

Comentarios al Código de Procedimientos Penales *

Por DOMINGO GARCIA RADA

Catedrático de Derecho Penal. Vocal de
la Corte Suprema de la República

LIBRO PRIMERO

De la Justicia y de las Partes

TITULO VII. — MINISTERIO DE DEFENSA

El concepto de defensa generalmente es opuesto al de acusación pero complementándose ambos. Siendo el proceso penal una síntesis de acusación y defensa, no puede existir la una sin la otra, encontrándose en situación de igualdad.

La defensa es investigación de las razones y pruebas actúadas desde el punto de vista de la parte procesada. La acusación es igual investigación pero llevada a cabo por el extremo opuesto: el de la parte agraviada representada por la sociedad.

Entre el juez —que ejerce la función jurisdiccional— y el inculcado —a quien se imputa haber cometido una infracción legal— existe una tercera persona: el defensor. CARNELUTTI dice que el defensor viene a ser un intercesor, porque su misión es evitar o mitigar el castigo. El inculcado está, por lo general, privado de la energía y capacidad necesarias para expresar sus razones, tanto por ignorancia cuanto por la situación psicológica

* Véase Año XXIV, Nos. I y II de esta misma Revista.

que produce una imputación. Cuanto más avance la ciencia penal, más necesaria será la intervención de un tercero técnico que con su ejercicio pone en pié de igualdad la acusación —llevada a cabo por un experto en derecho— con la defensa, que deberá reunir igual capacidad.

MANZINI (1) distingue entre la defensa —que es elemento del contradictorio— y el defensor. El instituto de la defensa puede existir cuando el mismo procesado se defiende, interviniendo en los actos del proceso. Cuando el inculpado, bien sea por ser profesional, por encontrarse apto para hacerlo o por no haber designado letrado, se defiende a si mismo, existe defensa pero no hay defensor. La defensa es elemento esencial del contradictorio, etapa en la que se contraponen los cargos de la acusación a los motivos o razones del imputado. El contradictorio implica la libre argumentación en el debate; supone la posibilidad de oponer unas razones a otras, todas destinadas a que el juez alcance la certeza legal. Por eso la ley permite que el encausado actúe sin defensor y en ese caso siempre existe defensa, llevada a cabo por el propio interesado, aunque obviamente en forma deficiente. El contradictorio no significa la presencia del defensor, sino solamente exige que exista contraposición de razones del acusador y del imputado.

El defensor tiene bajo su patrocinio los intereses del encausado. Es inherente a su función representar a su defendido en todos aquellos actos del proceso para los cuales no se requiere poder especial o cuya realización no le perjudique. En algunos casos la ley exige la presencia personal del encausado o por lo menos su expresa participación, v.g. la instructiva, etc. En cuanto a la interposición de excepciones y cuestiones previas, es jurisprudencia constante que el defensor no las puede deducir, siendo necesario que lo haga el propio interesado salvo que aquel tenga poder. Tal exigencia se explica por que la referida interposición constituye el ejercicio de una acción y ello sólo compete al titular del derecho.

Debe distinguirse —ya lo hemos insinuado al comienzo— la autodefensa de la defensa profesional. La primera responde a una incoercible manifestación del instinto de libertad del hombre y no está sujeta a vínculos jurídico-morales. Existen preceptos muy antiguos aun en vigencia, que dan la medida exacta de esta amplitud: v.g. *nadie está obligado a delatarse; nadie está obligado a causar su propio daño; el encausado no está obligado*

a prestar juramento de decir verdad, es decir queda autorizado para mentir en defensa propia, etc.

En cambio la defensa profesional no tiene esta amplitud y ella se dá para establecer el equilibrio entre la acusación —siempre a cargo de letrado— y el imputado. Garantiza que se esclarecerá la justicia en beneficio de los inocentes, sin que sea medio para obtener la impunidad para los culpables. El defensor interviene en el proceso penal dando asistencia jurídica en favor de los derechos del imputado; presta juramento y asume responsabilidad por el buen ejercicio de esta actividad, de lo cual responde no sólo en el campo civil y penal, sino aun en el institucional, pues el Colegio de Abogados puede sancionarlo aplicándole las medidas del Código de Etica Profesional que señala un mínimo de moralidad y decoro para los agremiados.

La defensa es colaboración con la justicia, contribuyendo al esclarecimiento de los hechos y procurando que la certeza legal se alcance, evitando que el criterio de la justicia se desvíe por la acción tortuosa del interés personal. El defensor debe proteger los derechos del inculcado sin convertirse en encubridor de delincuentes.

El concepto de asistencia abarca la defensa de todos los intereses legítimos de quien está sometido a la justicia penal. Es asistencia jurídica no material, de manera que en muchos actos puede concurrir el imputado sin su defensor o al contrario; la presencia del uno no implica forzosamente la del otro. La defensa abarca el hecho y el derecho: el hecho porque de su apreciación se derivan consecuencias jurídicas y para lograrlo se requieren operaciones lógico-jurídicas que exceden a los conocimientos de los profanos; y del derecho porque éste es necesario no sólo para la exacta aplicación de la ley sino también para el examen de la prueba actuada. La defensa debe basarse en citas del derecho sustantivo pero durante su curso es necesario ejercitar las de derecho procesal. De allí se deriva la necesidad de que los imputados —por lo general privados de conocimientos legales— requieran la asistencia técnico-jurídica del Ministerio de Defensa.

Si la culpabilidad del imputado es evidente —bien por su flagrancia o por su confesión— ello no lo exime de defensa, pues siempre existirán circunstancias atenuantes que lo beneficiarán. Si el defensor —por confidencia del reo o por otras informaciones— llega al convencimiento de que su patrocinado es culpa-

ble, sin embargo puede y aun debe pedir su absolución, si es que de las pruebas actuadas no logra acreditarse debidamente el delito. En todo caso el defensor está obligado a ampararse en lo más favorable a su defendido. Si faltando pruebas, no pidiera la absolución, ello significaría que está enterado de la culpabilidad y, en el fondo equivaldría a una confesión que atentaría contra el secreto profesional. En todo instante el defensor debe ser celosísimo de guardar este secreto, estándole vedada toda actitud que directa o indirectamente haga suponer cosa distinta de lo probado en autos o descubra los datos conocidos en el ejercicio de su función profesional.

La defensa no significa dar consejos malos o inmorales. El defensor está obligado a exponer la conducta de su cliente en la forma que le sea más favorable, orientándolo con esta finalidad. No puede alterar los hechos, ocultar la verdad, ni mucho menos engañar al juez. La defensa se ejerce dentro del ámbito del derecho y de la moral profesional. La defensa es derecho frente al juez y deber frente a la justicia. El defensor no puede ser imparcial porque debe asistir a quien se encuentra inculpa-do, ayudándolo en la mejor forma posible. Sería absurdo pedirle imparcialidad. Puede y debe presentar todo aquello que objetivamente mejore la condición procesal de su patrocinado.

