

APUNTES PARA UN ANALISIS DE LA DEFENSA PENAL EN EL PERU

Ricardo A. Brousset Salas ^(*)

INTRODUCCION

El desarrollo de la doctrina de los Derechos Humanos plasmado en los Tratados Internacionales que constituyen nuestro marco legal supranacional, no sólo ha dotado al moderno proceso penal de principios rectores como la presunción de inocencia, el principio de favorabilidad, la cláusula de no incriminación, la pluralidad de instancias, el derecho a la Defensa, y la excepcionalidad de la detención entre otros; sino que además, por imperio de la vigencia de éstos, ha condicionado la dinámica misma del proceso, y predeterminado la función material del propio Derecho Procesal Penal, adicionando a la función de Realización del Derecho Penal (ponderada en las posiciones clásicas), la de Protección de los Derechos del Imputado frente a la Pretensión Punitiva del Estado, y la Consecución de la Paz Social (entiéndase recomposición de ésta), conforme lo señala acertadamente el Profesor argentino JULIO B. J. MAIER.

En este contexto, la institución de la "Defensa Penal" cobra vital importancia y requiere de un adecuado desarrollo teórico y normativo, el cual no se ha dado cabalmente en nuestro país, no obstante los avances que al respecto se reflejan en el Código Procesal Penal en *vacatio legis*.

En tal entendimiento los apuntes que presentamos, no pretenden constituirse en un estudio acabado sobre el tema, a lo que no podría aspirar por su brevedad; más bien, se trata de un análisis situacional de la Defensa Penal que, modestamente para el autor, pretende servir de punto inicial para un tratamiento más riguroso del tema.

^(*) Profesor Auxiliar de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

EL DERECHO DE DEFENSA

El término "defensa" trae implícito como correlato, la existencia de una agresión, sea ésta una agresión real y consumada, o una agresión temida e inminente; así tenemos que, en este sentido natural y pre-jurídico, la defensa es entendida como una actividad elemental y refleja frente a una agresión; específicamente la reacción ante la agresión.

La conceptualización más adecuada de *defensa* en su acepción jurídica es la que considera a ésta como la reacción instrumental, sistemática y legal, ejercida por una persona por sí o por intermedio de un abogado. Se dice además que está constituida por la repulsión de la agresión representada por un pretendido derecho estatal de penar como consecuencia de la supuesta comisión de hechos presuntamente delictivos y que tiene como finalidad el preservar al procesado de los efectos del *ius puniendi* y, en caso de no ser esto posible, procurar para él un tratamiento justo y adecuado.

Partiendo de la conceptualización de defensa se puede establecer que el derecho de defensa, es un derecho natural y consustancial a la persona; que surge como contrapartida al *ius puniendi* (derecho sancionador del Estado). Por esta razón consideramos al derecho de defensa, entre los derechos humanos de mayor importancia, el que por su naturaleza tiene el carácter de irrenunciable, intangible e inalienable, dada su especial vinculación con el derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad personales. Para efectuar esta categorización tenemos en cuenta que otros derechos humanos como el derecho a la libertad, al libre tránsito, a la propiedad y otros pueden ser conculcados o limitados por el Estado mediante la imposición de una pena, lo cual pone de manifiesto que la prevalencia y salvaguarda de éstos ante la amenaza punitiva por parte del Estado, depende del ejercicio del derecho de defensa.

Pero el derecho de defensa como lo entendemos en la actualidad, es producto de toda una evolución que parte desde su desconocimiento y pasa por su mediatización. Esto ha llevado a autores como BELLAVISTA, a señalar que "la historia del proceso penal moderno no es más que la historia de la mayor y progresiva ampliación de los derechos de defensa". Esto lo podemos constatar si recordamos a POUYET, quien en 1539 decía: "Absurda idea, este soñado derecho a tener un defensor. O el acusado es inocente y no tiene necesidad de ser defendido; o es culpable y no tiene razón para ser defendido", lo que servía de argumento teórico para el desconocimiento de la defensa como derecho inherente a la persona frente a la pretensión punitiva del Estado. Igualmente ilustrativa, para establecer el desarrollo evolutivo del derecho de defensa, resulta citar a GOMEZ DE LA

SERNA, quien señala que "ningún derecho es más natural, ninguno más sagrado que el de la defensa", esto durante el siglo XIX. El derecho de defensa, en consecuencia, no es producto de la concesión humanitaria producto de la bondad o benignidad de los legisladores, sino del desarrollo socio-político de la sociedad, que partió de considerarlo como un propio y verdadero derecho emanado de la suprema ley de la naturaleza.

