleja en las normas y estándares éticos, y cómo es percibida por los abogados y otros participantes en el sistema;
- la existencia (o no) de un órgano profesional unificado, o de varios, y su función o la percepción de su función;
- el grado en el que la profesión o las profesiones jurídicas y los colegios de abogados asumen la responsabilidad de la justicia gratuita, y
- la calidad y los mecanismos garantes de la calidad.

5. Compromiso político con una defensa penal efectiva (600)

Esta sección debería incluir un análisis crítico de las políticas públicas en las áreas de la defensa penal y la justicia gratuita, y en campos relacionados, por ejemplo, delito y políticas de justicia penal, minorías, pobreza, etc., cuando afectan la realización de los derechos a una defensa penal efectiva.

6. Conclusiones (900)

Identifican y resumen a) toda característica positiva y b) toda característica negativa o las principales preocupaciones con respecto al acceso a una defensa penal efectiva, y recomendaciones para mejorar el acceso a una defensa penal efectiva.

7. Bibliografía

Recoge todas las publicaciones a las que se hace referencia en el informe de país.