Si conviene a su cliente puede y debe actuar las investigaciones que le sean favorables. El juez apreciará la prueba que se haya actuado según las reglas de la crítica. En especial está obligado a aportar datos que den luces sobre la conducta anterior del encausado para establecer los caracteres de su personalidad y medio ambiental, que son indispensables para el juzgamiento, como lo dispone el art. 51 del C.P., el que muy pocas veces o ninguna se cumple en el período de la instrucción.

Teniendo el proceso penal dos etapas: la investigatoria y la audiencia, es indudable que en ambas debe intervenir el defensor. En la primera porque es allí donde se acumulan las pruebas y se presentan los cargos; muchas actuaciones no se pueden repetir y su valor queda inalterable. Pero en la audiencia la presencia del defensor es indispensable. Si bien es cierto que durante la instrucción, en ciertas diligencias es posible prescindir del defensor, en cambio en el juicio oral tal ausencia acarrea la nulidad del fallo.

El defensor es un profesional que ejerce una actividad pública en defensa del interés particular. El defensor rentado de

los Tribunales Correccionales es funcionario que se encuentra al servicio del Estado y realiza una función pública.

La obligatoriedad de la asistencia jurídica del defensor en la audiencia sólo se exige en lo que respecta al imputado. Las otras partes del proceso (parte civil y tercero civilmente responsable) pueden no concurrir al acto oral, no siendo su intervención esencial ni obligatoria. Sin embargo el Tribunal puede disponer en determinados casos, que el agraviado concurra necesariamente al acto oral, pero nunca puede exigir la presencia de su abogado.

En cuanto al carácter de la relación entre defensor e inculcado MANZINI (2) cree que "es de naturaleza meramente privada y contractual; es objetiva y subjetivamente una prestación de obra intelectual (art. 2230 del C. C. Italiano)". Es un *servicio de necesidad pública* que requiere ser prestado por un profesional libremente elegido por el encausado o a falta de esta designación, es nombrado por el Tribunal para el caso concreto o ejercido por un abogado que se encuentra al servicio permanente de la justicia, como es el caso del Defensor de Oficio.

Entrando al Comentario del Código, anotaremos que el título del Ministerio de Defensa es una de las fundamentales innovaciones que contiene la ley procesal penal. La defensa del reo que es garantía de justicia y condición esencial para el ejercicio de la acción pública, no se dá plenamente cuando el acusado es indigente. Carente de dinero para contratar los servicios de un profesional, el Tribunal estaba obligado a designarle uno de oficio. Este régimen, existente hasta 1940, funcionaba imperfectamente cuando el nombrado por el Tribunal no concurría a la audiencia, rechazando la defensa por motivos atendibles, o solamente prestaba su concurso por breves momentos, frustrando así la continuidad de la audiencia o prolongándola indebidamente y, en todo caso, poniendo poco interés en defender a su protegido.

Conforme al inc. 4º del art. 142 de la L.O.P.J., los abogados están obligados a *servir los cargos de suplentes y defensores de pobres para que fueren designados*. Esta obligación no satisfacía completamente a la justicia. Eran muchos los motivos por

los cuales se excusaban de aceptar tales designaciones; otras veces habiendo aceptado ser designados Defensores de Oficio y jurado el cargo no cumplían sus obligaciones. En realidad sobre muy pocos letrados recaía íntegramente la pesada tarea de concurrir a las audiencias, dedicándole las mejores horas de la tarde, sin compensación económica alguna.

Considerando esta realidad, al formular su Ante-Proyecto —luego convertido en Código— el Dr. ZAVALA LOAYZA creó el Instituto del Ministerio de Defensa integrado por profesionales designados anualmente por la Corte Superior. Pero lo más importante de este capítulo fue la creación del cargo de Defensor de Oficio rentado. Como antecedente existía un proyecto presentado en 1926 a la Cámara de Diputados creando este cargo en cada uno de los Tribunales Correccionales de la República.

En el anterior C.P. en M.C. no existía ningún capítulo destinado al Ministerio de Defensa, pero sí varios artículos relativos a la defensa del inculcado. Sólomente en el actual Código aparece en forma cohesionada, como institución autónoma y, en cierta forma, contrapuesta al Ministerio Público, que tiene a su cargo la defensa del encausado, que es una de las partes del proceso penal.

Es conveniente que esta institución no se circunscriba al juicio oral. Su presencia en el período investigador es tanto o más necesario que en el juzgamiento, por ser allí donde se actúan todas las pruebas, de cargo y de descargo, muchas de las cuales ya no es posible repetir en el Tribunal.

Comprendiéndolo así en fecha reciente el Ministerio de Justicia ha nombrado a dos profesionales como defensores de oficio ante los Juzgados de Instrucción y ha pedido al Congreso que se incluyan estas partidas en el presupuesto de 1961.

El fundamento del derecho de defensa reside en que la ley presume la inocencia; el procesado goza de esta presunción y a la sociedad —representada por el Ministerio Público— corresponde probar que es culpable. Esta persona considerada inocente, debe estar en iguales condiciones de asistencia profesional, como la tiene el Ministerio Público y para esto es necesario que un técnico en derecho —como es el abogado— lo patrocine. Cuando el inculcado es indigente y carece de dinero suficiente para pagar su defensa, a la sociedad corresponde abonar esos honorarios. Esta defensa debe ser una función pública, confiada a abogados penalistas, experimentados para que el imputa-

do esté convencido de tener la misma eficaz representación que si fuera pagada; a su vez debe otorgarle la misma confianza que si lo hubiera elegido personalmente.

El establecimiento de esta institución no afecta la situación económica de los abogados en general ni constituye amenaza a su estabilidad patrimonial. Sólo atenderá a aquellos que, por carencia de dinero, nunca podrían convertirse en clientes.

El fundamento del derecho de defensa reside en la libertad con que procede quien designa abogado; ejercitando este derecho, el reo escoge al profesional que le inspira confianza. Sólomente si careciera de abogado que lo patrocinare, bien por falta de dinero para pagar sus honorarios o por cualquier otro motivo, es que el tribunal o juez le designa uno de oficio, de aquellos que integran el Ministerio de Defensa.

En ningún caso se puede obligar a un reo a que tenga defensa distinta de aquella a quien ha designado; excepto si el profesional elegido tuviere alguna tacha legal en cuyo caso por impedimento no puede asumir la defensa. El defensor debe contar con la confianza de su patrocinado, pues en sus manos tiene el honor, la libertad, el patrimonio de su defendido. Una ejecutoria suprema ha declarado que si al reo se le obliga a tener distinto defensor del que él ha designado, es nula la sentencia que pone término a la audiencia; los sucesivos pedidos de aplazamiento, no pueden justificar la imposición de distinto abogado, pues la ley franquea otros medios para obligar al profesional para que concorra a la audiencia. Tal designación es contraria al sagrado derecho de defensa. (R. de los T. 1940 pg. 447).

A los pocos meses de vigencia del Código, se presentó al Parlamento un proyecto suprimiendo este título por innecesario. La Corte Suprema en informe del 15 de mayo de 1941 opinó por la subsistencia, estimando que es deber del Estado proveer a la defensa del acusado indigente, lo que responde a un principio de asistencia social aplicado al campo jurídico.

