

La Defensa pública y la democracia. Avances, deudas, perspectivas y desafíos

Nicolás Omar Vargas

“No debe existir país civilizado de la tierra, ni tratado, convención, pacto, constitución o ley que no consagre en forma amplia y completa el derecho de defensa en juicio. Es más, es probable que este derecho constituya una de las garantías esenciales del hombre frente al incommensurable poder punitivo estatal, sin el cual no podría concebirse persecución criminal alguna. Redundar sobre ello resultaría ocioso a esta altura de la cultura jurídica adquirida...”

Mario Alberto Juliano

“...es importante que los defensores (y en ellos incluyo a todos quienes trabajan en la defensa pública, no solo a los que “ostentan” el cargo de magistrados) sepan dónde están parados, de dónde viene esa fundamental institución, que precede incluso a la misma democracia, pero que está inextricablemente arraigada en ella. Qué precede al vocabulario de la justicia social, pero es un actor fundamental para hacerla efectiva. Aunque su origen sea colonial, está absolutamente entrelazada con las tres promesas (o valores) clásicas de la modernidad: libertad, igualdad, fraternidad.

Pero si hubiera que elegir uno sólo de ellos para justificar la existencia de la defensa pública éste sería la igualdad. O más bien, la lucha por la igualdad, porque la igualdad, creemos, es un horizonte que hasta ahora se nos ha hecho inalcanzable, pero que sin dudas nos ha permitido avanzar. Esta lectura de la defensa pública sirve para entender por qué ésta institución es tan importante, y hasta germinal, tanto en lo que llamamos democracia, como en lo que llamamos estado de derecho.”

Mariano Hernán Gutiérrez

I. Defensa pública y democracia¹

A propósito de los cuarenta años de democracia en nuestro país, un hecho inédito para nuestra historia, la Asociación Pensamiento Penal generosamente nos invita a reflexionar sobre los logros y deudas que surgen luego de transitar estas primeras cuatro décadas de vida democrática. Desde ya, es mucho y muy variado lo que se puede decir sobre el punto, inclusive si se acota la reflexión a lo que sucede dentro del campo judicial. De todas las cuestiones posibles, y necesarias, sobre las que se puede reflexionar en torno a la regulación y al quehacer del sistema judicial me interesa detenerme sobre la defensa pública.

La configuración y diseño de la defensa pública, por cierto, no es una cuestión ajena a la vida institucional de la Asociación Pensamiento Penal. En otros tiempos, y ante la iniciativa de Diego Lucas Fernández, la Asociación buscó incidir en procesos de reforma de algunos sistemas de defensa pública provinciales para buscar su fortalecimiento. Particularmente, en lo que hace al otorgamiento de autonomía a la defensa pública, cuestión central, como veremos, para que el organismo pueda desarrollar sus funciones de modo adecuado (Fernández, 2014).

II. Sin derechos no hay democracia

Si por algo se caracterizan nuestros tiempos es por la existencia de un generoso catálogo de derechos como de garantías que, ya desde hace casi tres décadas, forman parte del paisaje constitucional. Aunque se advierte que –a pesar de ser una cuestión tan evidente que se percibe desde el más elemental sentido común– estamos lejos de que el ejercicio y goce de esos derechos sea una realidad efectiva para el todo el pueblo.

¹ Nicolás Omar Vargas es abogado (Universidad Nacional de Lomas de Zamora), magíster y doctor en derechos humanos (Universidad Nacional de Lanús). Autor de La defensa pública en América. Genealogía, devenir y porvenir desde una perspectiva latinoamericana (Olejnik, 2023a) y de Programa de Estudios sobre Poder Judicial: Laboratorio de Estudios sobre Procesos Penales: Informe N° 5. Defensa publica y autonomía (Edunpaz, 2023b). Docente de grado, posgrado e investigador de la Universidad Nacional de José C. Paz, donde dirige la investigación La realización de los estándares constitucionales y convencionales sobre defensa pública desde una perspectiva federal, correspondiente a la programación 2023-25 de los programas de investigación y desarrollo de esa Universidad. Defensor público coadyuvante de la Defensoría General de la Nación. Correo electrónico: nicolasvargas7@gmail.com

Antes de seguir, quiero hacer dos comentarios que considero ineludibles.

