

LA GARANTÍA DE LA DEFENSA PROCESAL: DEFENSA EFICAZ Y NULIDAD DEL PROCESO PENAL POR INDEFENSIÓN *

César Augusto Nakazaki Servigón ¹
Abogado, Socio del Estudio Sousa & Nakazaki.
Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Lima y de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque.

Al asumir la defensa penal del ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori determiné que en las distintas instrucciones que se realizaron en los procesos penales en los que se encuentra sometido se violó la garantía de la defensa procesal por dos razones:

- No se designó abogado defensor de oficio desde el inicio de la instrucción.
- El abogado de oficio y el de confianza, en los casos en que se acreditó, no realizaron ningún acto de defensa técnica a favor del inculpado.

A continuación presento el estudio realizado para establecer el alcance de la garantía de la defensa eficaz, trabajando especialmente dos conceptos: **a)** la defensa eficaz; y **b)** la nulidad del proceso penal por violación del derecho a la defensa.

I) La garantía de la defensa procesal.

El derecho fundamental a la defensa procesal se encuentra garantizado por el artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14 inciso 3 párrafo d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 inciso 2 párrafo d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política de 1993.

^{1*} Artículo publicado en la Revista por los XXV años de creación la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Fondo Editorial, Páginas 13 a 43, Lima, Perú, 2006.

Miembro de la II Promoción “Lucrecia Maisch Von Humbolt” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima; docente del curso de Derecho Penal Parte General desde 1989, como asistente de cátedra, jefe de práctica y profesor.

La defensa procesal no es solamente un derecho subjetivo, por su importancia para la existencia del hombre en sociedad supera tal categoría; en la teoría general del derecho se le asigna la naturaleza jurídica de garantía.

La doctrina constitucional reconoce que los derechos fundamentales tienen una doble perspectiva: como derechos subjetivos de la persona y como garantías del derecho objetivo.²

Al ser la defensa procesal una garantía, el Estado tiene la exigencia de no sólo reconocerla formalmente, sino además le corresponde procurar que sea real y efectiva en el proceso.³

La consecuencia de reconocer a la defensa procesal como una garantía es convertirla en una exigencia esencial del proceso, **un requisito para su existencia**; Alex **CARocca PEREZ** afirma que el resultado más importante de esta construcción, es que la violación de la garantía de la defensa en un proceso determinado afecta su validez.⁴

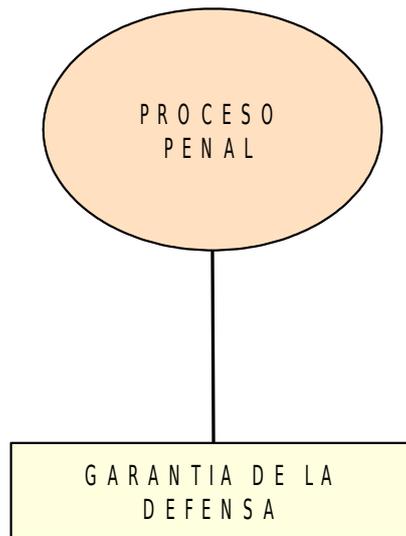
César **SAN MARTÍN CASTRO** sostiene que la defensa es siempre necesaria, aún al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del proceso.⁵

² Alex Carocca Pérez, Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, página 23, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1998.

³ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 56.

⁴ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 19.

⁵ César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal Volumen I, Segunda edición, página 120, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, Perú, 2003.



El reconocimiento de la garantía de la defensa procesal como requisito de validez para todo tipo de proceso, es una de las expresiones más importantes de su constitucionalización.

El Tribunal Constitucional en el proceso de habeas corpus que Silverio Espinoza siguió contra la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso extraordinario estableció que la garantía de la defensa “es una de las condiciones indispensables para que un proceso judicial sea realizado con arreglo al debido proceso.”⁶

Alberto **BINDER** señala con toda propiedad que el derecho a la defensa cumple en el proceso penal una función especial, pues no sólo actúa junto al resto de garantías procesales, sino que “es la garantía que torna operativa a todas las demás”, de allí que la garantía de la defensa no pueda ser puesta en el mismo plano que las otras garantías procesales.⁷

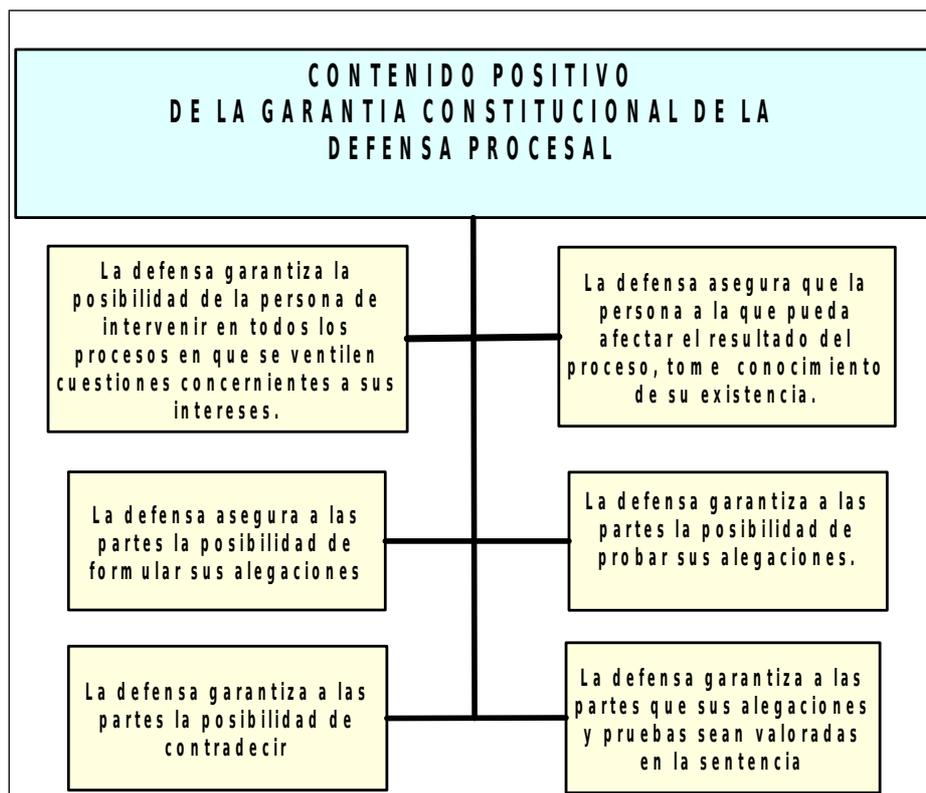
II) Contenido de la garantía de la defensa procesal.

⁶ Expediente N° 1323-2002-HC/TC, Sentencia del 9 de julio del 2002, Fundamento 1.

⁷ Alberto Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal, página 151, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1993.

En cuanto al contenido de la garantía de la defensa procesal se puede distinguir un aspecto positivo y otro negativo.

El contenido positivo consiste en:



El contenido negativo consiste en la prohibición de la indefensión.

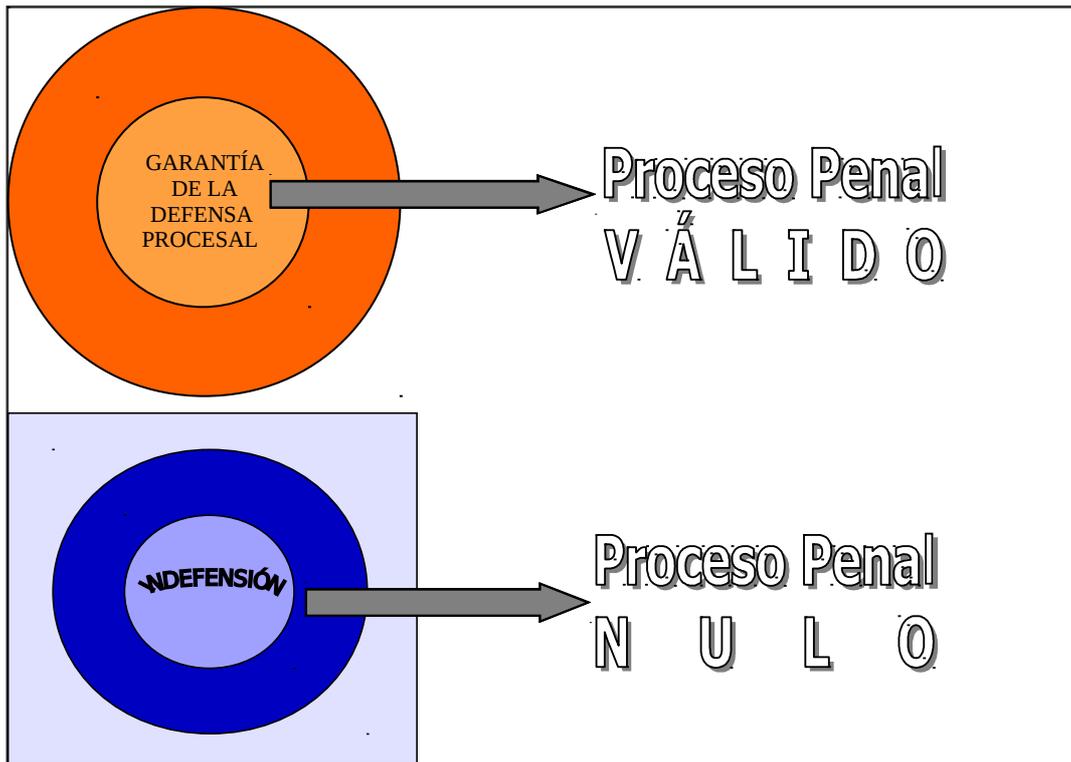
La indefensión es el efecto producido por la violación de la garantía de la defensa procesal; consiste en la indebida restricción o impedimento a las personas de participar efectivamente y en pie de igualdad en cualquier proceso en que se traten cuestiones que les afecten, realizando actos de postulación, prueba y alegación, que permitan al juzgador decidir de forma legal, racional y justa.⁸