Es interesante recordar que no siempre ha sido obligatoria la asistencia profesional en los litigios. El Fuero Juzgo prohibía la intervención en el juicio, de personas distintas de los propios interesados; sancionaba la infracción con la multa de 10 a 20 maravedíes si era noble el que tomaba la defensa y de 50 a 100 azotes si era villano. Cada uno debía defenderse a sí mismo, sin ayuda de nadie. Como excepción a esta regla, el Fuero Juzgo permitía el nombramiento de Procuradores o Persone-

ros en el caso de que el Rey litigara por no podersele obligar a comparecer personalmente; o cuando litigaba un noble con un plebeyo, en cuyo caso éste último estaba obligado a designar un representante de análoga nobleza a la de su contendor.

Las Leyes de Las Partidas legislan en forma metódica y sistemática sobre la institución de los Abogados, cuyo origen se remonta al Derecho Romano. En la Partida III consagrada al procedimiento judicial, existe un título que contiene reglas de ética profesional. Esta legislación alfonsina regula el ejercicio de la profesión de abogado permitiendo que asesoren a los litigantes, pero no impone que obligatoriamente, en todo juicio, cada parte sea patrocinada por un letrado. Permitía la intervención de abogado pero no obligaba a los litigantes a que contrataran sus servicios.

Es en época posterior que aparece la obligatoriedad de que, en todo litigio, las partes sean patrocinadas por letrados. Se ha impuesto en todo el mundo por considerar que la presencia de abogado restablece la igualdad entre las partes —las que pueden ser desiguales y en realidad lo son, por diversa personalidad o situación social o económica— y, además, encauza el litigio dentro de las normas del derecho. Por excepción y sólo durante el período de la investigación, el inculcado puede renunciar a la presencia de defensor.

En sus comienzos la defensa de pobres se hallaba compensada con honores y exención de impuestos personales. En los estados modernos, en que prevalece la igualdad ante la ley y ante la tributación, han desaparecido estos privilegios, quedando subsistente la obligación de defender gratuitamente a los pobres e indigentes. Sólomente se les reconoce tiempo de servicios de abono para una futura jubilación, cesantía o montepío, en cargo que tenga renta.

Art. 67.— El Ministerio de Defensa está constituido por los abogados que en los Juzgados de Instrucción y en los Tribunales Correccionales defiendan de oficio a los inculcados y acusados.

En caso de impedimento del defensor lo reemplazará el que designe el Tribunal Correccional entre los suplentes del Ministerio de Defensa nombrados anualmente por la Corte Superior. Estos serán encargados igualmente de la defensa de oficio cuando habiendo más de un reo las defensas sean incompatibles.

El Ministerio de Defensa como institución que se encuentra frente al Ministerio Público y con igual categoría procesal, está constituido, tanto por los defensores rentados —que son funcionarios públicos— cuanto por los abogados designados anualmente con esta denominación y cuya finalidad auxiliar de la justicia es la misma. Estos defensores pueden ser llamados por el Juez de Instrucción, cuando la instrucción se encuentra en el trámite de investigación y también en la etapa del juicio oral, ante los Tribunales Correccionales. Para ambas etapas del proceso penal es necesaria la ayuda de los abogados defensores.

Conforme a la L.O.P.J. en el mes de enero de cada año, al clausurar sus actividades judiciales, las Cortes Superiores deberán designar a los profesionales que servirán como Defensores de Oficio en causas de pobres. En el campo penal, estarán a disposición de los jueces y de los tribunales, pudiendo ser llamados para asistir tanto a la etapa investigatoria cuanto para la audiencia. Si bien para la primera puede dispensarse de la asistencia de letrado, la segunda no puede realizarse sin contar con defensor.

Es obligación de los abogados aceptar los cargos de oficio para los que fueren designados, excepto si tuvieran parentesco con el inculcado o agraviado. El inc. 4º del art. 29 les comprende. (A.J. 1942. p. 562). Ya hemos expuesto los fundamentos en que radica el derecho de defensa y la razón legal que obliga a los abogados a aceptar estos cargos gratuitos en los primeros años de su vida profesional. Al mismo tiempo que les dará experiencia rica e interesante que contribuirá a su formación jurídica, también es grave deber profesional colaborar con la justicia.

El prestigio de la abogacía radica en que colabora con la administración de justicia en alcanzar sus fines. El abogado debe ayudar al juez, sin desfigurar los hechos ni menos engañarle.

El Código de Ética Profesional —norma de conducta que regula el ejercicio de la actividad profesional dado por la misma Orden— en su art. 7º reconoce este principio al establecer que: *“La profesión de abogado impone a quien la ejerce, sin perjuicio de sus actividades remunerativas, la obligación de defender gratuitamente a los pobres, ya sea que éstos lo soliciten directamente o que ella emane de nombramiento de oficio. El incumplimiento de este deber, salvo causa justificada, es falta grave que atenta contra el prestigio moral de la abogacía y desvirtúa su esencia”*.

Al calificar de falta grave el incumplimiento de este deber, el art. 7º plantea un problema: el abogado que ha sido nombrado Defensor de Oficio, ¿está obligado a hacerse cargo de la defensa, aunque moralmente le repugne el hecho delictuoso? En términos generales, se afirma que todo acusado, tiene derecho a ser defendido por monstruoso que sea su delito y, correlativamente, todo abogado puede y debe defender causas criminales sin considerar el aspecto moral de las mismas. El asumir la defensa de un delito no implica solidaridad con el hecho ni menos complacencia por su verificación. Pero si hay una repugnancia invencible y existe otros letrados que puedan asumir la defensa, creemos que el abogado puede excusarse. El Código de Ética en su art. 8º dice: *“El abogado goza de libertad para decidirse si asume o no la defensa de un acusado, cualquiera que sea su opinión sobre la culpabilidad de éste; pero si acepta la defensa debe esforzarse, empleando medios lícitos y morales, en obtener el resultado más favorable a su patrocinado”*.

Es decir, el profesional lícitamente puede excusarse de intervenir en una defensa, excepto el caso de que fuera el único expedito para defender, en cuyo caso obligatoriamente deberá aceptar el patrocinio. Como toda defensa de oficio implica trabajo extra, no remunerado, el abogado puede excusarse aduciendo exceso de trabajo en otras causas de oficio. Cuando siendo el único letrado, tiene que asumir la defensa, a pesar de su repugnancia por el delito, deberá destacar aquello que beneficie al reo, v.g. su falta de antecedentes penales, su buena conducta antes de la comisión del delito, la falta de preparación, la recuperación de las especies, si fuere el caso, etc. Siempre existen aspectos favorables al reo que pueden ser esgrimidos sin necesitar ocuparse del delito para no verse obligado a excusarlo ni tampoco elogiarlo.

Siendo el único abogado, su negativa impediría realizar determinadas diligencias como la audiencia, en las cuales es imperativa la presencia del defensor. La demora en el juzgamiento haría ilusoria la justicia. En estos casos, las razones generales de la propia administración de justicia prevalecen sobre las personales del abogado.