Primero, que lo dicho no implica, bajo ningún aspecto, «*bajarle el precio*», como se dice coloquialmente, a los derechos y garantías con anclaje constitucional y convencional, cuyo reconocimiento con la máxima jerarquía existente en nuestro orden normativo no es solo muestra de su carácter indiscutible de derechos fundamentales, sino también de su centralidad en un estado de derecho. Un estado de derecho que, naturalmente, no solo debe abastecer el respeto a las reglas y procedimientos democráticos en la actuación de cada los poderes públicos, sino que también comprende el efectivo goce de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Segundo, que desde esa plataforma no queda más que promover, sobre todo entre las y los jóvenes, el estudio de los derechos humanos, no solo desde una *praxis* académica –que por supuesto es más que necesaria para que elaboremos nuestros propios discursos–, sino también como una militancia por la dignidad. No es, ni más ni menos, que la lucha por el derecho de la que hablaba Rudolf von Ihering hace un siglo y medio, y la pelea por la igualdad que dio Bartolomé de Las Casas prácticamente desde los albores de la colonización en nuestro continente; no solo desde sus desarrollos teóricos, sino también como fundador –por decirlo de algún modo– de la defensa pública en nuestro continente.

III. La defensa pública como garante de derechos

Hechas las aclaraciones pertinentes, se advierte que ante un escenario de reiteradas y sostenidas vulneraciones a los derechos sociales que hacen al mínimo contenido de la dignidad humana aparece como necesaria una institución dedicada a atender las necesidades jurídicas de las personas y colectivos afectados por esa situación.

De poco sirve, o cuanto menos su eficacia queda en entredicho, que los derechos que sean reconocidos y garantizados y luego se transformen en letra muerta. Ante ese escenario de vulneración de derechos, sea por acción u omisión de los otros poderes públicos, debe intervenir el poder judicial, más allá de que sería inocente pensar que el litigio funciona como una panacea y que todas las

problemáticas se solucionan litigando. Y para que el poder judicial se ponga en funcionamiento debe haber una institución que tenga por misión –más allá del ponderable trabajo que se pueda realizar desde otros espacios– llevar esas demandas ante el sistema judicial. Esa institución no debe ser otra que la defensa pública.

Entiendo que una deformación profesional habitualmente me lleva a referirme, cuando hablo sobre defensa pública, primero a sus funciones en el ámbito penal para luego ocuparme de sus otros ámbitos de actuación. Pero, en esta oportunidad, por la centralidad que entiendo que tienen los derechos sociales en un estado de derecho democrático y la inocultable deuda de nuestra democracia sobre el punto, elegí realizar el camino inverso.

Además, deben tenerse presentes los diversos desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos que ponen en cabeza de los estados la obligación de proveer servicios de asistencia jurídica gratuitos a diversos colectivos vulnerables, por ejemplo migrantes, refugiados y desplazados, mujeres o disidencias víctimas de violencia de género o personas con padecimientos de salud mental institucionalizadas; como también debe considerarse que el concepto de acceso a la justicia, no es solo la posibilidad de litigar, sino que comprende la difusión y el ejercicio de derechos. Tanto frente a una como a otra circunstancia, la defensa pública está llamada a tener un rol central.