Así por ejemplo, el contenido negativo de la garantía de la defensa exige que el órgano jurisdiccional controle que el abogado designado como defensor en el proceso

⁸ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 360.

penal efectivamente realice la defensa técnica y que ésta “sobrepase determinados mínimos”.⁹

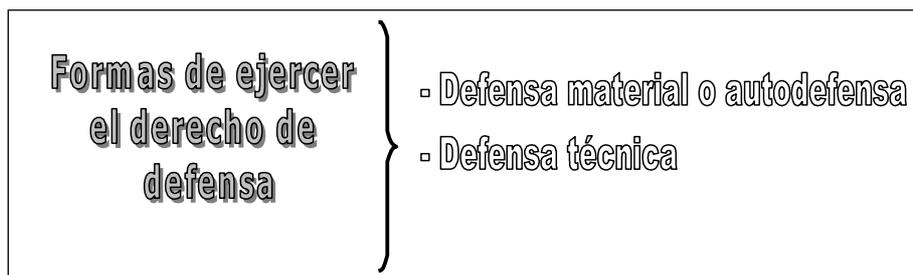
Al ser la defensa procesal un requisito de validez, es decir, de existencia jurídica del proceso, su afectación acarrea la invalidez o inexistencia jurídica del proceso.



III) Formas de ejercer la defensa procesal.

Existen dos formas de realización de la defensa procesal:

⁹ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 56.



El artículo 14 inciso 3 párrafos d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 inciso 2 párrafo d del Pacto de San José de Costa Rica, consagran las dos formas de ejercicio de la defensa procesal.

1) La defensa material o autodefensa.

SAN MARTÍN considera que la defensa material es parte del derecho a la defensa, conjuntamente con la defensa técnica.¹⁰ La defensa material consiste en el derecho del imputado a realizar su propia defensa; contestando la imputación, negándola, manteniéndose en silencio o allanándose a la pretensión punitiva del Ministerio Público.¹¹

Eduardo **JAUCHEN** señala que la defensa material es la que realiza el propio imputado; consiste en las expresiones defensivas que da en las diversas declaraciones que realiza en el proceso penal; en la instructiva, la confrontación, en el interrogatorio en el juicio oral, o en la última palabra.¹²

El Tribunal Constitucional define a la defensa material como el derecho del imputado de ejercer su propia defensa.¹³

2) La defensa técnica.

¹⁰ César San Martín Castro, Obra citada, Tomo 1, página 121.

¹¹ César San Martín Castro, Obra citada, Tomo 1, página 121.

¹² Eduardo M. Jauchen, Derechos del Imputado. Obra citada, página 154, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2005..

¹³ Expediente N° 1323-2002-HC/TC, Sentencia del 9 de julio del 2002, Fundamento 2.

Es la defensa realizada por los abogados que cumplen en el proceso penal la función técnico-jurídica de defensa de las partes con la finalidad de promover la garantía de sus derechos.¹⁴

La defensa técnica hace efectiva a la garantía de la defensa en el proceso penal porque mediante la asistencia letrada se realizan los principios de igualdad de las partes y de contradicción al establecerse el equilibrio con el Ministerio Público, integrado por fiscales que son abogados.¹⁵

SAN MARTÍN señala que la defensa técnica constituye un servicio público imprescindible que se presta aún contra la voluntad de imputado, pues complementa su capacidad para enfrentar el proceso penal en igualdad de armas y de forma eficaz.¹⁶

JAUCHEN afirma que la defensa técnica es una “exigencia necesaria en el proceso penal”; consiste en la actividad que realiza el abogado para asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos u deberes; controlar la legalidad del procedimiento; el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo; la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de derecho; o recurrir las resoluciones judiciales.”¹⁷

Juan **MONTERO AROCA** vincula el derecho a la asistencia de letrado al principio de contradicción, pues para que éste sea real no basta con reconocer a las partes la posibilidad de autodefenderse, siendo indispensable la defensa técnica del abogado; agrega que la defensa adecuada no es la que realiza la propia parte por carecer de los conocimientos técnicos necesarios, sino la que efectúa un abogado.¹⁸

El Tribunal Constitucional define a la defensa técnica como el asesoramiento y patrocinio por un abogado mientras dure el caso penal.¹⁹

¹⁴ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 492.

¹⁵ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 496.

¹⁶ César San Martín Castro, Obra citada, Tomo 1, página 121.

¹⁷ Eduardo M. Jauchen, Obra citada, páginas 154 y 155.

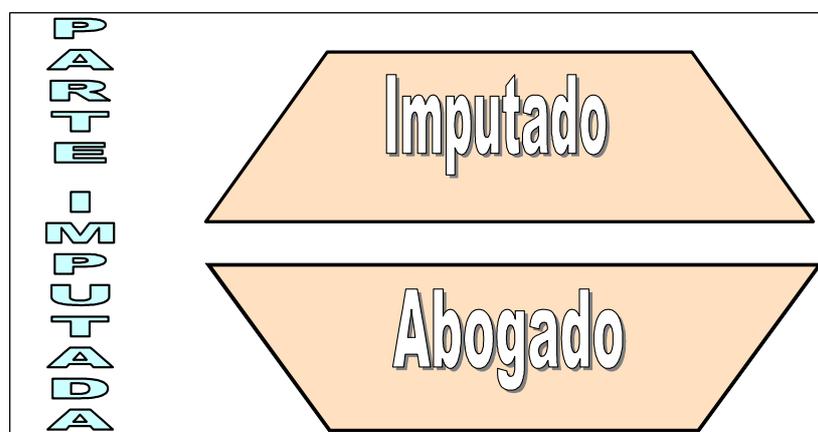
¹⁸ Juan Montero Aroca, Obra colectiva, Derecho Jurisdiccional, Tomo III, Proceso Penal, páginas 38 y 39, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1995.

¹⁹ Expediente N° 1323-2002-HC/TC, Sentencia del 9 de julio del 2002, Fundamento 2.

La defensa técnica constituye una “exigencia para la validez del juicio”²⁰; un “requisito de validez de las actuaciones de las partes en toda clase de juicios”.²¹

La asistencia letrada es un derecho fundamental y base del sistema procesal.²²

La importancia de la defensa técnica en el proceso penal ha llevado a que se considere que la defensa es una parte procesal opuesta a la acusación (la otra parte procesal), que esta formada por dos sujetos: el imputado y el abogado.²³



Al ser el abogado un integrante de la parte procesal defensa, el proceso penal no podría existir sin la asistencia letrada al imputado. No hay proceso penal sin dos partes, acusación más defensa, y ésta solamente se puede formar si el procesado cuenta con abogado defensor, es decir, con defensa técnica.

Jaime **BERNAL CUELLAR** y Eduardo **MONTEALEGRE LYNETT** afirman que el derecho a la defensa se ejercita por la actividad de dos sujetos, el imputado y el abogado; son dos individualidades constitutivas de una parte procesal formada por dos órganos.²⁴

²⁰ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 497.

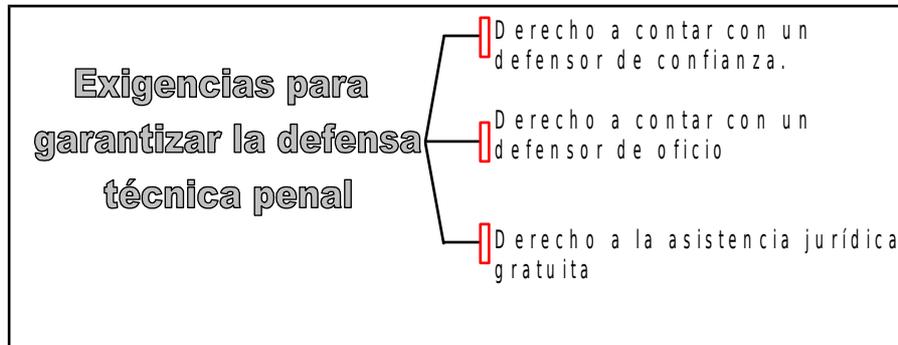
²¹ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 497.

²² César San Martín Castro, Obra citada, Tomo 1, página 287.

²³ César San Martín Castro, Obra citada, Tomo 1, página 287.

²⁴ Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, El Proceso Penal, 3ª edición, página 341, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1995.

Para asegurar que en el proceso penal el imputado cuente con defensa técnica, existen 3 exigencias que se tienen que cumplir según el caso:²⁵



A) El derecho a contar con un defensor de oficio.