Existe un problema que reviste suma importancia y aunque abarca a toda la institución, lo plantearemos al iniciar el estudio del primer artículo: es el relativo a las facultades del abogado defensor. El establecer hasta donde alcanzan sus poderes tiene consecuencias múltiples para el procesado. Así preguntamos: ¿sólo tiene la mera defensa del imputado? o ¿puede considerársele como apoderado tácito para todo lo que le favorece?; ¿qué escritos puede firmar solo y en cuáles requiere ir acompañado por el interesado?; ¿hasta qué punto un escrito firmado por el defensor obliga al reo?; ¿puede deducir incidencias que favorezcan a su parte?; ¿puede interponer recursos impugnatorios?, etc., etc.

Por regla general las facultades del defensor, cautelando los intereses del procesado en el curso de la instrucción, son los de mera defensa. Para todo lo que sea trámite puede firmar solo y el juez debe atender su pedido v.g. pedir fecha para actuar una diligencia o aplazar la ya designada que se le cite para las actuaciones a verificarse, pedir que los autos pasen a vista fiscal, etc. En consecuencia creemos que el defensor por si solo puede pedir que el proceso avance, que camine más rápido, pero no puede alterar su estructura ni variar su contenido.

El defensor no puede tomar iniciativas por su cuenta, aunque éstas beneficien a su patrocinado. Si quiere hacerlo deberá contar con la firma de éste. Le está prohibido hacer todo aquello que exceda a actos de mera defensa. Si lo cree oportuno, deberá recabar la firma del procesado, lo que implica conocimiento y aprobación por parte de éste.

El haber sido nombrado defensor —por el reo, por el juez o por el tribunal— no le confiere poder alguno. El defensor no es personero del acusado. Son situaciones jurídicas distintas las de defensor y apoderado; el defensor no representa a nadie y el apoderado sí, a su poderdante; el apoderado actúa en nombre de quien representa; el defensor no, requiriendo para todo trámite sustancial de la firma de su defendido.

De lo anterior resulta que para interponer recursos impugnatorios, cuestiones prejudiciales o deducir excepciones en el período de la instrucción, es necesario que el propio acusado lo haga, es decir, que firme el escrito en que se plantean. El defensor por si solo no puede hacerlo. Creemos que el recurso de nulidad interpuesto únicamente por el defensor es improcedente. También lo serán las excepciones y cuestiones deducidas por quien, como el abogado, no es parte en el proceso penal, salvo que las deduzca en el mismo acto oral, en ejercicio de la defensa, en cuyo caso se considerarán como argumentos de la misma.

La Corte Suprema en reiteradas ejecutorias ha reconocido los anteriores principios. (A.J. 1940 pág. 243; R.T. 1940 pág. 494 y R.J.P. 1959 pág. 1263).

La última de las ejecutorias citadas reviste suma importancia porque delimita los alcances procesales de la defensa. Los defensores —dice la ejecutoria— no ejercen la personería del inculpado. La interposición de excepciones y cuestiones prejudiciales, como medio legítimo de defensa, constituyen el ejercicio de una acción y, por consiguiente, son de incumbencia del inculpado, que es su propietario y sólo pueden ser deducidas por éste o por quien sea su legítimo personero. El defensor del ausente tiene las mismas prerrogativas que el designado por el imputado y las facultades que le concede el art. 205 están relacionadas con las que este título otorga al Ministerio de Defensa; en consecuencia, sólo puede interponer los recursos procesales que se refieran a la pronta tramitación de la denuncia pero nunca aquellos que imputen el ejercicio de una excepción, que es una acción reservada exclusivamente al imputado.

Otro problema a plantearse es el siguiente: el letrado que como Juez dictó el auto apertorio y actuó las primeras diligencias, decretando la detención de los procesados, más tarde, apartado de la función judicial ¿puede ser designado defensor de uno de aquellos mismos enjuiciados contra quien decretó la detención? Creemos que nó. Al abrir la instrucción y decretar la detención, el juez opinando sobre el fondo de la imputación, la estima procedente para los efectos de la investigación. Más tarde, cuando las pruebas actuadas no han destruido por completo esos cargos, sino más bien los han confirmado, ese mismo profesional no puede hacerse cargo de la defensa ni considerar inocente a quien con anterioridad había calificado de responsable.

Existe razón legal para sustentar este impedimento. Así como el abogado convertido en juez, está impedido de conocer aquellas causas que patrocinó como letrado, así también apartado de la función judicial, lo está respecto de aquellos procesos en los que intervino. El Código de Ética es estricto; en su art. 22º dice: *Cuando un abogado haya cesado en la magistratura, no debe aceptar el patrocinio de asuntos en los que intervino con carácter oficial. Tampoco patrocinará causas semejantes a otras en las cuales expresó opinión adversa en su carácter de funcionario, mientras no justifique su cambio de criterio.* Con estos fundamentos el 3er. Tribunal Correccional de Lima dictó una resolución, con fecha 4 de octubre de 1957, en la causa seguida contra Héctor Moreno y otros, por robo.

Art. 68º— Los defensores de oficio están obligados a intervenir en todas las diligencias de la instrucción y a autorizarlas con su firma.

Al aceptar el cargo de defensor de oficio, el abogado prestará juramento de desempeñarlo con eficiencia y honradez; este juramento puede constar en acta separada o en la primera diligencia en que intervenga.

Siendo la instrucción reservada, el defensor —a quien se le franquearán los autos— guardará el secreto de lo que en ella ocurra no sólo en cartas y comunicados periodísticos, sino también ante extraños y personas ajenas al proceso. El Código de Ética en sus arts. 13º y 14º establece la obligación de guardar el secreto profesional y la prohibición de hacer publicaciones periodísticas referentes a procesos pendientes, salvo que sean rectificaciones escuetas. Cesa esta obligación cuando concluya el proceso y el abogado, con el consentimiento del cliente, pueda hacer las publicaciones de las piezas del proceso con el comentario respectivo hecho en forma *ponderada y respetuosa* dice el art. 13º.

Desde el momento en que el abogado acepta la defensa, queda obligado con su defendido, debiendo intervenir en el proceso vigilando su normal desarrollo y firmando las diligencias en señal de aceptación, sin olvidar que su suscripción lleva implícita la aceptación de su defendido.