En el ámbito penal la defensa pública tiene por misión asegurar el derecho a la defensa de todas aquellas personas que son sometidas a un proceso, sin importar su condición económica, velando de modo exclusivo por los intereses de la, o las, personas a quienes defiende. Es mucho lo que se ha trabajado sobre el derecho a la defensa penal. En ajustada síntesis, debe recordarse que el ejercicio de ese derecho debe ser realizado desde los primeros momentos del proceso penal hasta su culminación, y que la defensa técnica –es decir la tarea que realiza un o una profesional del derecho– debe estar subordinada a la defensa material de la persona acusada. Esto inclusive lleva a que se acepte, más allá de que sea una cuestión a considerar con prudencia por la complejidad propia del litigio, que la persona acusada pueda llevar adelante también su propia defensa técnica.

También en los últimos tiempos, la defensa pública, al menos en los fueros nacional y federal, se ocupa de la tutela de los derechos de

las víctimas de delitos; todo ello en el marco del reconocimiento cada vez más generoso que se da en nuestro orden jurídicos de los derechos de las personas damnificadas por un delito. Esta situación por un lado es auspiciosa, no solo porque el reconocimiento de derechos y garantías a las víctimas hace a sus derechos fundamentales y puede ser útil para poner en crisis aquel principio según el cual el proceso penal expropia el conflicto dejando de lado el interés o la opinión de quienes se encuentran involucrados en ellos en calidad de víctimas. Por otro lado, plantea un gran desafío, en tanto los derechos y garantías de las víctimas se deben armonizar con los de las personas imputadas.

IV. Algunos hitos en torno a la defensa pública en estos cuarenta años

Al hablar de defensa pública, es inevitable referirse a algunos hitos en estos cuarenta años bajo un sistema democrático que sentaron las bases sobre las cuales deben desarrollarse, de modo ineludible, los sistemas de defensa pública de nuestro país.

La reforma constitucional del año 1994 trajo, entre otras novedades, la incorporación del artículo 120 a la Constitución Nacional, de acuerdo al cual se establece la independencia del ministerio público, como su autonomía funcional y autarquía financiera, teniendo por misión la promoción de la actuación de la justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad. Ese mismo artículo dispone que el ministerio público está conformado por un procurador general de la Nación, un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Se pueden hacer algunas observaciones sobre la técnica legislativa, en tanto puede generar, en una primera lectura, cierta confusión que pueda llevar a afirmar que ministerio público fiscal y de la defensa deban funcionar bajo la misma institución. Tampoco resulta del todo acertada la fórmula según la cual el ministerio público debe actuar en defensa de los intereses generales de la sociedad, sobre todo si se considera que es misión de la defensa pública la defensa exclusiva y excluyente del interés que representa. Para ser claros, los defensoras y defensores públicos –y, por cierto, también quienes ejercen la profesión como defensores particulares–

no son auxiliares del sistema judicial. Esta idea, de profundo cuño inquisitivo, debe ser desterrada no solo de las normas, campo en el que indudablemente se avanzó, sino también en el ámbito de las prácticas judiciales.

En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, la misma reforma constitucional le dio jerarquía constitucional a dos instrumentos que considero centrales en la configuración del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente los artículos 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2.e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De allí, surgen algunas pautas que no pueden ser ignoradas a la hora de dar forma a los sistemas de defensa pública de las provincias como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. También existen otros desarrollos en el marco del *soft law*, de los cuales por razones de espacio no nos podemos ocupar ahora, pero que ayudan a delinear el contenido del derecho al acceso a la justicia.

En resumen, del *corpus iuris* mencionado y sus condiciones de vigencia, surgen algunas pautas tan elementales como inevitables que deben ser seguidas en la configuración de la defensa pública como institución. Se trata, a fin de cuentas, de dar institucionalidad a la defensa pública, dotándola de autonomía y autarquía; como también de asegurar la existencia de una carrera profesional, de espacios de capacitación para quienes integran la institución, de control efectivo sobre la actuación de las y los defensores, y de que puedan actuar en igualdad de armas con su contraparte. Y, por supuesto, la defensa debe ser abastecida de recursos suficientes para su actuación. Será difícil, más allá del compromiso que puedan exteriorizar quienes trabajan en la institución, que la defensa pueda cumplir con sus funciones si no se le garantizan los recursos necesarios para ello.