Para asegurar que el imputado cuente con defensor técnico dentro del proceso penal en el momento que lo necesite, se le garantiza el derecho a contar con un defensor de oficio.²⁶

Cuando el sujeto pasivo del proceso penal no ejerce su derecho a nombrar abogado, el Juez tiene el deber de designarle uno de oficio, al que se le asigna la responsabilidad de la defensa técnica del imputado.²⁷

El abogado de oficio es el defensor técnico del imputado en el proceso penal, que asume la misma función y responsabilidad del abogado de confianza (el nombrado por el procesado); la única diferencia entre ambos es la fuente de la designación como defensor.²⁸

La defensa de oficio tiene su razón de ser en la importancia de los derechos fundamentales que son afectados con la persecución penal de una persona, que ha convertido a la defensa técnica en una exigencia de validez del proceso penal; si el procesado no designa abogado el Estado le nombra un defensor de oficio, pues la

²⁵ Alex Carocca Pérez, obra citada, página 514.

²⁶ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 526.

²⁷ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 526.

²⁸ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 528.

garantía de su derecho a la defensa es una condición indispensable para que pueda realizar un proceso penal debido o justo.²⁹

El derecho a contar con un defensor de oficio no se garantiza con cualquier tipo de defensa, ésta tiene que ser efectiva; la protección de los principios de igualdad y contradicción exige que el Estado provea al justiciable de una real e idónea defensa técnica en el proceso penal.³⁰

B) Momento a partir del cual tiene vigencia la garantía de la defensa procesal mediante la designación de defensor de oficio.

La vigencia de la garantía de la defensa para el imputado comienza con el inicio de la persecución penal.

El significado de persecución penal para la determinación del inicio de la vigencia de la garantía de la defensa ha sido establecido de la manera más amplia, para que aquélla se extienda al procedimiento preliminar, tanto, el judicial, el fiscal, como el policial, en el que la garantía de la defensa es tan necesaria por los severos problemas que existen en la investigación policial para que el investigado a través de su defensa proteja otros derechos fundamentales.

El artículo 139 inciso 14 de la Constitución fija como momento de inicio de la vigencia de la garantía de la defensa, la citación o detención por la autoridad.

El criterio que determina a partir de cuándo la garantía de la defensa procesal tiene vigencia **es el peligro de afectación de derechos fundamentales** por decisión de la autoridad, sea judicial, fiscal o policial.³¹

El proceso penal, por su objeto, desde su fase inicial, incluyendo el procedimiento preliminar policial, produce algún tipo de afectación de los derechos fundamentales de la persona sometida a la persecución penal, por lo que es

²⁹ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 527.

³⁰ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 531.

³¹ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 201.

imprescindible garantizarle la defensa a fin que tenga la posibilidad de lograr una resolución fiscal o judicial fundada en derecho.³²

El derecho a contar con un defensor de oficio es exigible al Estado desde el momento en que resulte necesaria la asistencia de abogado por la posibilidad o el sometimiento a persecución penal.³³

El derecho a contar con un defensor de oficio tiene que ser garantizado, al investigado, imputado, acusado, o sentenciado, en todas las etapas del proceso penal.³⁴

SAN MARTÍN refiere que el derecho a la defensa nace cuando a la persona se le vincula con la comisión de un delito, incluso desde antes de la formulación de la imputación criminal formal en el proceso penal, es decir, que también tiene vigencia en el procedimiento preliminar.³⁵

Pablo **SÁNCHEZ VELARDE** igualmente considera que el derecho a la defensa, y específicamente a ser asistido por abogado, rige durante todo el proceso penal, “y aun antes, desde la etapa de la investigación inicial o policial.”³⁶

MONTERO AROCA señala que el derecho a la defensa debe ser garantizado “a partir del momento en que pueda entenderse que exista imputación contra una persona determinada; esto es, no cabrá esperar a que en el proceso se haya formulado acusación formal, lo que se realiza normalmente en una fase avanzada de las actuaciones, sino que bastará que exista cualquier forma de imputación.”³⁷

Víctor **MORENO CATENA** expresa que la primera consecuencia del reconocimiento constitucional de la defensa como derecho fundamental, es su garantía a la persona no sólo desde que se formula la acusación, sino desde el instante en que

³² Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 201.

³³ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 532.

³⁴ Alex Carocca Pérez, Obra citada, páginas 526 y 527.

³⁵ César San Martín Castro, Obra citada, Tomo 1, página 120.

³⁶ Pablo Sánchez Velarde, Manual de Derecho Procesal Penal, página 306, IDEMSA, Lima, Perú, 2004.

³⁷ Juan Montero Aroca, Obra citada, páginas 36 y 37.

surge la imputación criminal contra una persona, esto es, desde el procedimiento preliminar, y “a lo largo de todas las actuaciones procesales”.³⁸

Francisco **RAMOS MÉNDEZ** señala que la persona tiene derecho a defenderse desde que toma conocimiento, de cualquier forma, de la existencia de una persecución penal en su contra.³⁹

BINDER expresa firmemente que “el derecho de defensa no puede tener limitaciones”, y que en la práctica resulta peligrosa la limitación temporal que pretende sostener que la defensa solamente es necesaria a partir de la existencia de una imputación formal, razonamiento que califica de completamente erróneo, pues la defensa surge a partir de una imputación de delito contra una persona por mas vaga o informal que ésta sea.⁴⁰

BERNAL CUELLAR y **MONTEALEGRE LYNETT**, afirman que la defensa ha de ser unitaria y continúa, es decir, que no puede existir ninguna etapa de la persecución penal en la que no se garantice la defensa, de allí que no se admita que en el procedimiento preliminar, so pretexto que el juicio oral habrá la oportunidad de una amplia defensa, no se asegure que el investigado puede defenderse.⁴¹

José **CAFFERATA NORES** expresa que el derecho a la defensa debe ser reconocido desde el primer momento de la persecución penal.⁴² En el mismo sentido se manifiestan Vicente **GIMENO SENDRA** y Yolanda **DOIG DÍAZ** al señalar que el derecho de defensa nace con la imputación.⁴³

La interpretación de los artículos 67 y 68 del Código de Procedimientos Penales de 1940 establece que el defensor de oficio asiste a la persona desde el procedimiento

³⁸ Víctor Moreno Catena, *Obra colectiva, Derecho Procesal Penal*, 3º edición, página 136, Colex, Madrid, España, 1999.

³⁹ Francisco Ramos Mendez, *El Proceso Penal, Lectura Constitucional*, 3º edición, página 135, J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 1993.

⁴⁰ Alberto Binder, *Obra citada*, página 152.

⁴¹ Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, *Obra citada*, página 348.

⁴² José Cafferata Nores, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, página 115, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000.

⁴³ Vicente Gimeno Sendra y Yolanda Doig Díaz, *El Derecho de Defensa*, en el *Nuevo Proceso Penal*. *Obra colectiva*. página 286, Palestra, Lima, 2005.

preliminar policial; fija como su obligación el defender al imputado en “las diligencias previas a la acción penal, durante la instrucción y el juicio oral”.

Un criterio material que considera que el derecho al defensor técnico debe garantizarse desde el momento en que surge el peligro para los derechos fundamentales de la persona, fijará a la apertura del procedimiento preliminar policial o fiscal; y un criterio formal que considera que el momento es la formulación de la imputación, lo fijará con la apertura del proceso penal.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala en el Informe 50/00 correspondiente al Caso 11.298 (Reinaldo Figueredo Planchart v. República Bolivariana de Venezuela) que las garantías del debido proceso no pueden estar limitadas ni restringidas a la fase final de un proceso penal, menos aún si la fase preliminar tiene consecuencias jurídicas sobre los derechos civiles del presunto imputado:

“87. La Comisión observa que tanto la jurisprudencia del sistema europeo como la del interamericano establecen claramente que la aplicación por parte de los Estados de las garantías del debido proceso no pueden estar limitadas ni restringidas a la fase final de un proceso penal, menos aún si la fase preliminar tiene consecuencias jurídicas sobre los derechos civiles del presunto imputado. (...) El principio general, tal como lo ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos, es que las garantías del debido proceso se aplican a las actuaciones anteriores al juicio, incluyendo las investigaciones preliminares, "si y en la medida [en] que la equidad del juicio pueda verse gravemente perjudicada por una falla inicial en su cumplimiento". (Resaltado del autor)

La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia del 28 de enero del 2003 en el proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 126 de la Ley 600, determina que en la investigación previa el derecho a la defensa “debe concebirse en una dimensión amplia”; razona que si el material probatorio es recopilado durante la investigación preliminar sin que el imputado pueda defenderse, “difícilmente podría consolidarse durante el sumario y menos aún en la etapa de juicio”. La persona durante

el procedimiento preliminar tiene el mismo derecho a la defensa y a la protección de sus derechos fundamentales que en el proceso penal.⁴⁴

IV) La irrenunciabilidad de la garantía de la defensa procesal.

La defensa procesal, como ya se dijo, tiene la categoría de garantía porque constituye un derecho fundamental, lo que a su vez determina que sea irrenunciable.