Cabe formular una interrogante: ¿de la redacción de este artículo se desprende que los actos de la instrucción realizados sin la concurrencia del defensor, son nulos? En este punto conviene examinar la Teoría de las Nulidades. CASTRO (3) define la nulidad diciendo que *es la ineficacia de un acto procesal cuando en él no se han cumplido los requisitos y solemnidades que la ley establece*. Atendiendo al acto que afecten, las nulidades pueden ser sustanciales y secundarias. Actos sustanciales del procedimiento son los requisitos indispensables para que exista proceso válido o para que un acto pueda llenar sus funciones. Son secundarias o accidentales, las garantías accesorias que tienen por objeto impedir errores o perjuicios a las partes, sin tocar la esencia del acto. Por regla general, la infracción de las formalidades esenciales acarrea la nulidad, siempre que exista comminatoria legal; de no existir esta sanción, la ley permite que sea subsanada por la voluntad de las partes manifestada expresa o tácitamente. En cambio la infracción de las formalidades secundarias no ocasiona la nulidad, porque ellas solamente existen para dar mayor garantía al proceso. La nulidad se declara cuando está expresamente establecida por la ley o cuando la infracción recae sobre alguna condición esencial del acto. Dice MANZINI (4) que *las sanciones de nulidad no son trampas tendidas a la buena fé del juez, del ministerio público y de las partes privadas, como muestran creer ciertos leguleyos de baja esfera*. Cualquiera de las partes del proceso que incurra en nulidad puede remediarla, regularizando o renovando el acto, dentro de su oportunidad, sin que nadie pueda reclamar de *un derecho adquirido* a la nulidad.

En el proceso penal, el acto será nulo en los casos en que el Código establece esta sanción como castigo a la infracción v.g. la audiencia realizada sin la presencia del defensor. También será nula la diligencia que no llene sus finalidades en orden al esclarecimiento de los hechos, debido a la inasistencia del defensor.

CARNELUTTI (5) distingue entre perfección, imperfección e inexistencia. Acto jurídico perfecto es aquel que reúne en concurso todos sus requisitos, que no le falta ninguno. La imperfección denota la ausencia de uno o varios de estos requisitos, ausencia que puede ser más o menos grave y llegar hasta acarrear la ineficacia. Acto inexistente es aquel que no ha existido; es el *no acto*, en cambio el imperfecto *es acto* pero no perfecto, no

completo. Tanto la inexistencia como la imperfección resultan económicamente onerosos; el acto perfecto tiene su costo, pero rinde; en cambio el inexistente y el imperfecto también tienen su costo pero son ineficaces, no rinden procesalmente. Lógicamente debería bastar una mínima deficiencia de requisitos para excluir la eficacia; en la práctica no es así, distinguiéndose entre deficiencia y deficiencia, para excluir la ineficacia cuando exista una deficiencia leve en la cual el inconveniente sea menor considerándolo eficaz que declarándolo ineficaz. Es decir la ineficacia de un acto procesal sólo se da en los casos de infracción de un requisito considerado importante.

El problema se concreta en el siguiente dilema: que conviene más a la justicia: declarar la nulidad por inobservancia de requisitos no importantes, lo que prolongaría la instrucción; o considerar que tratándose de diligencias no trascendentales para los fines de la investigación, aceptar su convalidación por consentimiento de las partes. Creemos que esta segunda solución está más acorde con la justicia.

El famoso juez de la Corte Suprema de los EE. UU. BENJAMÍN N. CARDOZO al tratar de este problema, dice: *El Derecho ha superado su primitivo estadio de formalismo en que la palabra precisa era el talismán y todo deslíz era fatal*. Afirma luego que en este aspecto se han operado cambios trascendentales, sobre todo en el campo procesal y hoy *Los errores ya no sirven de base para anular sentencias con el consiguiente horror de nuevos juicios, a menos que el tribunal de apelación encuentre que ellos han influido en el resultado* (6).

Una segunda interrogante se desprende del examen de este artículo: ¿el empleo del adverbio "todos" debe entenderse en el sentido que el abogado debe concurrir a las diligencias de la instrucción, sin faltar a una, bajo pena de nulidad? Creemos que no. La práctica ha establecido que el defensor sólo concurre a aquellas actuaciones que considera trascendentales para su defensa. Existen diligencias que, por lo general, carecen de importancia, como son las ratificaciones, la preexistencia, etc. La estrecha y rígida observancia de este artículo nos llevaría al extremo de anular diligencias actuadas sin la presencia del defensor. Sería establecer un formalismo extremo que iría en desmedro de la rápida administración de justicia y ocasionaría grave daño económico de las partes.

Pero, además, existe otra razón legal para no aceptar tal interpretación restrictiva. El art. 121º autoriza al imputado a prescindir del defensor —siempre que no sea menor de edad o analfabeto— de lo que se deduce que no dándose estas excepciones, el encausado tiene libertad de designar defensor y si prefiere o se considera apto, puede defenderse él mismo. Por consiguiente en estos casos no existiendo abogado, no puede exigirse la presencia de éste en las diligencias del proceso.

El criterio seguido por los Tribunales Correccionales de Lima ha sido el de anular las diligencias realizadas sin asistencia del defensor cuando esta ausencia había determinado que la actuación fuera deficiente o incompleta para los fines del proceso; entonces ordenaba rehacerla disponiendo expresamente que en la nueva diligencia concurriera el defensor cuyas observaciones deberían constar en el acta respectiva. Cuando la ausencia del defensor no tenía esta consecuencia, se consideraba que la aquiescencia de las partes convalidaba la causal de nulidad. No toda irregularidad importa la sanción de nulidad, sino solamente aquella que por su importancia o por declararlo expresamente la ley, afecta la buena marcha del proceso.

En nuestro ordenamiento legal no existe ninguna disposición que regule las nulidades y las irregularidades del acto procesal en materia penal, por lo cual débense aplicar las disposiciones civiles y las normas generales de las nulidades. Pero en el procedimiento penal italiano existe una disposición expresa, la del art. 184º que dice: *El vicio de un acto se resuelve en su irregularidad, si la ley no dispone otra cosa de modo expreso.* Es decir, el acto procesal irregular no es nulo, salvo que exista mandato legal expreso que declare la nulidad. La ley debe establecer la nulidad como sanción especial por la inobservancia de requisitos importantes; cuando la ley no la señala, el acto es irregular pero no nulo.

Finalmente, existe un último problema a dilucidar en lo referente a la designación de defensor: No puede obligarse al reo a que acepte determinado abogado. El defensor debe ser persona de la confianza del procesado y, por lo tanto, debe respetarse a quien éste designe, excepto que tenga impedimento legal. Si el acusado pide aplazamiento con el objeto de que su abogado se instruya de los autos, el tribunal debe acceder, salvo que por su repetición esta actitud se convirtiera en un manifiesto recurso dilatorio. (R.T. 1940 pg. 447).

Conviene aclarar que las obligaciones y deberes que contiene este título comprenden a todos los defensores de procesados y acusados, hayan sido designados por el juez o tribunal entre los de oficio o por la parte. Todo defensor tiene los mismos derechos, prerrogativas y obligaciones. La ley no distingue ni los diferencia por su origen procesal.

Al comentar el art. 292º volveremos a tratar de este punto de las nulidades.

Art. 69º— Los defensores de los acusados concurrirán a las audiencias y presentarán conclusiones escritas en todas las incidencias que se produzcan y de su defensa oral. Suscribirán y harán las observaciones que juzguen convenientes a las actas de los debates judiciales.