De lo antes expresado, queda por señalar precisamente en que se concreta el derecho de defensa. Al respecto consideramos atinado parafrasear a GUTIERREZ ALVIZ y CONRADI, cuando señalan que este derecho se concreta "en la posibilidad de desarrollar durante el proceso toda la actividad precisa para contribuir eficazmente a eliminar ... [la imputación —y no la duda como lo señala el autor citado—] que el ejercicio de la acción penal ha hecho recaer sobre una determinada persona".

Pero el derecho a la defensa, no cumple sólo el papel de derecho humano fundamental; sino que además cumple dos funciones igualmente importantes. Así tenemos que es garantía de los ciudadanos frente al Estado, resultando en cierto modo limitación del poder Estatal y un control efectivo de su accionar en cuanto al cumplimiento de la función jurisdiccional. Y de otro lado, resulta un elemento indispensable para el desarrollo del proceso penal, especialmente en la etapa del juzgamiento que se rige por el principio del contradictorio y éste no puede darse a cabalidad sin el ejercicio irrestricto del derecho de defensa por el imputado, que se contraponga, a la pretensión punitiva, expresada en la posición acusatoria sostenida por el Ministerio Público.

Nuestra Constitución Política de 1979 reconocía como derecho fundamental de la persona el derecho de defensa, conforme lo establecía el inciso 9 del artículo 233 de la misma. A nuestro parecer teniendo el derecho de defensa tres dimensiones, como lo hemos anotado anteriormente, de las cuales dos resultan de relevancia constitucional, lo correcto hubiera sido que este derecho se incorporara expresamente como derecho de la persona dentro del artículo segundo y se mantuviera además como garantía de la administración de justicia. A nuestro parecer, la prescripción constitucional que contenía el párrafo "h" del inciso 20, artículo 2 de la Carta fundamental que señalaba: *"Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse y ser asesorado con un defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad"*, hacía alusión sólo a una manifestación que deriva del derecho de defensa, esto es, un ejercicio y no declaraba el derecho como tal, aunque lo reconocía implícitamente.

La Constitución Política de 1993, además de reproducir la prescripción antes glosada en los incisos 14 y 16 de su artículo 139, consagra en el inciso 23 de su artículo 2, como derecho de la persona la "legítima defensa". Pero, además de las normas constitucionales glosadas, existen otras íntimamente vinculadas al derecho de defensa y su dinámica, así tenemos los parágrafos "e" (presunción de inocencia) y "h" (invalidez de las pruebas por violencia o coacción) del inciso 24 del artículo 2; el inciso 19 *in fine* del artículo 2 (el derecho de toda persona a hacer uso de su propio idioma); los incisos 6 (que establece la pluralidad de instancias), 9 (inaplicabilidad de la analogía en material penal), 10 (no ser penado sin juicio), 11 (consagra el *indubio pro reo*), 12 (no ser condenado en ausencia) y 20 (derecho de las personas a formular análisis y críticas a las resoluciones y sentencias judiciales) del artículo 139.

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

El ejercicio del derecho a la defensa tiende a identificarse con la defensa letrada (llamada por muchos autores: "defensa técnica"), lo que consideramos limitativo, pues si bien la defensa letrada es un modo de ejercicio del derecho de defensa, no es el único. A nuestro parecer, el derecho de defensa es un derecho absoluto del imputado, y su titularidad le da la facultad de ejercitarse en la forma que mejor convenga a sus intereses.

Entre las formas de defensa o, más propiamente, de ejercicio del derecho de defensa que puede optar el imputado están:

- a) La auto defensa.
- b) La no defensa, denominada también, defensa negativa.
- c) La defensa letrada.

No obstante lo señalado, consideramos que, salvo casos excepcionales, la defensa letrada, constituye la forma más idónea de ejercicio del derecho de defensa pues, mediante ella, este derecho cumple a cabalidad la tridimensionalidad que le asigna la Constitución y las leyes. De otro lado, este modo de ejercicio no sólo constituye garantía de idoneidad, sino garantía contra los excesos del poder estatal, los cuales pueden configurarse y convalidarse, presionando al detenido o imputado, en su caso, a renunciar bajo presión o falsas promesas, a ejercitar su derecho de defensa mediante la asistencia de un abogado, alegándose falsamente la elección por éste de la auto defensa como se ha venido, y se viene practicando tanto a nivel policial, como en la etapa de la instrucción, dejándose así abierta la posibilidad de vulneración de este derecho, por lo menos a nivel policial o en la etapa de la instrucción.