El constitucionalista chileno Humberto **NOGUEIRA** expresa que los derechos fundamentales son **irrenunciables** porque resultan consubstanciales a la dignidad humana; ningún ser humano puede hacer abandono de ellos.⁴⁵

El maestro alemán Claus **ROXIN** afirma que por ser el abogado el garante de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, como el de la presunción de inocencia, la defensa técnica es irrenunciable porque el imputado no está en condiciones suficientes de satisfacer las necesidades de su defensa, por falta de capacidad, de conocimientos técnicos, o por su situación personal.⁴⁶

RAMOS MÉNDEZ señala que la complejidad de las leyes hace obligatoria la defensa técnica en el proceso penal, la que para no afectar la libertad de elección de abogado, se implementa por defensor de oficio desde que se formula la imputación contra la persona o se le detiene, siendo deber del abogado de oficio asistirle hasta que aquélla no ejercite su libertad de elección.⁴⁷

BINDER explica que al ser la defensa un derecho de doble vertiente, manifestación del respeto a la dignidad humana y manifestación de una aplicación

⁴⁴ Página electrónica del Ministerio de Justicia de Colombia: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/>.

⁴⁵ Humberto Nogueira Alcalá. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia. . *Ius et Praxis*. [online]. 2003, vol. 9, no.1 [citado 05 Julio 2005], p.403-466. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012

⁴⁶ Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Traducción de la 25ª edición alemana, página 132, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2000.

⁴⁷ Francisco Ramos Méndez, Obra citada, página 139.

legítima del poder penal del Estado, se exige que el imputado ejerza la defensa con asistencia letrada, de allí que la defensa técnica sea irrenunciable.⁴⁸

CAFFERATA NORES señala que la exigencia de igualdad de las partes en el proceso penal se basa en la equivalencia de conocimientos jurídicos que debe existir entre el Ministerio Público y el imputado, de allí que la asistencia de abogado defensor es irrenunciable.⁴⁹

La irrenunciabilidad de la defensa procesal significa que no puede ser objeto de renuncia por el imputado; éste no podría solicitar al Juez Penal que acepte su no defensa en el proceso penal.⁵⁰

La defensa es un derecho inalienable de la persona porque es una manifestación de su libertad, asimismo constituye una cuestión de orden público porque la sociedad tiene el interés que sólo se sancione penalmente al culpable, cuya responsabilidad únicamente puede determinarse a través de un proceso penal en el que se haya garantizado la defensa del imputado.⁵¹

Al ser la defensa derecho inalienable y cuestión de orden público, el encausado no puede renunciar a ella, la que se le debe garantizar “aún contra su voluntad”, asignándole un abogado que técnicamente lo defienda en el proceso penal.⁵²

En los sistemas procesales penales en los que se establezca que la defensa es irrenunciable, el abogado es imprescindible; “ningún proceso puede carecer de defensor”.⁵³

⁴⁸ Alberto Binder, Obra citada, página 155.

⁴⁹ José Cafferata Nores, Obra citada, página 114.

⁵⁰ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 21.

⁵¹ Rafael Fontecilla Riquelme, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, 2º edición, páginas 249 y 250, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1978.

⁵² Rafael Fontecilla Riquelme, Obra citada, Tomo II, página 250.

⁵³ Jorge Alberto Silva Silva, Derecho Procesal Penal, página 198, HARLA, México, 1990.

La defensa es necesaria y obligatoria “aun en contra de la voluntad del imputado”; si se niega a hacerlo, el Estado debe suministrarle de oficio un defensor oficial que cumpla con la función de defender.⁵⁴

El artículo 8º inciso 2 parágrafo e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

*“8º...2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:
...e) Derecho **irrenunciable** de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiera por sí mismo ni nombrara defensor dentro del plazo establecido por la ley.” (Resaltado del autor)*

V) La garantía de la defensa procesal exige una defensa eficaz.

1) Significado de defensa eficaz.

No basta que la defensa sea necesaria y obligatoria para que la garantía constitucional cumpla su finalidad en el proceso penal; la defensa tiene que ser efectiva, lo que significa desarrollar una oposición, o respuesta, o antítesis, o contradicción; a la acción penal o a la pretensión punitiva.⁵⁵

CAFFERATA NORES puntualiza que la mera existencia de defensor suele ser insuficiente por sí sola para garantizar la igualdad de armas en el proceso penal, pues solamente brinda una “posibilidad formal de igualdad”; el equilibrio de las partes reclama “una actividad profesional diligente y eficaz del defensor”. Si no hay defensa eficaz se considera “un abandono implícito de la defensa” que demanda la sustitución de abogado y provoca la nulidad de los actos procesales efectuados sin defensa.⁵⁶

⁵⁴ Eduardo M. Jauchen, Derechos del Imputado, página 157, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2005.

⁵⁵ Eduardo M. Jauchen, Obra citada, página 157.

⁵⁶ José Cafferata Nores, Obra citada, página 118.

JAUCHEN establece claramente que no basta que se de al imputado la oportunidad de designar abogado, se exige que en el proceso penal aquél realice una defensa eficaz; “es imprescindible que el defensor agote pormenorizadamente una razonada refutación de las pruebas y fundamentos de cargo, tanto desde el punto de vista de hecho como de Derecho”.⁵⁷

Alejandro D. **CARRIO**, afirma que el requisito de la efectiva asistencia legal no se cumple con el solo hecho que la persona cuente con abogado en el proceso penal, se exige que el abogado realice un asesoramiento legal efectivo.⁵⁸

MORENO CATENA afirma que el derecho fundamental a la asistencia de abogado no se puede reducir a una mera designación formal, correspondiendo al juez adoptar medidas extremas para que en el proceso penal la defensa sea real y efectiva.⁵⁹

La defensa técnica eficaz exige que no pueda realizarse ningún acto en el proceso penal, cuyo objeto pueda incidir en la situación jurídica del imputado, sin la asistencia de abogado defensor.⁶⁰

La defensa eficaz exige que la persona cuente con la “debida y suficiente defensa técnica” desde el inicio mismo de la persecución penal, ya sea con la formulación de la imputación o con la detención.^{61 62}

La defensa eficaz exige que no exista “ningún lapso de tiempo por mínimo que sea” desde la formulación de la imputación, la detención, o el inicio de la

⁵⁷ Eduardo M. Jauchen, Obra citada, página 157.

⁵⁸ Alejandro D. Carrio, Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, 4º edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2000.

⁵⁹ Víctor Moreno Catena, obra citada, página 146.

⁶⁰ Eduardo M. Jauchen, Obra citada, página 157.

⁶¹ Eduardo M. Jauchen, Obra citada, páginas 424 y 425.

⁶² En el Caso del “Velero Karisma” la Corte Suprema de Justicia ha dado al significado de persecución penal el máximo alcance posible con la creación del concepto de la “persecución penal potencial”, con lo cual se comete delito de encubrimiento cuando se sustrae a la persona, ya no de una persecución penal forma, al menos policial, sino de una posible persecución que se podría iniciar cuando la autoridad llegue a conocer el hecho. Tal extensión del concepto persecución penal tendría mayor y mejor justificación a efecto de establecer el momento a partir del cual se tiene que garantizar la defensa al perseguido potencial!

persecución penal, sin que la persona cuente con la asistencia y representación de abogado defensor.⁶³

La defensa eficaz no deja de ser una exigencia por la negativa del imputado a designar abogado; ante tal omisión, rápidamente el juez debe asignar al imputado un defensor de oficio, “quien a su vez de inmediato debe tomar intervención en la causa y realizar todas las tareas que son inherentes a la defensa, ésa es su obligación funcional que no puede omitir.”⁶⁴

La defensa eficaz no deja de ser una exigencia por el abandono del abogado, en caso que ello sucediera, el juez deberá disponer su inmediata sustitución; incluso el letrado tiene el deber de mantenerse hasta que sea sustituido por otro.

La negligencia, inactividad, la ignorancia de la ley, o el descuido del defensor, no justifica el estado de indefensión del imputado en el proceso penal.⁶⁵

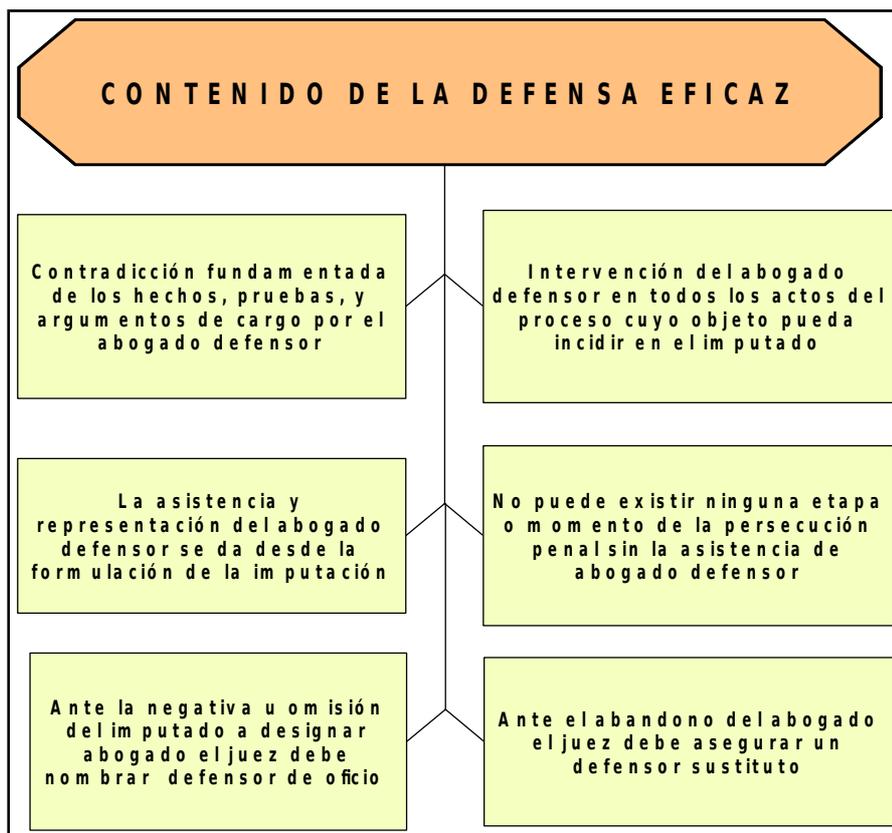
El deber del Estado de garantizar el derecho a contar con un defensor técnico no se cumple con el simple nombramiento o designación de un abogado de oficio o de confianza, éste tiene que asistir real e idóneamente al imputado en la causa penal.⁶⁶

⁶³ Eduardo M. Jauchen, Obra citada, página 425.