Conforme al art. 210, la obligación de asistir a la audiencia es imperativa. Sin defensor no podrá realizarse el acto oral. Se sanciona con la nulidad de la sentencia y de la audiencia, la inasistencia del abogado. Entiéndese que esta obligación comprende a todo defensor, ya sea designado por el reo o de oficio por el tribunal.

El fundamento de esta obligación se explica porque es en el juicio oral donde va a decidirse de manera definitiva la suerte del acusado. La audiencia prácticamente rehace la instrucción: en ella se da lectura a las piezas principales, puede recibirse la declaración de testigos nuevos o a los que antes declararon, actuarse inspección ocular por el tribunal en pleno y, principal y obligatoriamente se oye al acusado cuya versión revisite suma importancia por cuanto puede ser ampliada o contradicha por el agraviado, testigos y peritos, todo esto llevado a cabo ante la presencia del juzgador. De manera que la audiencia es la diligencia más importante de todo el proceso penal y de su resultado depende la vida, libertad, honor y patrimonio del reo. Es indispensable la defensa oral para que se puedan esgrimir argumentos en defensa del acusado, destacando todo aquello que le favorezca. Las actas contienen un resumen de cuanto ha ocurrido en la audiencia y deben ser firmadas por el defensor;

la firma supone conformidad. Las conclusiones redactadas en forma de Cuestiones de Hecho contienen el punto de vista de la defensa en relación con lo ocurrido en el proceso y en la audiencia. Obligadamente deben ser tenidas en cuenta por el tribunal al expedir sentencia. Es tan grave esta obligación que si las conclusiones no se han presentado el día en que se realizó el informe oral o ellas no aparecen en autos, la audiencia es nula.

El último acápite de este artículo establece la obligación de suscribir el acta, formulando las observaciones *que juzguen convenientes*. En el Comentario anterior hemos hablado sobre las nulidades provenientes de no cumplir con los requisitos de ley. El presente es un caso de nulidad absoluta porque la ley impone explícitamente la obligación de firmar el acta. Si este documento carece de la firma del letrado que patrocinó al reo, la audiencia es nula, como también lo es la sentencia que le puso término.

Pero puede presentarse el caso de que habiéndose visto la causa durante varios días, el defensor omitió firmar la primera o segunda acta, pero lo hizo en las restantes. En tal caso ¿hay nulidad del juicio oral? Creemos que nó porque las posteriores intervenciones del abogado han subsanado la omisión. Aclarando esto diremos que al abrirse la audiencia se da lectura y luego de aprobada, se firma el acta anterior. De manera que si el letrado omite suscribir el acta a pesar de estar en la audiencia y en la siguiente, si cumple con hacerlo, creemos que esta última aprobación lleva implícita la anterior. Pero si la omisión ocurriere en la última audiencia, en la cual se da lectura a la sentencia y se interroga al reo si está conforme con el fallo, entonces consideramos que no cabe subsanación posible, pues no hay otra audiencia posterior. En la última hay la circunstancia de que al ser consultado el reo, éste siempre deberá contar con la asistencia del abogado para decidir si le conviene o no interponer recurso de nulidad. Faltando el abogado —la ausencia de su firma lo indica— será nula la sentencia y todo el juicio oral.

Al declarar instructivamente, el reo firma la diligencia y esto significa que le ha sido leída antes y que está conforme con su contenido, adquiriendo así pleno valor procesal esta declaración. Pero en la audiencia aunque el reo declare, sin embargo no firma el acta y en su lugar lo hace el abogado. El acta de la audiencia tiene el mismo valor procesal que la instructiva. Por esta razón, el abogado defensor debe ser cuidadoso en formular

las observaciones pertinentes a fin de que lo contenido en esta acta no acarree perjuicio a su patrocinado.

Como este artículo se ocupa de las incidencias que surjan con ocasión de la audiencia, adelantando ideas diremos que: Incidenta es la cuestión distinta de la principal, pero con la que se relaciona directamente. Toda cuestión que exija un pronunciamiento especial es un incidente y para que prospere debe tener inmediata vinculación con lo que es materia de la acción o con la validez del procedimiento. Planteadas y debatidas estas incidencias, para su resolución es necesario que el defensor presente conclusiones escritas y teniéndolas presente, el tribunal resolverá aquellas.

Al comentar el art. 271º volveremos a ver, con mayor amplitud, lo relativo a las incidencias que puedan presentarse en las audiencias.

El Código de Etica Profesional —vigente desde el 20 de diciembre de 1950— en su art. 18º establece que *El abogado deberá hallarse siempre dispuesto a prestar su apoyo a la Magistratura, cuya alta función social requiere la asistencia de la opinión forense*. Esta asistencia consiste en el auxilio que el letrado deberá prestar al inculcado en el curso del proceso, especialmente en el acto oral, que es donde va a decidirse su suerte. Al regular las relaciones con el cliente, dice el art 25º *Es deber del abogado hacia su cliente servirlo con decisión y empeño para que haga valer sus derechos*. El acusado tiene el sagrado derecho de la defensa y el único que puede patrocinarlo con ciencia y oportunidad, es el abogado.

El informe oral del abogado toma el nombre genérico de *defensa*. En el acto oral existe paridad como partes, entre defensa y requisitoria. Ambas son alegaciones expuestas por el acusador público y por el defensor; en ellas se analizan las pruebas actuadas, aunque con distintas finalidades y se deducen conclusiones favorables para cada tesis, opuestas entre sí. Son colaboraciones que prestan el defensor de la sociedad y el defensor del acusado con igual finalidad: esclarecer la verdad y con ello lograr una justicia imparcial y recta.

NIETZCHE decía: *La verdad que exige largas demostraciones no es verdad*. Esto puede aplicarse a los informes orales. Son recomendables las citas legales, los comentarios de los tratadistas, las referencias a los casos de la jurisprudencia nacional, pues elevan la categoría intelectual de la acusación y de la de-

fensa. Pero deben ser referencias pertinentes y dentro de los términos adecuados. Es recomendable la precisión que puede obtenerse mediante el empleo de conceptos apropiados, sin circunloquios y exponiendo con brevedad aquellas circunstancias que favorecen al reo. Un informe preciso y exacto siempre es conveniente al reo.

El Fiscal y el Defensor deben presentar sus conclusiones escritas que contendrán los principales argumentos esgrimidos en la audiencia; lo harán en forma de cuestiones de hecho y fijarán sus puntos de vista sobre los hechos y la ley aplicable en su concepto. Al sentenciar, el tribunal forzosamente deberá tomar en consideración estas conclusiones.

Por su redacción existe notable diferencia entre las conclusiones y los recursos que se presentan en el proceso. Estos últimos son análogos en todo a los alegatos de los juicios civiles. Su misma redacción facilita la exposición sistemática de los hechos, el examen de la prueba y la discriminación de la acusación fiscal, todo lo que contribuye a que formen parte importante del proceso penal. Las conclusiones presentadas en la audiencia son un documento del acto oral, distintas de los otros recursos.

Art. 70º.— Habrá un defensor de oficio rentado en cada Tribunal Correccional. Estos defensores serán nombrados por el Poder Ejecutivo y percibirán el haber que les señale la ley de presupuesto.