En relación al *ejercicio* del derecho de defensa, existe en la doctrina posiciones que sitúan el asunto en una disyuntiva irreconciliable, que pone de manifiesto la concepción final que se tiene de la defensa y del proceso penal. La primera que entiende a la defensa primordialmente como exigencia de regularidad procesal sin la cual sería inviable el desarrollo del proceso penal, es decir, que existe obligación de defenderse y, es más, optar por la defensa letrada, entre otras cosas por que la persona no puede disponer de su disponer. Y la segunda, que entiende que el derecho a la defensa constituye un derecho absoluto del imputado, establecido en su exclusivo beneficio, y que podrá ejercitar como mejor lo considere para satisfacer y salvaguardar sus intereses. Lo más aconsejable, resulta no llevar la discusión a planteamientos extremos, dado que con la radicalidad se pierde la necesaria objetividad para abordar el tema con sentido crítico; así tenemos que, llevadas a posiciones radicales, la primera de las posiciones desconocería al derecho de defensa su dimensión de derecho humano inherente a la persona y su dimensión garantista frente al Estado, para asignarle únicamente una función orgánica dentro del proceso, perspectiva que distorsiona el espíritu y evolución histórica del derecho de defensa pues, entendido así, el derecho de defensa serviría primordialmente al Estado para legitimizar su accionar jurisdiccional, relegando a un plano secundario su carácter de reacción inherente al imputado, ante la pretensión punitiva del Estado (entendida como agresión). Esto definitivamente es contrario al espíritu de la Constitución, así como a la naturaleza misma del derecho de defensa. La Constitución peruana, si bien reconoce y garantiza el derecho de defensa, no señala que la persona esté obligada a asumir o ejercer su defensa; contrariamente, la Constitución española establece en el inc. 1 de su Art. 24 la prohibición de indefensión. Este planteamiento incurre asimismo en el error de un examen superficial del asunto al identificar el derecho de defensa con una de las opciones para su ejercicio como lo es la defensa letrada, olvidando que puede darse el ejercicio negativo, del cual brevemente trataremos en adelante, y los resultados beneficiosos que puede dar en esta materia. La segunda de las posiciones, llevada al extremo puede entenderse como conculcadora del principio de contradicción en que se sustenta el proceso penal.

Consideramos de importancia señalar que algunos tratadistas alemanes aún hasta mediados del presente siglo sostenían la existencia de una *defensa formal* ejercitada por el propio imputado o su defensa y una *defensa material* que la ejercía el Juez por ser imparcial y el Ministerio Público por estar en la obligación de ser objetivo. Señalaban estos autores, que esta defensa material se da mayormente en lo que para nosotros vendría ser la instrucción, pudiendo darse también en el juicio propiamente dicho (BIRKMEYER, KERN, LOWE, HELLWING, ROSEMBERG, SCHMIDT, HEMKEL y en cierto modo BELING). Estas posiciones se originan en el proceso inquisitivo alemán y se plasmaron normativamente en el *Codex Juris Bavarici Criminalis* de Kreittmayr de 1751 y la Ordenanza Judicial Austriaca de

1788, los que excluían la participación de un defensor en el proceso penal y disponían que el Juez debía asumir de oficio la función de abogado; lo cual resultaba absolutamente incompatible con su función.

El ejercicio de la defensa, no puede estar referido genéricamente a la eliminación de un perjuicio o la evitación de una sanción penal al inculcado cuando ésta obedezca al accionar del Juez o del Ministerio Público; pues en estos casos la acción ejercitada no sería defensiva sino un acto de justicia; pues debe entenderse por defensa la actividad procesal encaminada con tal fin únicamente; sólo la actividad del imputado o de su defensor implican, por lo tanto, el ejercicio de manifestaciones específicamente defensivas, y por ende son las únicas que constituyen el ejercicio del derecho de defensa. En tal entendimiento la mal llamada "defensa material", no es defensa en sentido preciso, sino el ejercicio de una función pública de carácter distinto, por lo que tal concepción extensiva haría que el término "defensa" pierda todo significado preciso.