⁶⁴ Eduardo M. Jauchen, Obra citada, página 426.

⁶⁵ Alejandro D. Carrió, Obra citada, páginas 428 a 430.

⁶⁶ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 531.



2) La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, - en adelante Corte IDH -interpretando los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce que la defensa eficaz forma parte del contenido de la garantía de la defensa en el proceso penal.⁶⁷

⁶⁷ Caso 11.298 (Reinaldo Figueroa Planchart v. República Bolivariana de Venezuela), Párr. 102. Véase también sobre este tema: CIDH Informe Anual 1985-1986. Resolución 28/86 Caso 9190, Jamaica, 16 de abril de 1986.

La Corte IDH el 1 de octubre de 1999 ante una solicitud de los Estados Unidos Mexicanos emitió la Opinión Consultiva OC-16/99, en la que estableció que la defensa eficaz es una condición para la existencia del debido proceso penal.^{68 69}

Opinión consultiva 16-99

"EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL"

(...)

117. En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. (...)".

En la sentencia del 30 de mayo de 1999, caso "Castillo Petruzzi v. Estado Peruano" la Corte IDH reitera que en el proceso penal la persona tiene derecho a una defensa adecuada y que por tanto constituye un estado de indefensión prohibido por el Pacto de San José una presencia o actuación de un defensor meramente formal.

*"141... En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron **meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.**" (Resaltado del autor)*

En la sentencia del 2 de julio de 2004 la Corte IDH en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" insiste en que en el proceso penal las garantías judiciales son condiciones que deben cumplirse para "asegurar la defensa adecuada".

⁶⁸ El artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos confiere a la Corte IDH la competencia de absolver consultas de los Estados parte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) respecto de la interpretación de la propia Convención, los Tratados internacionales sobre derechos humanos en los Estados americanos, las leyes y normativa general interna de cada Estado miembro. En el caso peruano mediante comunicación de 29 de enero de 2001 se ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH en todos sus efectos jurídicos.

⁶⁹ El artículo 1 del D.S. 014-200-JUS establece que las decisiones, resoluciones o recomendaciones adoptadas en el marco de los procedimientos y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional, serán procesadas por el Estado de acuerdo a los principios de la buena fe, fiel observancia de los tratados respectivos y cooperación con las instancias internacionales de promoción y protección de derechos humanos.

“147. En relación con el proceso penal, es menester señalar que la Corte, al referirse a las garantías judiciales, también conocidas como garantías procesales, ha establecido que para que en un proceso penal existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que <sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las <condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.”⁷⁰
(Resaltado del autor)

3) La defensa eficaz en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el informe sobre “Terrorismo y Derechos Humanos”, numeral 235 señala:⁷¹

*“235. El derecho internacional de los derechos humanos requiere que, para que el proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial sea justo, debe ir acompañado de ciertas debidas garantías que otorgan a la persona una oportunidad adecuada y **efectiva para defenderse** de los cargos que se le imputan.*

4) La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Suprema de la República Argentina.

La Corte Suprema de la República Argentina, en el caso “Rojas Molina”, estableció que se violó el derecho a la defensa procesal y que el acusado fue condenado sin ser oído, porque “el defensor que se le designó no ha dicho una sola palabra en defensa del acusado... Toda la estructura del Código de Procedimientos penales demuestra la necesidad de una defensa efectiva”.⁷² En la sentencia el Tribunal Supremo Argentino determinó que la falta de presentación de defensa o el abandono del abogado “no autoriza al juez” a no cumplir con el deber de garantizar el derecho a la defensa, por

⁷⁰ página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/>

⁷¹ OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr. 22 octubre 2002

⁷² Eduardo M. Jauchen, Obra citada, página 160.

lo que a falta de presentación de defensa el juez tiene la obligación de intimar al abogado a que defienda y en caso de no hacerlo, de sustituirlo.⁷³

En el caso “Rosales, Marcelo Daniel s/tenencia de arma de guerra” la Corte Suprema Argentina ha sostenido que no basta con que el imputado cuente con asesoramiento legal sino que toda la estructura del Código de Procedimientos demuestra la necesidad de una defensa efectiva; en la causa “Del Vecchio, Hugo Daniel, s/ inf. Ley 23.737” agrega que en análogo criterio con el sustentado en el derecho de los Estados Unidos respecto del *effective counssel* no es suficiente que la persona sometida a proceso penal cuente con un asesor legal designado, pues el sistema procesal penal de la República Argentina exige que el abogado defienda efectivamente en la causa.⁷⁴

En el caso “Nápoli, Luis Alberto s/estafa” la Corte Suprema Argentina afirma que desde sus orígenes señaló que el ejercicio del derecho a la defensa “debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio.”⁷⁵

En el caso “Raúl Hilario Gordillo s/. corrupción calificada” la Corte Suprema Argentina, continuando la doctrina de la defensa eficaz, señala que “no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio de manera formal, sino que es menester además que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor.”⁷⁶

En el caso “Osvaldo Antonio López” la Corte Suprema Argentina fija como un deber de los jueces el proveer a los procesados, incluso contra su voluntad, de los medios para que no caigan en estado de indefensión; reafirma que la defensa en el proceso penal no es solamente formal, no se reduce al otorgamiento de facultades para

⁷³ <http://www.csjn.gov.ar/documentos/jurisp/>.

⁷⁴ www.lexpenal.com.ar/archivos/jurisprudencia/boletin1998_3.htm Revista electrónica argentina: Lex Penal.

⁷⁵ página web de la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina: <http://www.csjn.gov.ar/>, Fallo N.156.XXXI.

⁷⁶ Página web de la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina: <http://www.csjn.gov.ar/>.

defenderse, sino que el Estado debe asegurar una defensa efectiva al imputado que le permita enfrentar en igualdad a la acción penal.⁷⁷

Néstor Pedro **SAGÜÉS** comentando la doctrina judicial de la Corte Suprema Argentina sobre el derecho a la defensa eficaz en el proceso penal, señala que en los casos “Avenida Independencia N° 2131” y “Ojer González”, ha determinado que el Estado tiene el deber de asegurar que el defensor cumpla útilmente su misión en el proceso penal, pues la garantía de la persona no es sólo a una defensa formal, sino “a la defensa apropiada”; la Corte Suprema precisa claramente que la obligación del Estado opera “incluso ante la desatención del defensor privado”.⁷⁸

Resalta igualmente **SAGÜÉS** los casos “López” y “Gordillo” en los que la Corte Suprema Argentina especificó que los tribunales deben evitar situaciones de indefensión en los procesos penales que tengan como causa la inacción del abogado, como por ejemplo la no interposición de recursos impugnatorios sin razón legal; llega a precisarse que “los tribunales tenían que proteger al inculcado de los descuidos de su defensor”, y “de ser indispensable reemplazarlo por otro defensor”.⁷⁹

5) La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia.

La Corte Constitucional Colombiana señala que se vulnera el derecho al debido proceso cuando los defensores de oficio asumen una actitud pasiva o nula al omitir intervenir o actuar en beneficio de su defendido, impidiéndose la posibilidad de una adecuada y eficiente defensa técnica.⁸⁰

Efectivamente, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia en el proceso de la acción de tutela instaurado por María Guillermina Franco Rocha contra el

⁷⁷ Página web de la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina: <http://www.csjn.gov.ar/>.

⁷⁸ Néstor Pedro Sagüés, Libertad personal, seguridad individual y debido proceso de Argentina, Revista electrónica Ius et Praxis, Derecho en la región, Universidad de Talca Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año V, N° 1, issn 0717-2877, página 223. (<http://derecho.otalca.cl>)

⁷⁹ Néstor Pedro Sagüés, Obra citada, página 223.

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. Expediente T-41649, 09 de febrero de 1994, en la Acción de Tutela interpuesta por María Guillermina Franco Rocha. página electrónica del Ministerio de Justicia de Colombia: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/>.