Esta creación del Código constituye una de sus novedades. Es la única solución al problema de las audiencias frustradas. No podía exigirse a profesionales jóvenes, en trance de abrirse campo y frente a la dura lucha por la vida, perder horas de la tarde —las más fructíferas para el trabajo judicial— en espera de la realización de audiencias no remunerativas. La labor del Tribunal Correccional no podía descansar en la colaboración gratuita de quienes necesitaban su tiempo para obtener lo necesario a su subsistencia. El número de audiencias frustradas —según expone el Dr. ZAVALA LOAYZA en su Exposición de Motivos al Ante Proyecto— por inconcurrencia de los defensores, era subidísimo, alcanzaba al 50% aproximadamente según se

desprende de los datos de las Secretarías de los Tribunales de Lima que se acompañaban a la Exposición. En cambio existiendo un abogado adscrito a cada tribunal, cuya labor consiste precisamente en servir como defensor de los reos que no lo tienen y de ese modo realizar la audiencia, desaparece uno de los obstáculos para la realización del juicio oral y ello permite que los procesos penales puedan concluir en la forma adecuada, esto es mediante la sentencia correspondiente.

La intervención de los Defensores Rentados se establece para los acusados que no pueden pagar uno por su cuenta o que, por otro motivo, no tienen defensor con quien hayan concertado previamente su defensa ni pactado honorarios. Si el reo en ejercicio del inalienable derecho de defensa que la ley le acuerda, ha designado abogado, el Tribunal deberá respetar esta designación, porque ella representa la máxima garantía para la justicia, puesto que tal nombramiento cuenta con la confianza del encausado. (R.T. 1940 pg. 447).

El derecho de defensa es sagrado, más aun en los procesos penales en que se ventilan valores espirituales de trascendencia para el individuo. Si por exigencias del tribunal se priva al reo de este derecho o sólomente se le recorta, puede afirmarse que el imputado ha carecido de defensa apropiada a la acusación que se le formula y que se ha encontrado en inferioridad de condiciones frente a la acusación, lo que es inadmisibile y atenta contra uno de los derechos humanos.

La presencia del defensor rentado garantiza la realización del acto oral. Si fueren varios los acusados indigentes, siempre se recurrirá a los defensores que gratuitamente prestan sus servicios a los tribunales, pero siendo éstos los menos, no constituyen problema grave para la pronta administración de justicia.

Al estudiar la institución del defensor rentado encontramos los siguientes puntos a dilucidar:

1º *Quienes pueden serlo.* En términos generales todos los abogados, que ejerzan o puedan ejercer la profesión. Al contrario quienes no puedan ejercerla, tampoco podrán desempeñar este cargo v.g. los abogados no inscritos en su respectivo Colegio que están impedidos de ejercer la abogacía. (A.J. 1919 pg. 295. R.J.P. 1959 pg. 531) Los abogados que se encuentran procesados con mandamiento de prisión o en estado de juicio oral en delitos dolosos o condenados por prevaricato, no pueden ejercer la abogacía. (A.J. 1912 pg. 332). El Director, Registradores,

Secretario y Tesorero de los Registros Públicos de Lima no pueden ejercer la abogacía. (Resolución Suprema de 21 de agosto de 1920). Los abogados que son miembros del Cuerpo de Investigaciones. (R.S. 3 de junio de 1960).

2º *Situación legal del Defensor Rentado*. Su nombramiento emana del Poder Ejecutivo y puede ser removido cuando éste lo crea conveniente. Por consiguiente no es funcionario judicial. Numerosas resoluciones de la Corte Suprema fijan su carácter de funcionario administrativo al servicio de la justicia; así una Resolución de Sala Plena de 27 de setiembre de 1945 (A.J. 1945 pg. 453) declaró que el defensor de oficio no arrastra antigüedad al ser nombrado juez porque no es funcionario judicial, siendo así que puede ejercer la profesión en el ramo civil y no pertenece a la Mutualista Judicial. La Circular de 3 de setiembre de 1940, expresamente declara que estos funcionarios no están comprendidos en el Mutualismo. (A.J. 1940 pg. 287). Siendo este su carácter, se explica que en su Memoria de 1938, el Presidente de la Corte Suprema manifestara que los funcionarios judiciales no ratificados pudieran ser nombrados defensores de oficio y también rentados, lo que no podría suceder si estos cargos tuvieran carácter judicial por impedirlo expresa disposición constitucional.

Definido así el verdadero carácter de funcionario administrativo que tienen los defensores rentados, al servicio de la administración de justicia, resulta una incongruencia: son auxiliares de justicia en el sentido estricto del término, trabajan bajo las órdenes de los tribunales correccionales, pero son independientes de ellos. Realizando una labor de colaboración con la justicia, al igual que Secretarios y Relatores, su nombramiento debió ser facultad de las Cortes Superiores. A ellas les corresponde escoger a sus colaboradores y separarlos cuando cometan falta grave o resulten incompetentes. Hoy se dá el caso de que la Corte Superior no puede separar a un defensor inepto ni castigarlo con la remoción si cometiera falta grave. Aunque siempre queda la comunicación al Ministerio, la realidad es que carece de la facultad de separarlo: siendo estrecho colaborador, el tribunal no lo escoge, no puede sancionarlo disciplinariamente ni tampoco removerlo.

3º *Incompatibilidades*. En cuanto a la posibilidad de que los Defensores rentados intervengan en asuntos civiles, como abogado de la parte civil o como defensores contratados por los

reos, existen Resoluciones diversas y en parte contradictorias. Examinando la esencia de la institución y discriminando éstas, creemos que sólo debe existir incompatibilidad para actuar como defensor pagado por el reo en procesos penales en los cuales podría actuar de oficio, mas no en otras causas.

Absolviendo una consulta de la Corte Superior de Tacna y para deslindar el carácter de este funcionario, en la Circular de 3 de setiembre de 1940, dictada apenas iniciada la vigencia del Código, la Corte Suprema declaró que los defensores de oficio podían actuar en asuntos civiles. (A.J. 1940 pg. 287). En una consulta de la Corte de Huánuco, la Corte Suprema, por Resolución de Sala Plena de 30 de setiembre de 1945, (A.J. 1943 pg. 520), declaró que el defensor rentado no puede ser designado suplente de los jueces ni tampoco intervenir en las audiencias como defensor de la parte civil; otro acuerdo de Sala Plena declaró que los defensores de oficio están impedidos de intervenir como abogados de la parte civil en los procesos penales. (A.J. 1952 pg. 199).

Existe una Resolución (A.J. 1941 pg. 355) que declara que el defensor de oficio puede actuar en instrucciones, si fuere contratado por los acusados. En nuestro concepto esta resolución no es acertada. Sería peligroso establecer que el defensor pagado por el Estado pudiera ser contratado por los encausados, porque entonces el honorario vendría a ser una prima para lograr mejor atención. La gratuidad de la defensa quedaría como medida ilusoria. Tampoco puede decirse que esto atenta contra la libertad de defensa, pues si el reo tiene confianza en el defensor del tribunal, será defendido por él sin tener preocupación alguna del abono de honorarios profesionales.