Para que quede claro, los estándares reseñados no son privilegios corporativos para la defensa pública y quienes la integran, sino garantías funcionales para asegurar su correcto funcionamiento.

V. Un acercamiento a la realidad de la defensa pública en nuestro país. Avances, deudas, perspectivas y desafíos

El diseño federal de nuestro país que surge de la Constitución Nacional implica que cada provincia, así como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), se encargue del diseño de sus propias instituciones públicas. Ello comprende, naturalmente, a aquellas que integran el sistema judicial, como es el caso de la defensa pública. Una aproximación al tema, que merece ser profundizada, podría hacernos pensar que las pautas que hacen a la configuración de la defensa pública deben ser respetadas por los estados provinciales y la CABA, sea porque el federalismo no es una excusa válida para desentenderse de las obligaciones asumidas por nuestro país ante la comunidad internacional. Al respecto, la cláusula federal contenida en el artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no deja espacio para las dudas; como también por el propio diseño del federalismo en nuestra Constitución, en particular por el artículo quinto de acuerdo al cual cada provincia dicta su constitución bajo el sistema representativo republicano que respete los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, asegurando su administración de justicia.

Partiendo de ese escenario, creemos importante estudiar a la defensa pública desde una perspectiva federal, tarea que estamos emprendiendo, muy bien acompañados por un grupo de jóvenes investigadoras e investigadores, en el marco de la investigación que lleva por título *La realización de los estándares constitucionales y convencionales sobre defensa pública desde una perspectiva federal*, radicada en la Universidad Nacional de José C. Paz, una de las llamadas «universidades del bicentenario». En el marco de esta investigación el primer acercamiento al análisis de la situación de la defensa pública se ocupó del grado de cumplimiento de la autonomía de la defensa pública, desde una perspectiva normativa.

La elección de la autonomía para iniciar nuestra pesquisa no fue casual ni inocente.

Antes que nada, debe decirse que la exigencia de dotar a la defensa pública de institucionalidad se encuentra abastecida en nuestro país, dado que en todas las provincias existen instituciones

de defensa pública. No cabe duda de ello luego de la reciente sanción de la Ley 10.915 en la provincia de Córdoba, promulgada el pasado mes de septiembre. Ello, nos llevó, en nuestra investigación, a descartar en un primer momento el estudio de la institucionalidad, sin perjuicio de que el modo en el cual se organiza la defensa pública es una cuestión central para el cabal cumplimiento de su misión, que no es otra que garantizar el acceso a la justicia y trabajar en pos del respeto de los derechos humanos.

La autonomía de la defensa pública implica su independencia de otros organismos. Como ya hemos visto, las normas de máxima jerarquía de nuestro orden normativo no dejan espacio para las dudas sobre la obligación de dotar de recursos a la defensa pública. Pese a ello, sobrevive una rémora inquisitiva en nuestros sistemas de administración de justicia, que en el tema bajo estudio se traduce en la falta de autonomía de la defensa pública, subordinándola al Poder Judicial o al Ministerio Público Fiscal. No hace falta demasiado esfuerzo para advertir que una institución que actúa como contraparte de los fiscales o planteando demandas vinculadas al respeto de los derechos humanos al sistema judicial, debe ser autónoma.

En el primer informe publicado a partir del trabajo realizado por el grupo de investigación de Defensa Pública de la UNPAZ (Vargas, 2023b) advertimos que, de las veinticinco jurisdicciones que la integran –considerando el estado nacional, las provincias y la CABA–, catorce garantizan la autonomía de la defensa pública. Observando la cuestión desde una perspectiva cronológica, es indudable el carácter pionero de la Ley 24.946 que reglamentó el artículo 120 de la Constitución Nacional, interpretándolo a su mejor luz, y dio autonomía a la Defensoría General de la Nación, sendero que se mantuvo y se profundizó con la Ley 27.149. Luego vinieron las leyes de la Ciudad Autónoma, con una primera regulación que data del año 1998 y fuera reemplazada por otra norma en el año 2005; y las de Chubut, en 2002, Entre Ríos y Salta en 2004, y Santa Fé en el año 2019.