Inspector 18E Distrito de Policía, en la sentencia del 9 de febrero de 1994 establece que la defensa eficaz no se garantiza en el proceso penal sino se despliega una defensa activa y técnica, utilizando los instrumentos procesales apropiados para asegurar que el imputado goce a plenitud sus derechos y garantías; la omisión de tal actividad constituye un estado de indefensión.⁸¹

En el proceso de acción de tutela promovido por Delfín Alirio Aguirre Mendoza contra la Fiscalía 115 seccional y el Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia del 12 de enero del 2001, establece que se viola la garantía de la defensa en el proceso penal si el abogado de oficio “elude sus más elementales responsabilidades en la tarea de la defensa”.⁸²

6) La defensa eficaz en la doctrina del Tribunal Constitucional de Bolivia.

El Tribunal Constitucional de Bolivia en la sentencia del 29 de marzo del 2005 emitida en el proceso de hábeas corpus 2005-11029-23-RHC estableció que el defensor de oficio violó el derecho a la defensa del contumaz al no interrogar a los testigos de cargo, no realizar control de la prueba de cargo, no ofrecer prueba de descargo, no formular alegatos; el TC Boliviano señala que el “mero acto de presencia del abogado” vulnera el derecho a la defensa y por ende el debido proceso. La negligencia del abogado determina la falta de defensa eficaz, así como la nulidad del proceso penal.⁸³

7) La defensa eficaz en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, ha establecido en diversos casos la necesidad de contar con asesoramiento y asistencia legal (*effective counsel*) como

⁸¹ Página electrónica del Ministerio de Justicia de Colombia: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/>.

⁸² Página electrónica del Ministerio de Justicia de Colombia: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/>.

⁸³ Página web del Tribunal Constitucional Boliviano: <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/>, Expediente 2005-11029-23-RHC.

derecho fundamental y por tanto su vulneración supone quebrantar el debido proceso de todo justiciable a la luz de lo expuesto en la 6ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.⁸⁴

- En *Powell v. Alabama* (1932)^{85 86} se estableció que el debido proceso, requiere la observancia de los derechos fundamentales de la persona y “el derecho a recibir asistencia es uno de naturaleza fundamental. Esta observación fue realizada a propósito del derecho de recibir asesoría de elección personal y costada por el justiciable. El derecho de audiencia sería, en algunos casos, insuficiente si no comprende el derecho a la asistencia letrada puesto que si la acusación es criminal el acusado no se encuentra capacitado para determinar por si mismo los extremos negativos y positivos de una acusación penal.
- En *Johnson v. Zerbst* (1938)⁸⁷ se estableció que el requisito de la asistencia letrada es indispensable para asegurar los derechos fundamentales de toda persona, la vida y la libertad.
- En *Betts v. Brady* (1942)⁸⁸ se determinaron las tres categorías de factores perjudiciales, a menudo traslapándose en casos individuales, donde se requería de ayuda o consejo legal. (1) las características personales del demandado; (2) la complejidad técnica de los cargos o imputaciones y de las

⁸⁴ Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. 6ª Enmienda: En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda. En: <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/USA/usa1787.html>

⁸⁵ *Powell v. Alabama*. 287 U.S. 45 (1932)

⁸⁶ “*Due process, Justice Sutherland said for the Court, always requires the observance of certain fundamental personal rights associated with a hearing, and "the right to the aid of counsel is of this fundamental character." This observation was about the right to retain counsel of one's choice and at one's expense, and included an eloquent statement of the necessity of counsel. "The right to be heard would be, in many cases, of little avail if it did not comprehend the right to be heard by counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law. If charged with crimes, he is incapable, generally, of determining for himself whether the indictment is good or bad.*”

⁸⁷ *Johnson v. Zerbst*. 304 U.S. 458 (1938). *The right to assistance of counsel, Justice Black wrote for the Court, "is necessary to insure fundamental human rights of life and liberty.*

⁸⁸ *Betts v. Brady*. 316 U.S. 455 (1942).

defensas posibles a las cargas; y, (3) la relevancia de la asesoría letrada en la solución de la controversia.

La Suprema Corte Norteamericana ha establecido, además, que la defensa y asistencia letrada debe ser efectiva, así encontramos que:

- En *Mc Mann v. Richardson*⁸⁹ se establece que el derecho a recibir asistencia y consejo legal debe ser efectivo.
- Ha señalado este Supremo Tribunal de Justicia que existen dos componentes a ser analizados para determinar si ha existido una defensa efectiva: el comportamiento deficiente del abogado y el perjuicio ocasionado por la conducta del abogado. Aunque la regla de la defensa eficaz del abogado es un estándar objetivo del carácter razonable, la corte concluyó que “[El examen] de la función del abogado debe ser altamente respetuoso de .las opciones estratégicas del abogado hechas después de la investigación cuidadosa de la ley relevante y los hechos son “inmutables” al igual que “la razonable e innecesaria investigación” del fundamento de las decisiones adoptadas para establecer si el resultado perjudicial es error del abogado o del demandado debiendo demostrarse que existe por lo menos una probabilidad razonable que el resultado hubiera sido diferente de haber sido otra la conducta del abogado. La defensa y asistencia letrada efectiva se analizó también en “*Weatherford v. Bursey*”.^{90 91}

8) La defensa eficaz en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias de 9 de octubre de 1979 (Caso Airey)⁹², 13 de mayo de 1980 (Caso Ártico)⁹³ y 25 de abril de 1983 (Caso

⁸⁹ *Mc Mann v. Richardson*. 397 U.S. 759, 771 n.14 (1970).

⁹⁰ *Weatherford v. Bursey*. 429 US 545 (1977)

⁹¹ Eduardo M. Jauchen, obra citada, página 162.

⁹² *Airey v. Ireland (Article 50)* – 41 (9.10.79)

⁹³ *Ártico v. Italy* – 37 (13.5.80)

Pakelli)⁹⁴, al establecer el significado del derecho a contar con un defensor técnico, expresó que el Estado garantiza, no el nombramiento de un abogado, sino su asistencia en el proceso penal; se viola el derecho comentado cuando el abogado designado no defiende al imputado, esto es, cuando se produce una manifiesta ausencia de asistencia efectiva.⁹⁵

En la sentencia del 9 abril de 1984 (Caso Goddi)⁹⁶ el TEDH afirma la importancia del derecho a la defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal, pues la igualdad de las partes en el mismo solamente se puede alcanzar a través de una defensa adecuada.⁹⁷

MORENO CATENA comentando el tratamiento del derecho a la defensa por el TEDH señala que el objetivo fundamental es proteger derechos no teóricos ni ilusorios sino concretos y efectivos; cita la sentencia del 22 de septiembre de 1994 (Casos Lala⁹⁸ y Pelladoah⁹⁹) en la que se estableció que “el hecho de que el acusado, debidamente citado, no comparezca no puede – incluso sin excusa – justificar que sea privado del derecho a ser asistido por un defensor; compete a los tribunales el asegurar el carácter equitativo de un proceso y velar, por consiguiente, para que un abogado que asiste para defender a su cliente en ausencia de éste, pueda hacerlo”.¹⁰⁰

Igualmente **MORENO CATENA** comenta la sentencia del 21 de enero de 1999 (Caso Van Geyseghem¹⁰¹) en el que el TEDH señaló “el derecho de todo acusado a ser defendido de manera efectiva por un abogado figura entre los elementos fundamentales de un juicio justo, de modo que un acusado no pierde el beneficio por el sólo hecho de ausentarse en los debates, y aún cuando el legislador debe poder disuadir las

⁹⁴ Pakelli v. Germany – 64 (25.4.83)

⁹⁵ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 531.

⁹⁶ Goddi v. Italy – 76 (9.4.84)

⁹⁷ Francisco Fernández Segado El derecho a la jurisdicción y las Garantías del Proceso debido en el ordenamiento constitucional español. Ius Et Praxis. Año 5, N° 1, página 106, Talca, Chile, 1999. <http://derecho.otalca.cl/pgs/investigacion/iusetpraxis/5-1-99/2fern199.pdf>

⁹⁸ Lala v. the Netherlands – 297-A (22.9.94)

⁹⁹ Pelladoah v. the Netherlands – 297-B (22.9.94)

¹⁰⁰ Víctor Moreno Catena, Obra citada, páginas 144 y 145.

¹⁰¹ Van Geyseghem v. Belgium [GC], no. 26103/95, ECHR 1999-I – (21.1.99)

incomparencias injustificadas, no puede sancionarlas derogando el derecho a la asistencia de un abogado.¹⁰²

GIMENO SENDRA y **DOIG DÍAZ** comentando la doctrina jurisprudencial del TEDH señalan que “el nombramiento de un Abogado no asegura, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado” refiriendo la Sentencia del TEDH en el “Caso Imbroschia”.^{103 104}

9) La defensa eficaz en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO** explica cómo el Tribunal Constitucional Español ha establecido que la defensa en el proceso penal debe prestarse de modo real y efectivo, pues de lo contrario no se podría asegurar el cumplimiento del principio de igualdad y contradicción.¹⁰⁵

En la Sentencia TC 105/1999 el Tribunal Supremo Español determinó que no basta con la designación de abogado para garantizar la defensa en el proceso penal, es necesario que éste proporcione una asistencia real y operativa a su patrocinado¹⁰⁶; y en la Sentencia TC 222/2000 fijó que los órganos judiciales “han de cuidar solícitamente de la defensa del justiciable en el proceso penal”, siendo su misión “la realización efectiva del derecho de defensa”, la que se cumple de acuerdo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecida en los casos Airey, Ártico y Pakelli, proporcionando “asistencia letrada real y efectiva” a las personas sometidas a persecución penal.¹⁰⁷

¹⁰² Víctor Moreno Catena, Obra citada, página 145.