No ocurre lo mismo con la parte civil, pues no es obligatorio que ésta concurra a la audiencia ni que designe abogado. Si lo hace es por que quiere estar defendida y entonces es lógico que abone los honorarios correspondientes. Para que se ordene el pago de la respectiva indemnización a la víctima del delito, no es requisito indispensable que un abogado concurra a la audiencia a impetrar en favor del agraviado. Con o sin defensa, el tribunal obligatoriamente tendrá que fijar la reparación civil. De lo contrario la sentencia sería nula, porque la reparación civil tiene el carácter de acción pública.

Conviene recordar que estas Resoluciones de Sala Plena que se refieren al defensor rentado tienen carácter obligatorio y

por eso se hacen circular entre las Cortes Superiores para que sean conocidas y aplicadas. Las resoluciones que en cada caso particular expiden las salas de la Corte Suprema resuelven los litigios definitivamente, pero los jueces no quedan obligados a seguir esa orientación, lo que no ocurre con las Resoluciones de Sala Plena.

Art. 719— Los defensores de oficio que desempeñen el cargo en los Juzgados de Instrucción serán designados anualmente por la respectiva Corte Superior y los servicios que presten le serán de abono para los efectos de la ley 8435.

Conforme a la L.O.P.J., una de las atribuciones administrativas de las Cortes Superiores, es la de designar, el 14 de enero de cada año, a los abogados que servirán como defensores de oficio ante tribunales y juzgados. De entre los elegidos por las Cortes, el Juez o Tribunal nombra a uno a quien designará defensor de oficio en determinada instrucción. Como en todo cargo judicial, el designado deberá prestar juramento de servirlo honesta y fielmente. Mientras no preste este juramento que significa aceptación del cargo, no puede actuar como defensor de reos indigentes.

El juramento deberá prestarlo en la audiencia pública del 18 de marzo de cada año, en que la Corte Superior respectiva inicia sus actividades judiciales. En esa oportunidad juran todos los funcionarios designados suplentes y defensores de oficio. Si por motivos atendibles, no estuviere presente en esta fecha, a petición suya, el Presidente de la Corte puede señalar para hacerlo, cualquier otro día en la audiencia pública con que concluye el despacho. Todo defensor deberá prestar juramento: el de oficio ante la Corte el 18 de marzo; el designado por el reo ante el juez antes de dar comienzo a su intervención en el proceso, bien sea en diligencia especial o en la primera diligencia en que deba intervenir, de lo que se dejará constancia expresa en el acta respectiva.

A diferencia del Defensor rentado, el de Oficio no tiene retribución fija y su nombramiento emana de la Corte, no del Ejecutivo. En todo lo demás es igual, de manera que lo expuesto en

el anterior Comentario tiene aplicación en este caso. Como única retribución se le considerará de abono este tiempo de servicio para los efectos de una posible jubilación.

Para ejercer el cargo de defensor en el proceso penal se requiere la capacidad legal —el título de abogado— y el nombramiento o sea la designación para actuar como tal en determinada instrucción.

El nombramiento puede tener tres orígenes diferentes: designación por voluntad del procesado; designación por voluntad del juez o tribunal; y designación por la ley. El primero aparece con posterioridad al proceso, cuando éste se encuentra iniciado o, por lo menos, se vislumbra; los dos últimos son *a priori*, es decir existen desde antes de la iniciación del proceso, pero uno proviene de decisión judicial y el otro de la ley. El nombramiento por la parte significa confianza de parte del imputado; en los otros dos casos hay aceptación de la confianza depositada por otro. La ley lo dispone así para los casos en que por ignorancia, indigencia o indiferencia, el encausado no se preocupa de buscar defensor y es el propio juzgador quien se lo proporciona para que el contradictorio se realice plenamente en el debate oral. En cualquier momento del proceso el encausado puede cambiar de abogado, sin que exista razón válida para impedirselo. En comentario anterior hemos citado una ejecutoria suprema, que establece que siempre debe respetarse la designación de el defensor que el reo hiciere y que si por el cambio, pide aplazamiento de la audiencia o diligencia, debe concederse, salvo que esta actitud se repita y entonces se convierta en un manifiesto recurso dilatorio. (R.T. 1940 pg. 447). En ningún caso puede obligarse al reo a que tenga determinado defensor; se le designará el de oficio sólo cuando el propio imputado no lo haya hecho por su parte y únicamente para los efectos del juicio oral.

El error, el engaño o el temor que hubiere viciado la voluntad de la parte en el nombramiento del defensor, no tiene importancia procesal cuando se haya prestado la asistencia necesaria y suficiente. Sólo pueden dar lugar a medidas disciplinarias contra quien las haya provocado o aprovechado de ellos.

El nombramiento hecho por el inculpado —que revela suma confianza en el profesional por él elegido— prevalece siempre sobre el de oficio a tal punto que se entiende revocada esta designación desde el momento en que el imputado designe un letrado que lo patrocine. El defensor de oficio no puede alegar

derecho alguno por cuanto todo lo actuado se entiende hecho en cumplimiento de un deber profesional y no por pacto de honorarios.

En cualquier momento del proceso el encausado puede cambiar de abogado, bien sea sustituyéndolo por otro o acogién-dose simple y llanamente al de oficio.

La institución del defensor sólo funciona en forma completa cuando se refiere al imputado; las otras partes del proceso (parte civil y tercero civilmente responsable) pueden o no tener defensor. Si no lo designan, no procede nombrarlos de oficio, a menos que hayan sido admitidas como tal y soliciten el patrocinio gratuito de un abogado, siempre que antes no hayan tenido defensor propio, en cuyo caso no procede la gratuidad por considerar que no es caso de indigencia. Las mencionadas partes pueden concurrir al proceso y participar en su desarrollo aun sin defensor; pueden apersonarse al juicio oral, pero aquí sólo intervienen mediante abogado.

Si el abogado de estas partes hace abandono del proceso o deja de concurrir a la audiencia, ello no impide que continúe el debate ni menos interrumpe ni frustra la audiencia.

Los defensores de oficio tienen obligación de asumir la defensa del imputado desde el momento en que se les designa y concluye con la sentencia o si antes son sustituidos.

Los defensores rentados cuya función se desarrolla en los tribunales, pueden intervenir en los juzgados, si son contratados por los inculcados. (A.J. 1940 pg. 287). También los ex-funcionarios judiciales no ratificados pueden ser designados defensores de oficio ante los juzgados. (A.J. 1938 pg. 6).

NOTAS

- (1) Derecho Procesal Penal. Tomo I. pg. 281.
- (2) Idem Tomo II. pg. 586.
- (3) Curso de Procedimientos Penales. Tomo I. pg. 101
- (4) Obra citada Tomo III. pg. 102.
- (5) Lecciones sobre el proceso penal. Tomo III. pg. 182
- (6) La naturaleza de la función judicial pg 79.