

La garantía de la defensa procesal: Defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión

César Augusto Nakazaki Servigón

INTRODUCCIÓN

Al asumir el mayor reto profesional de mi carrera de abogado, la defensa penal del ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, con sorpresa determiné que en las distintas instrucciones que se realizaron en los procesos penales a los que se encuentra sometido se violó la garantía de la defensa procesal por dos razones: primero, no se designó abogado defensor de oficio desde el inicio de la instrucción, y en segundo lugar, 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: la defensa eficaz y la nulidad del proceso penal por violación del derecho a la defensa.

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, parágrafo d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8, inciso 2, parágrafo d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política de 1993.

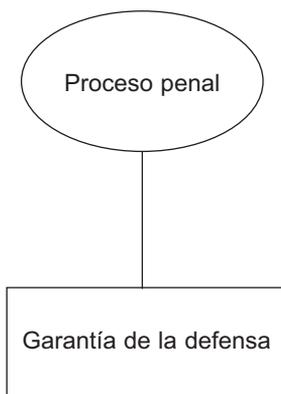
La defensa procesal no es solamente un derecho subjetivo, por su importancia para la existencia del hombre en sociedad supera tal categoría; en la teoría general del derecho se le asigna la naturaleza jurídica de garantía.

La doctrina constitucional reconoce que los derechos fundamentales tienen una doble perspectiva: como derechos subjetivos de la persona y como garantías del derecho objetivo.¹

Al ser la defensa procesal una garantía, el Estado tiene la exigencia no solo de reconocerla formalmente, sino, además, le corresponde procurar que sea real y efectiva en el proceso.²

La consecuencia de reconocer a la defensa procesal como una garantía es convertirla en una exigencia esencial del proceso, *un requisito para su existencia*. Álex Carocca Pérez 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.³

César San Martín Castro sostiene, por su parte, que la defensa es siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del proceso.⁴



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 hábeas corpus que Silverio Espinoza siguió contra la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso extraordinario estableció que la garan-

1 CAROCCA PÉREZ, Álex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998, p. 23.

2 CAROCCA PÉREZ, Álex. Op. cit., p. 56.

3 *Ibídem*, p. 19.

4 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. 2.^a edición, vol I. Lima: Grijley, 2003, p. 120.

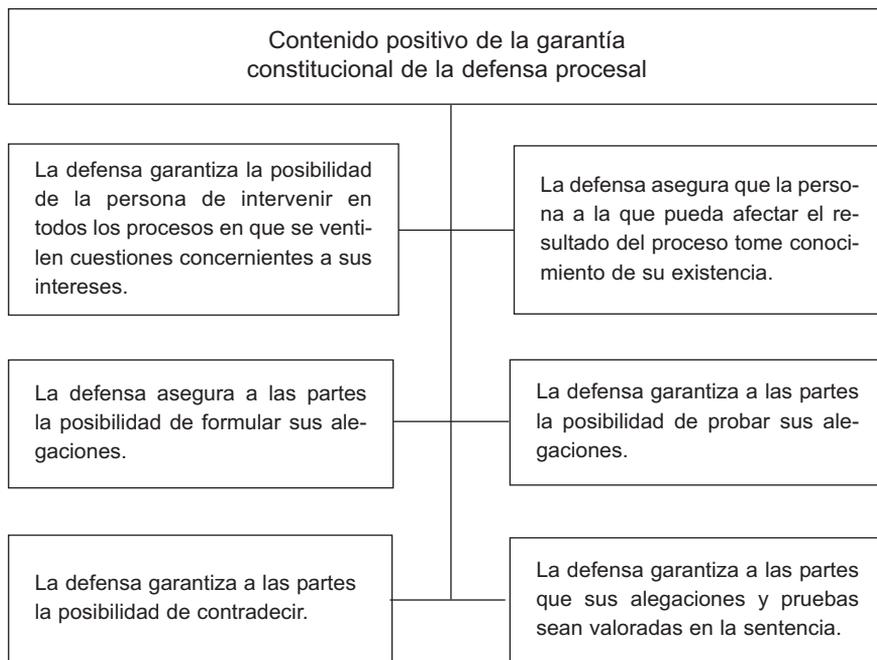
tía de la defensa “es una de las condiciones indispensables para que un proceso judicial sea realizado con arreglo al debido proceso”.⁵

Alberto Binder señala con toda propiedad que el derecho a la defensa cumple en el proceso penal una función especial, pues no solo 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.⁶

CONTENIDO DE LA GARANTÍA DE LA DEFENSA PROCESAL

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

El siguiente esquema explica en qué consiste el contenido positivo:



5 Expediente 1323-2002-HC/TC. Sentencia del 9 de julio del 2002, fundamento 1.

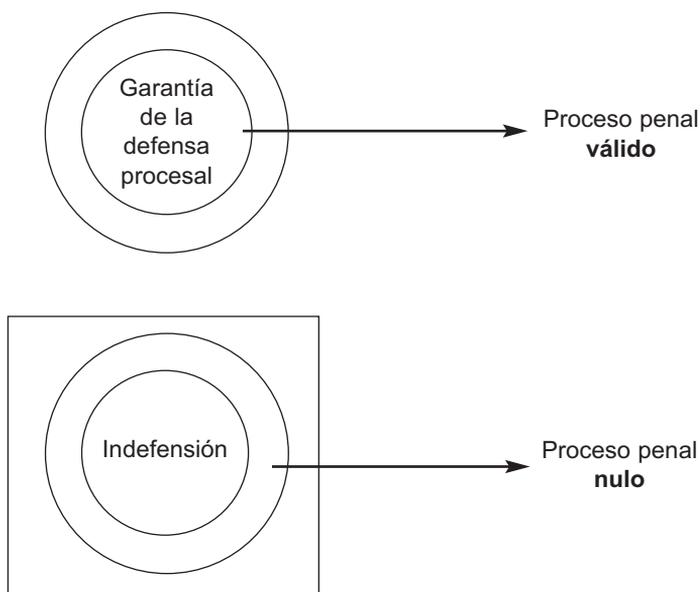
6 BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1993, p. 151.

El contenido negativo, por su parte, consiste en la prohibición de la indefensión, la cual es el efecto producido por la violación de la garantía de la defensa procesal.

La indefensión 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.⁷

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 penal realice efectivamente la defensa técnica y que esta “sobrepase determinados mínimos”.⁸

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.



7 CAROCCA PÉREZ, Álex. Op. cit., p. 360.

8 *Ibidem*, p. 56.

FORMAS DE EJERCER LA DEFENSA PROCESAL

Existen dos formas de realización de la defensa procesal: Defensa material o autodefensa y defensa técnica.

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

La defensa material o autodefensa

San Martín considera que la defensa material es parte del derecho a la defensa, junto con la defensa técnica.⁹ 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.¹⁰

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, el interrogatorio, el juicio oral o en la última palabra.¹¹

El Tribunal Constitucional define la defensa material como el derecho del imputado de ejercer su propia defensa.¹²

La defensa técnica

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.¹³

La defensa técnica hace efectiva 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

9 SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit., tomo 1, p. 121.

10 *Ibidem*.

11 JAUCHEN, Eduardo M. *Derechos del imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 154.

12 Expediente 1323-2002-HC/TC. Sentencia del 9 de julio del 2002, fundamento 2.

13 CAROCCA PÉREZ, Álex. Op. cit., p. 492.

equilibrio con el Ministerio Público, integrado por fiscales que son abogados.¹⁴

San Martín señala que la defensa técnica constituye un servicio público imprescindible que se presta aun contra la voluntad del imputado, pues complementa su capacidad para enfrentar el proceso penal en igualdad de armas y de forma eficaz.¹⁵

La defensa técnica, afirma Jauchen, es una “exigencia necesaria en el proceso penal”; consiste en la actividad que realiza el abogado para asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos o deberes, controlar la legalidad del procedimiento, ejercer el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo, realizar la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de derecho, o recurrir las resoluciones judiciales.¹⁶

Juan Montero Aroca vincula el derecho a la asistencia de letrado al principio de contradicción, pues para que este 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.¹⁷

El Tribunal Constitucional define la defensa técnica como el asesoramiento y patrocinio por un abogado mientras dure el caso penal.¹⁸ La defensa técnica constituye una “exigencia para la validez del juicio”¹⁹; un “requisito de validez de las actuaciones de las partes en toda clase de juicios”.²⁰

La asistencia letrada es un derecho fundamental y base del sistema procesal.²¹

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 está formada por dos sujetos: el imputado y el abogado.²²

14 *Ibidem*, p. 496.

15 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Op. cit.*, tomo 1, p. 121.

16 JAUCHEN, Eduardo M. *Op. cit.*, pp. 154-155.

17 MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional*. Tomo III, Proceso penal. (Obra colectiva). Barcelona: José María Bosch Editor, 1995, pp. 38-39.

18 Expediente 1323-2002-HC/TC. Sentencia del 9 de julio del 2002, fundamento 2.

19 CAROCCA PÉREZ, Álex. *Op. cit.*, p. 497.

20 *Ibidem*.