¹⁰³ Vicente Gimeno Sendra y Yolanda Doig Díaz, Obra citada, página 285.

¹⁰⁴ Imbroschia v. Switzerland – 275 (24.11.93)

¹⁰⁵ Francisco Fernández Segado, Obra citada, página 107.

¹⁰⁶ Materiales de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid. <http://www.der.es/constitucional/berdugo/1999-105.html>.
<http://www.der.es/constitucional/berdugo/1999-105.html>.

¹⁰⁷ Página web: [http:// www.boe.es](http://www.boe.es)

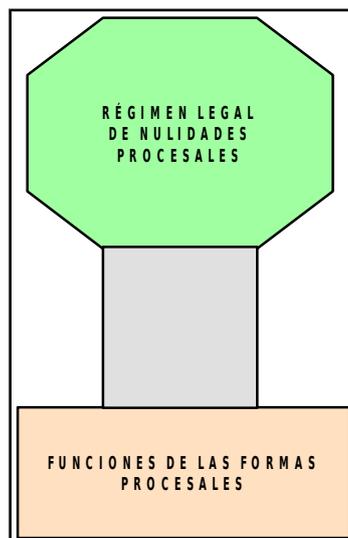
El propio Tribunal Constitucional Español en las sentencias SSTC 18/1995, SSTC 162/1993, SSTC 132/1992 y SSTC 178/1991, señala que el derecho fundamental de asistencia de abogado debe ser real y efectiva y no meramente formal e ilusoria.¹⁰⁸

VI) La nulidad procesal: fundamento y elementos.

1) Las funciones de las formas en el proceso penal.

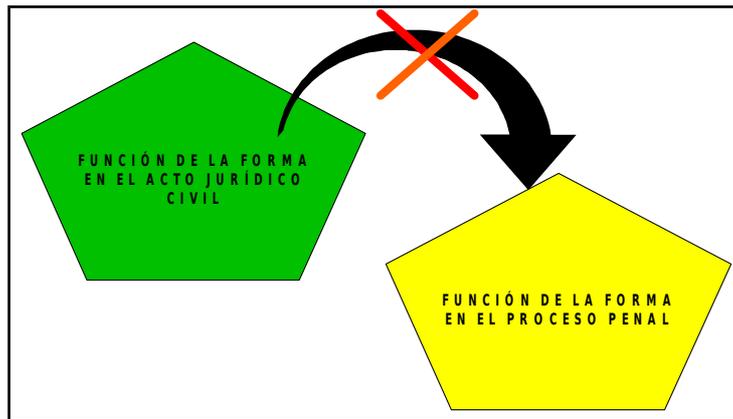
No es posible entender y aplicar el régimen legal de nulidades procesales sin fijar las funciones de las formas en el proceso penal.

El régimen de las nulidades procesales depende de las funciones que en el ordenamiento jurídico se asigne a las formas en el proceso penal.



En el proceso penal las formas no tienen la función que se le asigna en el derecho civil, específicamente en la teoría del acto jurídico, por lo que la teoría de las nulidades procesales no puede construirse trasladando los criterios del derecho privado, como equivocadamente se ha hecho.

¹⁰⁸ Víctor Moreno Catena, Obra citada, página 146.



El autor argentino Alberto M. **BINDER** enseña que a las formas en el caso penal se les asignan 3 funciones:

FUNCIONES DE LAS FORMAS PROCESALES EN EL PROCESO PENAL

- § La función de protección del sistema de garantías.
- § La función de institucionalización del conflicto.
- § La función de objetividad del Ministerio Público.

A) La función de protección del sistema de garantías.

El proceso penal está formado por un conjunto de garantías de los derechos fundamentales de la persona sometida a la persecución penal para salvaguardarla del uso abusivo del poder penal. Las formas son garantías que permiten detectar la violación de los derechos fundamentales del procesado.¹⁰⁹

B) La función de institucionalización del conflicto.

¹⁰⁹ Alberto M. Binder, El incumplimiento de las formas procesales, página 49, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 2000.

Las formas procesales regulan el derecho de la víctima a la reparación del daño sufrido en base a su derecho a la tutela judicial efectiva, proscribiéndose así la autojusticia.¹¹⁰

C) La función de objetividad del Ministerio Público.

Las formas procesales son mecanismos de orden que conducen a que el Fiscal pueda ejercer adecuadamente la acción penal.¹¹¹

2) El significado de la función de protección del sistema de garantías.

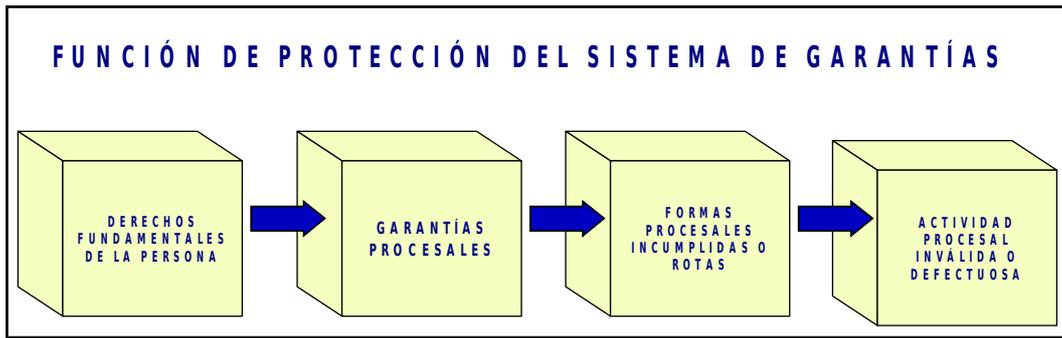
La garantía de los derechos fundamentales se implementa a través del establecimiento de un conjunto de requisitos para la realización de los actos procesales o se regulan secuencias entre actos, por ejemplo, para garantizar el derecho a la defensa se exige que en la declaración instructiva el inculpado sea asistido por abogado; o para la realización de la pericia se tiene que designar peritos, comunicarlo al inculpado para la posibilidad de formular cuestión probatoria, la juramentación del perito, la presentación de la pericia, su puesta a disposición del imputado, el examen del perito con participación del procesado y su defensor, así como la apreciación por el juez de los argumentos de defensa que se formulen respecto de la pericia.

Los requisitos o las secuencias necesarias previstas en la ley son las formas procesales, cuando se inobservan por incumplimiento de un requisito o el rompimiento de una secuencia necesaria, la actividad procesal es inválida o defectuosa.¹¹²

¹¹⁰ Alberto M. Binder, Obra citada, página 50.

¹¹¹ Alberto M. Binder, Obra citada, página 50.

¹¹² Alberto M. Binder, Obra citada, páginas 56.



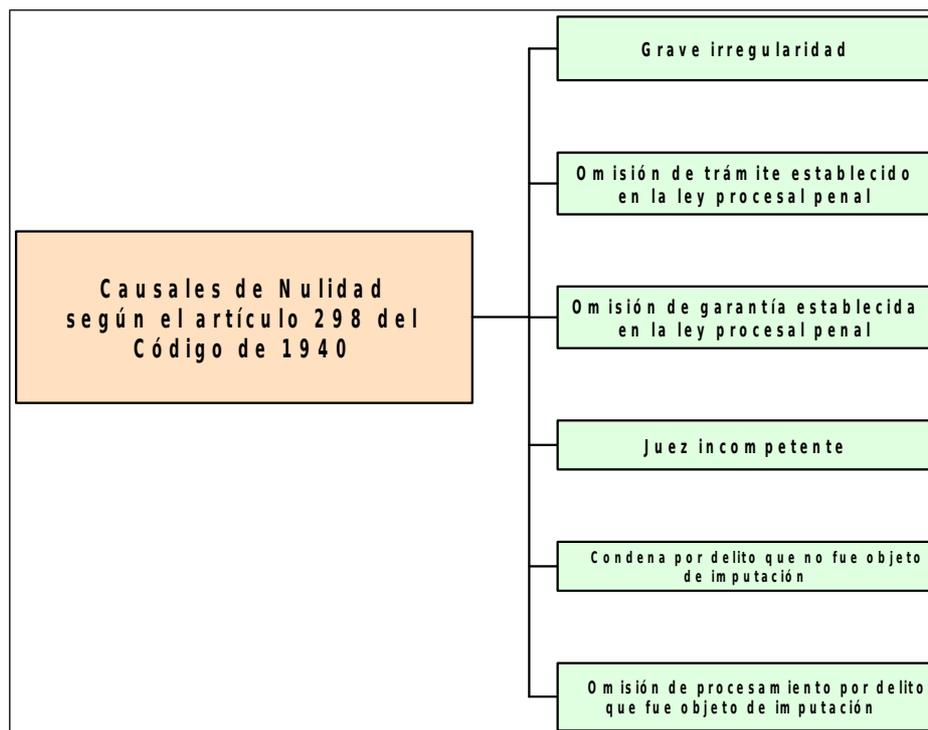
La eficacia del régimen de nulidades procesales permite controlar el grado de funcionamiento de las garantías procesales y por ende el compromiso de la Sociedad organizada en el Estado respecto a los derechos fundamentales de la persona.