LA AUTODEFENSA

La autodefensa, no es otra cosa que el ejercicio del derecho de defensa por la persona del propio imputado, esto es, por su titular.

Aun cuando de las disposiciones constitucionales contenidas en los incisos 14 y 16 del artículo 139, se puede advertir que se tiende a privilegiar el ejercicio del derecho de defensa, mediante la defensa letrada; nuestro ordenamiento legal, incluida la propia Constitución, contienen normas que reconocen y viabilizan procesalmente el ejercicio del derecho a la auto defensa. Así tenemos, por ejemplo, las disposiciones constitucionales que consagran: la presunción de inocencia, la invalidez de pruebas obtenidas mediante violencia o coacción, el *indubio pro reo*, el no ser penado sin juicio, el hacer uso del propio idioma, el derecho a formular análisis y críticas a las resoluciones judiciales y la instancia plural; así como el derecho a la legítima defensa consagrado en el inciso 23 del artículo 2 de la Constitución, sirven sólidamente de marco legal como el válido ejercicio de la autodefensa.

En cuanto a la normatividad procesal, contrariamente con lo ocurrido con otras legislaciones procesales como la española, no se ponen al alcance del inculcado los medios suficientes para articular su autodefensa (potenciando la defensa letrada); las disposiciones de nuestro Código de Procedimientos Penales están concebidas sustancialmente para el ejercicio de la autodefensa, ponderado la intervención del imputado y otorgándole la exclusividad para el ofrecimiento de pruebas, formulación de recursos, excepciones y defensas y demás facultades propias de la defensa, no

reconociendo en el defensor letrado, derecho de representación, ni facultad para accionar por su defendido, salvo en casos reducidos, situación revertida por el artículo 290 de la L.O.P.J. que faculta al abogado a presentar escritos en representación de su defendido. Estas características son justamente las que consideramos negativas en nuestro Código de Procedimientos Penales, pues limitan el ejercicio de la defensa penal letrada, que es en la práctica la única forma de ejercicio real y efectivo del derecho de defensa en nuestro país, pues el desconocimiento de las normas legales, y en especial de las penales por la gran parte de la población, sumadas a las precarias condiciones socio-económicas en que viven la mayoría de los peruanos, hace que el común de la población no esté en condiciones de ejercer su propia defensa, en forma mínimamente idónea.

Además de las razones socio-económicas que hemos señalado consideramos que existen otras razones por las cuales, salvo casos excepcionales, la autodefensa como ejercicio del derecho de defensa resulta precario y hasta peligroso, para los intereses del propio imputado que la ejerce. Entre otras, las razones de mayor peso son: la inferioridad en que puede encontrarse el inculcado por falta de conocimientos técnicos o por falta de experiencia Judicial, al sentirse disminuido ante el poder de la autoridad estatal encarnada por el Juez y el Ministerio Público, quienes además de la autoridad y posición dentro del proceso, cuentan con el auxilio de otras personas (Secretarios, Policía Judicial, Relatores, Peritos, etc.) para el desempeño de sus funciones dentro del proceso; la dificultad para comprender adecuadamente los resultados de la actividad desarrollada dentro del proceso penal; la falta de serenidad y debida concentración, como consecuencia de la incómoda situación de imputado, la cual se agrava en caso de encontrarse en situación de detenido; la imposibilidad física para actuar oportunamente y efectuar las indagaciones y/o trámites pertinentes, en el supuesto de detención; y las limitaciones que significan la incomunicación de los detenidos.

LA NO DEFENSA O DEFENSA NEGATIVA

El derecho de defensa puede ejercitarse también de modo negativo, asumiendo la posición consiente y deliberada, llamémosla sistemática, de no defenderse, esto es, optar por la inacción procesal. Al igual que en el caso de la autodefensa nuestro ordenamiento constitucional y el Código de Procedimientos Penales, dotan al imputado de la cobertura legal para optar y ejercitar su defensa en forma negativa, aunque esto parezca un contrasentido.