La última década implicó un salto cuantitativo de importancia en el lote de provincias que le dieron autonomía a sus defensas públicas. A las mencionadas en el párrafo anterior, se debe agregar a Neuquén,

Jujuy, Mendoza, Tucumán, Santiago del Estero, San Juan, San Luis y La Rioja.

Quedan once provincias –La Pampa, Corrientes, Formosa, Misiones, Río Negro, Chaco, Catamarca, Buenos Aires, Córdoba, Tierra del Fuego y Santa Cruz– en la cuales aún no se avanzó en el otorgamiento de autonomía a la defensa pública. En la gran mayoría de esas provincias el obstáculo surge de las constituciones locales, donde se establece una ubicación institucional de la defensoría pública que va a contramano de las pautas y estándares antes reseñados. En otras provincias –como es el caso de Córdoba, Tierra del Fuego y Santa Cruz– al no haber disposiciones constitucionales sobre defensa pública se puede avanzar con menos obstáculos hacia el otorgamiento de autonomía.² También en concreto Buenos Aires y Corrientes se dieron litigios para detener procesos de fortalecimiento de la defensa pública (Vargas, 2020 y 2021), lo que demuestra que se trata de una cuestión que genera resistencias hacia el interior del sistema de administración de justicia.

Un balance sobre la situación de la defensa pública en nuestro país a cuarenta años de la recuperación democrática da cuenta de importantes avances que se traducen en específicas regulaciones y definiciones que ya forman parte del conjunto de nuestros derechos fundamentales. Por cierto, se avanzó mucho en la concreción de los estándares constitucionales y convencionales sobre defensa pública, al menos en lo tocante a la autonomía, aunque aún falta un largo camino por recorrer; como también se debe estar alerta frente a posibles retrocesos.

Nuestros mejores esfuerzos deben estar enfocados hacia el fortalecimiento de la defensa pública. Una defensa pública fortalecida es fundamental en un sistema democrático.

VI. Bibliografía

- Fernández, Diego Lucas (2014). La autonomía de la defensa pública como existencia republicana en el derecho constitucional argentino. En Gauna Alsina, Fernando (coordinador), *Por una*

² La cuestión es ampliamente desarrollada en el quinto informe del Laboratorio de Estudios sobre el Proceso Penal de la Universidad Nacional de José C. Paz (Vargas, 2023b), donde se da cuenta de cada una de las normas provinciales sobre la materia. El informe puede consultarse en <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/99>

agenda progresista para el sistema penal, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.,

- Gutiérrez, Mariano Hernán (2023). Epílogo. La defensa como institución y como vocación. En La defensa pública en América. Genealogía, devenir y porvenir desde una perspectiva latinoamericana, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile.
- Juliano, Mario Alberto (s/f) Preocupante sanción a un defensor en el ejercicio de su magistratura. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30108-preocupante-sancion-defensor-oficial-ejercicio-su-magistratura>
- Vargas, Nicolás Omar (2020). Litigios contra la autonomía de la defensa pública, ¿Activismo judicial contra la autonomía?. En Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2020, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá.
- Vargas, Nicolás Omar (2021). Nuevos aires para la defensa pública bonaerense, en Jurisprudencia Penal de la Provincia de Buenos Aires, Vol. 7, Bertelotti, Mariano y Racca, Ignacio (directores), Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
- Vargas, Nicolás Omar (2023a). La defensa pública en América. Genealogía, devenir y porvenir desde una perspectiva latinoamericana, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile.
- Vargas, Nicolás Omar (2023b). Programa de Estudios sobre Poder Judicial: Laboratorio de Estudios sobre Procesos Penales: Informe N° 5. Defensa publica y autonomía, Edunpaz, José C. Paz. Disponible en <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/99>