El entendimiento que las formas son las garantías de los derechos fundamentales produjo una nueva ingeniería procesal, que se orienta como enseña el maestro italiano Luigi **FERRAJOLI**, a la contención de la violencia y la arbitrariedad del poder penal y que es el fundamento del sistema de garantías que hoy debe constituir el proceso penal.¹¹³



El artículo 298 del Código Zavala Loayza establece las siguientes causales de nulidad:

¹¹³ Alberto M. Binder, Obra citada, páginas 58.



El examen dogmático jurídico del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales y su sistematización con las normas procesales penales constitucionales (en las que se incluyen las contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos), permite establecer el fundamento y los elementos de la nulidad procesal.

El autor latinoamericano más importante en la materia de nulidades procesales, el argentino Alberto Luis **MAURINO**, define la nulidad procesal como el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido.¹¹⁴

El autor argentino Nelson R. **PESSOA** establece correctamente que en el proceso penal las nulidades procesales tienen un doble fundamento constitucional: la garantía del debido proceso y la garantía de la defensa procesal.¹¹⁵

¹¹⁴ Alberto Luis Maurino, Nulidades Procesales, página 16, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990.

¹¹⁵ Nelson R. Pessoa, La Nulidad en el Proceso Penal, 2º Edición, página 40, Mave, Buenos Aires, Argentina, 1999.

Actualmente se ha perfeccionado la finalidad de la institución de la nulidad procesal, ya no se trata de una sanción al incumplimiento de formas procesales, sino de un mecanismo de protección de la persona frente a la violación de sus derechos fundamentales que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos le garantizan en el proceso judicial.¹¹⁶

El fundamento constitucional de la nulidad procesal constituye el criterio que determina cuando la infracción de una forma procesal deberá provocar la invalidez del acto procesal.¹¹⁷

El fundamento constitucional de la nulidad procesal permite asimismo diferenciar las nulidades procesales absolutas de las relativas.

Si la forma procesal violada ha sido establecida con la finalidad de hacer efectiva una garantía constitucional de la persona sometida a proceso penal, el acto procesal anormal provoca una nulidad procesal absoluta.¹¹⁸

Las formas procesales cuya inobservancia genera la nulidad absoluta son las que guardan relación directa con las disposiciones constitucionales que ponen límites al poder punitivo estatal o que reconocen al justiciable derechos en el proceso penal; por ejemplo las reglas de la prohibición de la persecución penal múltiple, o de la prohibición de la *reformatio in peius*.¹¹⁹

Si la forma procesal inobservada no guarda relación directa con una garantía constitucional del imputado provoca solamente una nulidad procesal relativa, por ejemplo la exigencia de numerar las resoluciones judiciales, su omisión no provoca *per se* la declaración de invalidez de la resolución judicial.¹²⁰

Las nulidades procesales absolutas producen el deber del órgano jurisdiccional de declarar la invalidez del acto procesal; las nulidades procesales relativas no, pues la

¹¹⁶ Alex Carocca Pérez, Obra citada, página 388.

¹¹⁷ Nelson R. Pessoa, Obra citada, páginas 103 a 106.

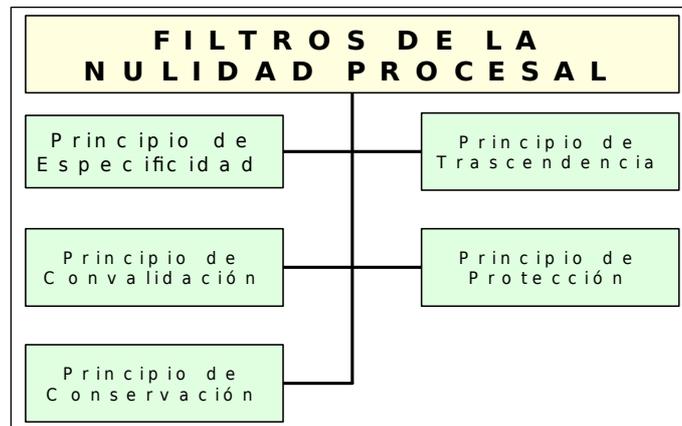
¹¹⁸ Nelson R. Pessoa, Obra citada, página 143.

¹¹⁹ Nelson R. Pessoa, Obra citada, páginas 138 y 139.

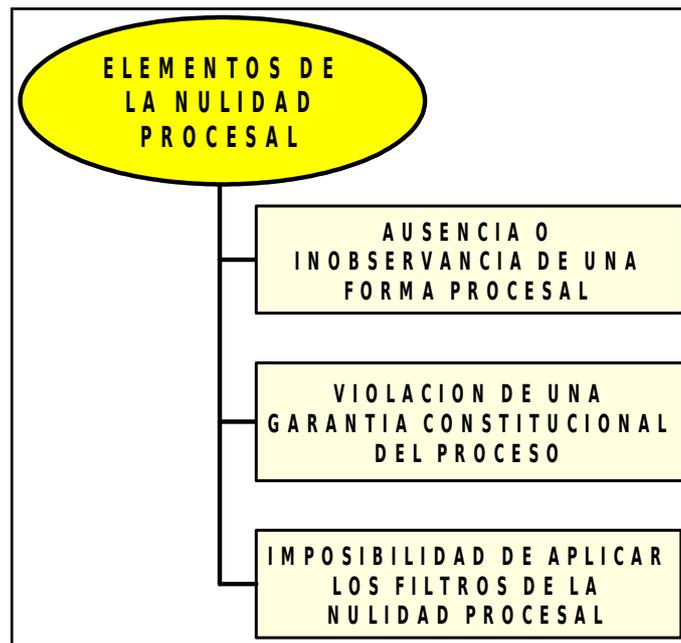
¹²⁰ Nelson R. Pessoa, Obra citada, página 145.

declaración de invalidez depende de la solicitud del justiciable afectado y la no posibilidad de aplicar ninguno de los filtros de la nulidad procesal.

En el caso de las nulidades relativas la declaración de invalidez del acto procesal dependerá de su petición por alguna de las partes del proceso y la verificación de la no aplicación de ninguno de los principios que constituyen los filtros de las nulidades procesales; así por ejemplo el principio de convalidación determina que si la nulidad relativa no es cuestionada por el afectado en la primera oportunidad procesal posterior a su realización, la infracción de la forma procesal queda convalidada y el acto procesal surte efectos.



Tres son los elementos que deben concurrir para que se declare la nulidad de un acto procesal:



VII) Nulidad del proceso penal por violación de la garantía de la defensa.

JAUCHEN precisa que la garantía de la defensa procesal exige que los actos de defensa técnica tengan como forma imperativa la necesidad, obligatoriedad, realización efectiva, y crítica oposición a la pretensión punitiva o a la tesis acusadora. “Toda defensa que no se consume bajo esos parámetros viola la garantía en cuestión y con ello el debido proceso legal, **lo cual debe conducir en tal caso, a la nulificación del proceso.**”¹²¹

La falta de abogado que defienda eficazmente al imputado determina la “nulidad genérica y absoluta” del proceso penal por la vulneración de la garantía constitucional de la defensa procesal.¹²²

SAGÜÉS señala que el principio de defensa eficaz provoca la “nulificación de la gestión inapta” de los defensores, por lo que los tribunales deben realizar “un cierto control de calidad” de la actuación de los abogados a fin de prevenir la declaración de

¹²¹ Eduardo M. Jauchen, Obra citada, página 161.

¹²² Eduardo M. Jauchen, Obra citada, página 426.

nulidad que necesariamente se derivaría de no efectuarse una defensa adecuada del imputado en el proceso penal.¹²³

BERNAL y **MONTEALEGRE** señalan que hay nulidad del proceso penal por quebrantamiento del derecho a la defensa cuando se comprueba que el abogado, sea de confianza u oficio, actuó negligentemente por presentar una defensa inadecuada a la que exigía el enfrentamiento de la imputación. De acuerdo a este criterio es evidente la nulidad de la instrucción, ya no por defensa deficiente, sino por ausencia de la misma.¹²⁴

Néstor Armando **NOVOA VELASQUEZ**, basado en la doctrina de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, afirma que la total inactividad del abogado defensor significa el no ejercicio del derecho a la defensa del imputado, la ausencia de la garantía de la defensa procesal y por tanto la “nulación” (nulidad) del proceso penal.¹²⁵

El Tribunal Constitucional de Bolivia en la sentencia I777/2004-R del 16 de noviembre del 2004 emitida en el proceso de habeas corpus que promovió William Herrera Paz contra la Justicia Militar, estableció que la “negligencia del defensor” produce un estado de indefensión y por ende la nulidad del proceso penal.¹²⁶

¹²³ Néstor Pedro Sagüés, Obra citada, página 224.

¹²⁴ Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, Obra citada, páginas 342 y 343.

¹²⁵ Néstor Armando Novoa Velásquez, Actos y Nulidades en el Procedimiento Penal Colombiano, Segunda Edición, página 600, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, 1997.

¹²⁶ <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo>.