Como hemos puntualizado anteriormente, nuestra Constitución Política, no provee la prohibición de la indefensión, como sí lo establece la constitución española; de otro lado consagra como derechos del imputado el no ser obligado a

declarar bajo juramento; a no reconocer su culpabilidad; le otorga el derecho de presunción de inocencia, la invalidez de las pruebas obtenidas mediante violencia o coacción y el *indubio pro reo*. Este marco legal hace que en determinados casos el optar por el mutismo y la indefensión resulte una válida opción defensiva, la cual puede ejercitarse legítimamente.

En cuanto a nuestro ordenamiento procesal, el artículo 121 de C. de P.P., provee la posibilidad que el inculpado renuncie a estar asistido por un Defensor (sea privado o de oficio) durante su instructiva, de cuya negativa deberá dejarse constancia. Asimismo, el artículo 127 del mismo cuerpo legal, provee la posibilidad que el inculpado se niegue a contestar alguna pregunta, lo cual no impide que se niegue a contestar todas las preguntas que se le formulen, de cuyo silencio deberá dejarse constancia, manifestándosele por el Juez que éste (su silencio) puede ser tomado como índice de culpabilidad (esta prescripción resulta inoperante, pues colisiona con la disposición del artículo 132 del acotado, así como con la prescripción constitucional que consagra la cláusula de no incriminación como una garantía de la administración de Justicia, inherente al debido proceso penal). Cabe anotar que, el Código Procesal Penal promulgado como Ley, pero no vigente en su integridad, subsana la anómala situación antes descrita, al establecer en sus artículos 121 y 123, la libertad de declaración, exenta de cualquier medio coercitivo que obligue al imputado, o lo induzca, o determine a declarar contra su voluntad, proveyéndole la posibilidad, incluso, a negarse a declarar y a firmar el acta). No obstante lo antes señalado y en el hipotético caso, que la prescripción del artículo 127 in fine del C. de P.P., no presente los problemas indicados para su aplicación, en caso de no existir prueba concluyente de la responsabilidad penal imputada, el cuestionado "indicio de culpabilidad" generado por el silencio asumido por el inculpado, no haría prueba contra éste, prevaleciendo la presunción de inocencia, e incluso en el caso de existir además otros indicios incompletos, sería de aplicación el *indubio pro reo* en favor del inculpado silencioso.

De otro lado, si bien el artículo 229 del C. de P.P. en su inciso 2, señala que el Tribunal (hoy Sala Penal) al dictar el auto de enjuiciamiento deberá resolver a quién encomienda la defensa del acusado si éste no ha nombrado Defensor; y aun cuando en la praxis judicial se entienda esto como una designación obligatoria, incluso contra la voluntad del acusado (situación de obligatoriedad, que en el nuevo modelo procesal asumido por el Código Procesal Penal, se da desde la etapa de investigación inclusive), somos del criterio que siendo el derecho de defensa un derecho absoluto del imputado, no se puede imponer a éste un defensor contra su voluntad, puesto que tal imposición podría perjudicar la estrategia de defensa estructurada por el imputado y significar desmedro a sus derechos; a nuestro criterio, no proveyendo el artículo 229 el caso de negativa expresa del inculpado a

la defensa, sea privada o de oficio, resulta de aplicación extensiva para el acto oral la prescripción contenida en el artículo 121 del C. de P.P., esto es, en caso de negativa expresa del acusado a la Defensa Letrada, deberá dejarse una constancia, lo cual no implica que en cualquier estado del juicio, el acusado opte por hacer uso de la defensa en la forma que vea conveniente. Entendemos que en tales circunstancias (mediante la negativa expresa del acusado al nombramiento de defensor), la designación de defensor sólo cumple con una formalidad convalidatoria que impone el carácter acusatorio del juzgamiento, pues sin la colaboración del imputado la "defensa" articulada por el defensor de oficio propiamente adquiriría características más rituales que de efectividad procesal, entendida ésta como contraposición real a la acusación en términos adecuados.

LA DEFENSA LETRADA

La defensa letrada como hemos expresado en el capítulo anterior, constituye una de las opciones de ejercicio del derecho de defensa, pero por la singular importancia que reviste su tratativa, para los fines que persigue la presente investigación, estimamos pertinente dedicarle a su desarrollo, un capítulo independiente.

Antes de abordar de lleno el tema que nos ocupa, estimamos conveniente precisar que no consideramos a la defensa penal como una labor exclusivamente técnica, ni siquiera exclusivamente jurídica. En el ejercicio de la defensa penal, el abogado debe, en muchos casos, recurrir a conocimientos propios de otras ciencias, y en otros casos a profundos deslindes teórico-jurídicos, por lo cual consideramos que la defensa penal, lejos de ser técnica, es multidisciplinaria y en muchos casos productora de doctrina, razón por la que no preferimos utilizar el término de "defensa técnica", que mayormente estila la doctrina, en especial la italiana y la española.

El ejercicio de la defensa letrada, presupone la intervención de un abogado, por intermedio de quien el imputado hace uso de su derecho de defensa, tanto en las diligencias policiales (previas al proceso), como en las judiciales dentro del proceso penal. Algunos autores sugieren que el derecho a la defensa letrada, es un derecho independiente del derecho de defensa; nosotros entendemos que el derecho a la defensa letrada es el derecho de defensa, lo que la especie es al género.

El fundamento principal de la defensa letrada, su consagración y tutela constitucional como derecho fundamental de la persona, obedece a un propósito garantista de la libertad de la persona que se ve sometida a un proceso penal debido a una imputación de culpabilidad por un hecho delictuoso. Después de un gran

desarrollo y esfuerzo doctrinario por obtener una intervención cada vez más amplia de la defensa letrada en favor de los intereses del defendido, en la actualidad se encuentra generalmente reconocida y plasmada en normas de carácter constitucional e inclusive en Tratados Internacionales que constituyen normas de carácter supranacional. Como lo veremos más adelante, este reconocimiento constitucional del derecho a la defensa letrada, en nuestro país, no se centraba acompañado de normas procesales que faciliten su ejercicio en toda su magnitud, hasta la promulgación del Código Procesal Penal, cuerpo normativo que desgraciadamente no ha entrado en plena vigencia, encontrándose en la actualidad no sólo en el limbo jurídico, sino además, en la singular condición de ser una Ley (promulgada y publicada) convertida en documento de trabajo.

Otro fundamento de la conveniencia y necesidad de la defensa letrada, se encuentra, en los inconvenientes que conlleva la defensa propia o autodefensa, los cuales ya hemos señalado en el título correspondiente, razón por la cual nos remitimos a dicho lugar; además de la necesidad de oponer al ente acusador (Ministerio Público), un ente defensivo, igualmente orgánico y profesional; lo cual ha llevado a la doctrina incluso a reforzar a la defensa, con el auxilio de un asistente técnico (defensor técnico o perito de parte), para el mejor desempeño de su cometido conforme se encuentra plasmado en el C.P.P. italiano de 1930, lo cual es recogido por el Código Procesal Penal en el inciso 3 del artículo 80.

El objetivo de la defensa letrada, del cual debe imbuirse el defensor penal, no es otro que la obtención de la sentencia más favorable para su defendido, así como el preservarlo de un tratamiento injusto e inadecuado. Así el tratadista italiano CAVALLARI señala que "el defensor debe ocuparse en forma directa y exclusiva de los intereses del inculcado, así como al Ministerio Fiscal corresponde hacer valer las pretensiones de la acusación". Esta es la corriente a la que nos adscribimos por considerarla la única que compatibiliza el ejercicio de la defensa penal con la que sustancialmente constituye el derecho de defensa. Existe otra corriente que limita al defensor a no atender los intereses de su defendido sino hasta donde éstos no entran en contradicción con los intereses colectivos de la sociedad; a nuestro parecer la adopción de esta postura por el abogado defensor, desnaturalizaría su función, pues ésta coincidiría con la del Ministerio Público, no satisfaciéndose el necesario carácter contradictorio del proceso penal. Abanderados de esta posición son los tratadistas italianos MANZINI y FOSCHIMI. El primero señala que la "máxima absoluta fundamental inderogable que debe tener presente todo honesto defensor penal ... [es que] el defensor penal no es patrocinador de la delincuencia, sino del derecho y de la justicia en cuanto pueden estar lesionados en la persona del imputado ..."; el segundo precisa: "el abogado tiene como misión defender al inculcado, no en función de sus contingentes e individuales intereses, es decir, no

como individuo, sino en función de los inmanentes y colectivos intereses de la sociedad, como miembro de una colectividad jurídicamente organizada".

Nuestra toma de posición, respecto al objetivo que debe perseguir la defensa penal y por ende el Abogado defensor, nos obliga a considerar, que siendo la labor del Abogado defensor una labor no sólo de asesoría, sino una básicamente de asistencia y representación, lo que implica, que el defensor se convierte en depositario de la confianza del imputado, actuación que a su vez exige de éste compenetración con la causa de su defendido; es menester que el defensor haga una previa evaluación de carácter ético-moral, respecto a la naturaleza de los hechos y circunstancias materia de la imputación, pues un defensor no podría ejercer adecuadamente su función en caso que la conducta del imputado motiven especial repulsa de carácter ético-moral o político.

NATURALEZA PROCESAL DE LA DEFENSA LETRADA

En cuanto a la naturaleza procesal o calidad procesal de la defensa letrada (entiéndase del defensor penal) existen a nivel de la doctrina, dos posiciones encontradas. Una de ellas, cuyo expositor principal es el tratadista italiano MANZINI, conceptualiza que el defensor cumple básicamente una función de asistencia jurídica en favor del imputado, reconociéndole la representación de éste, pero sólo para y por efecto de la asistencia jurídica. Como consecuencia de éste desarrollo teórico, señala que el defensor no tiene calidad de parte, ni de sujeto, ni de sustituto procesal, pues entenderlo como tal implicaría confundir las funciones de asistencia y representación, con las funciones procesales inherentes a tales cualidades subjetivas. El defensor, dice MANZINI; no tiene intereses propios que hacer valer en el proceso, por que las disposiciones de la sentencia no se refieren a él en absoluto; ni sufre las alternativas procesales que se refieren al imputado.

La otra posición doctrinal, respecto a la calidad procesal de defensor penal, que se comienza a esbozar por VARGHA en el siglo pasado y se consolida con DE MARSICO, LEONE y BELLAVISTA, atribuye al defensor penal la calidad de sujeto procesal, entendiendo al imputado y al defensor como sujetos de una misma parte; resultando evidente que el defensor ingresa al proceso en virtud de su calidad de tal y para el cumplimiento de sus funciones de asistencia y representación, siendo en esta medida que comparte con el imputado el mismo espacio de parte. Su condición de sustituto procesal del imputado, le da la calidad de sujeto procesal, sin la cual no podría intervenir ejerciendo la representación de su defendido y ejercitando por él los derechos o interponiendo los recursos procesales pertinentes. Sin embargo, la sustitución procesal no es absoluta: el defensor no puede reemplazar al procesado en el cumplimiento de los actos de carácter personal; la

presencia del defensor no cumple la ausencia del procesado prófugo (sólo la cubre en el acto de la lectura de sentencia de ser ésta absolutoria; la voluntad del procesado es necesaria, respecto a la conformidad o disconformidad con las resoluciones que afectan sus situación personal y en otros casos específicos.

Para clarificar la posición antes referida, consideramos ilustrativas la concepción de Vargha, quien señalaba: "que el defensor es un alter ego procesal (el oído jurídico y la boca jurídica del imputado); y la concepción de De Marsico que considera: "al imputado y a su defensor como los dos órganos de una parte única y al defensor como un consorte procesal y necesariamente accesorio del imputado..."

Nosotros consideramos con la segunda posición, que el abogado defensor, necesita de la calidad de sujeto procesal para poder ejercer a cabalidad su función de asistencia y representación del imputado, calidad que procesalmente equipara a la defensa con el Ministerio Público. En esta calidad de cuasi-sujeto procesal se adquiere con el otorgamiento por parte de la ley, de expresas y amplias facultades de representación del imputado cuyo ejercicio introducen activa y decisivamente al defensor en el proceso.

Las limitaciones de nuestra legislación procesal penal aún vigente, en cuanto se refiere al ejercicio de la defensa penal, se explican por el sistema adoptado en su modelo original. Debemos señalar que el Código Procesal Penal en *vacatio legis* indefinida, considera al defensor letrado como un cuasi sujeto procesal; y en consecuencia, otorga al Abogado defensor en mérito de su designación la representación del imputado para ejercitar todos los recursos y articulaciones que asistan a los interesados de éste (representación que actualmente rige pero como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 290 de la L.O.P.J.); asimismo, revirtiendo la práctica procesal colonial discriminatoria que impera hasta la actualidad en nuestro proceso penal, faculta al defensor interrogar directamente al imputado, agraviado, testigo, perito; de otro lado lo faculta para asesorarse por un perito de parte (defensa técnica según la doctrina italiana); señala la obligatoriedad de que se le proporcione copias de la investigación y demás actuaciones desde el momento de iniciada la investigaciones incluso a nivel policial para que ejercite la defensa; a condición que jure mantener la reserva. Y por último, concede autonomía y libre expresión al Defensor durante el proceso. Lo cual consideramos un avance importante en materia de ejercicio de la Defensa Penal, que esperamos no quede únicamente como un esfuerzo frustrado de adecuación de la normatividad procesal penal al marco constitucional y al desarrollo de la legislación supranacional de los Derechos Humanos.

Pasaremos a desarrollar brevemente, las funciones del defensor penal, así como su autonomía respecto al defendido y la forma como se resuelven los conflictos que surgen entre defensor y defendido.

La asistencia legal debe ser amplia, corresponde al abogado defensor, acompañar al imputado durante la realización de todas las diligencias procesales que debe cumplir personalmente para protegerlo en sus derechos, para interponer sus oficios a fin de que estas diligencias se practiquen, con sujeción a las formalidades legales establecidas y no de modo que puedan perjudicarlo; y además fuera de lo estrictamente procesal, la asistencia tiene el objeto psicológico y humano de brindar consejo y ayuda, para elevar el ánimo del defendido.

La representación debe también ser amplia, correspondiendo al Abogado defensor sustituir al imputado para todos los actos jurídicos-procesales que constituyan actividad defensiva, con la sola excepción de las diligencias de carácter estrictamente personal y de las decisiones que impliquen compromiso de su libertad o su patrimonio.

Como consecuencia de lo antes expresado, la acción del defensor debe incidir en todo lo que se vincule con el contenido jurídico del proceso, con la observación de las formas procesales pertinentes pudiendo ejercitarse desde la investigación indagatoria (fiscal o policial) y en todas las instancias procesales, así como en todos los incidentes promovidos dentro del proceso.

Por lo general los lineamientos de la defensa como actividad procesal son previamente acordados entre el Abogado defensor y el defendido, con la finalidad que el argumento de defensa mantenga solidez y coherencia y en tal virtud pueda prevalecer frente a la tesis de la imputación; así, el defensor será el encargado de dirigir técnicamente (entiéndase jurídico-procesalmente) la defensa. Pero cuando surgen situaciones en las que defensa y defendido no concilian en posiciones relativas al ejercicio de la defensa, es cuando la autonomía relativa del Abogado defensor frente al imputado, cobra especial importancia. Partiendo de que el derecho de defensa y la decisión respecto a su ejercicio, es un derecho inalienable del imputado, que goza de reconocimiento y protección circunstancial, es la autonomía del imputado la que debe prevalecer sobre la autonomía del Abogado defensor en caso que surja un conflicto entre ambos. Asimismo, pueden surgir impedimentos de carácter técnico jurídico o ético moral que resulten irreconciliables para el Defensor que pueden afectar su disposición y ecuanimidad para el ejercicio de su función, en estos casos, o cuando el imputado considere inconveniente la actuación del defensor, deberá, a iniciativa del imputado o del Defensor o por acuerdo entre ambos, disolverse la relación jurídico-procesal existentes ambos.

BIBLIOGRAFIA

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposicion y autodefensa*, México, Imprenta Universitaria, 1947.

CLARIA OLMEDO, Jorge A., *El proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

GUTIERRES-ALVIZ Y ARMARIO, «La postulacion procesal: Representacion y defensa», en *Revista de Derecho Procesal*, III Epoca, N° 1, Buenos Aires, 1965.

GUTIÉRRES-ALVIZ Y ARMARIO, «Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, 1973.

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

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando, *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I, Bogotá, Temis, 1989.

MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino*, Tomos 1a y 1b, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

MAIER, Julio B. J., *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1981.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, Tomos II y III, Buenos Aires, EJE, 1951-54.

MARCONE MORELLO, Juan, *La defensa en el proceso penal*, Lima, AFA, 1989.

MIXAN MASS, Florencio, *El juicio oral*, Trujillo, Marsol Perú Editores, 1984.

MIXAN MASS, Florencio, *Derecho procesal penal*, Volumen I, 2a. ed, Trujillo, Marsol Perú Editores, 1990.

MORENO CATENA, Víctor, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, Civitas, 1982.

ODERIGO, Mario A., *Lecciones de derecho procesal*, Tomo II, Buenos Aires, Depalma, 1982.

VESCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1984.