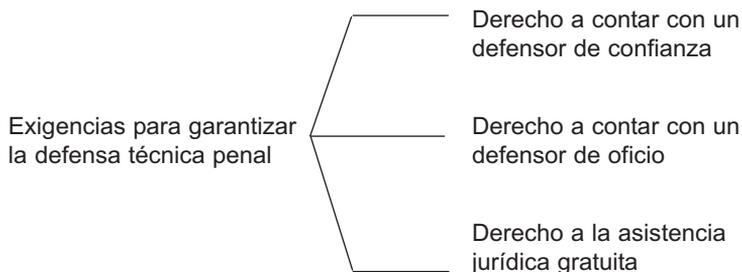
21 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Op. cit.*, tomo 1, p. 287.

22 *Ibidem*.

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 y defensa, y esta solamente se puede formar si el procesado cuenta con abogado defensor, es decir, con defensa técnica.

Jaime Bernal Cuéllar 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.²³

Para asegurar que en el proceso penal el imputado cuente con defensa técnica existen tres exigencias que se tienen que cumplir, según el caso:²⁴



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.²⁵

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.²⁶

El abogado de oficio es el defensor técnico del imputado en el proceso penal, que asume la misma función y responsabilidad del aboga-

23 BERNAL CUÉLLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*. 3.^a edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 341.

24 CAROCCA PÉREZ, Álex. Op. cit., p. 514.

25 *Ibidem*, p. 526.

26 *Ibidem*.

do de confianza (el nombrado por el procesado); la única diferencia entre ambos es la fuente de la designación como defensor.²⁷

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 garantía de su derecho a la defensa es una condición indispensable para que pueda realizar un proceso penal debido o justo.²⁸

El derecho a contar con un defensor de oficio no se garantiza con cualquier tipo de defensa; esta 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.²⁹

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 aquella se extienda al procedimiento preliminar, tanto en el ámbito judicial, en el fiscal como en 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 tiene vigencia la garantía de la defensa procesal *es el peligro de afectación de derechos fundamentales* por decisión de la autoridad, sea judicial, fiscal o policial.³⁰

El proceso penal, por su objeto, desde su fase inicial –incluyendo el procedimiento preliminar policial– produce algún tipo de afectación de

27 CAROCCA PÉREZ, Álex. Op. cit., p. 528.

28 *Ibidem*, p. 527.

29 *Ibidem*, p. 531.

30 *Ibidem*, p. 201.

los derechos fundamentales de la persona sometida a la persecución penal, por lo que es imprescindible garantizarle la defensa con el fin de que tenga la posibilidad de lograr una resolución fiscal o judicial fundada en derecho.³¹

El derecho de 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.³²

Al investigado, imputado, acusado o sentenciado debe garantizársele el derecho de contar con un defensor de oficio en todas las etapas del proceso penal.³³

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.³⁴

Por su parte, Pablo Sánchez Velarde considera igualmente que el derecho a la defensa, y específicamente a ser asistido por un abogado, rige durante todo el proceso penal, “y aun antes, desde la etapa de la investigación inicial o policial”.³⁵

Según Montero Aroca, 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”.³⁶

De acuerdo con Víctor Moreno Catena, la primera consecuencia del reconocimiento constitucional de la defensa como derecho fundamental es la garantía que se da a la persona, no solo desde que se formula la acusación, sino desde el instante en que surge la imputación criminal contra dicha persona, esto es, desde el procedimiento preliminar, y “a lo largo de todas las actuaciones procesales”.³⁷

31 Ídem.

32 *Ibidem*, p. 532.

33 *Ibidem*, pp. 526-527.

34 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Op. cit.*, tomo 1, p. 120.

35 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 306.

36 MONTERO AROCA, Juan. *Op. cit.*, pp. 36 y 37.

37 MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 3.^a edición. (Obra colectiva). Madrid: Colex, 1999, p. 136.

En opinión de Francisco Ramos Méndez, la persona tiene derecho a defenderse desde que toma conocimiento, de cualquier forma, de la existencia de una persecución penal en su contra.³⁸

Por su parte, Binder sostiene firmemente que “el derecho de defensa no puede tener limitaciones”, y que en la práctica resulta peligrosa la limitación temporal que plantea 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 más vaga o informal que esta sea.³⁹

Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett afirman que la defensa ha de ser unitaria y continua; 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 de que en el juicio oral habrá la oportunidad de una amplia defensa, no se asegure que el investigado pueda defenderse.⁴⁰

Según José Cafferata Nores, el derecho a la defensa debe ser reconocido desde el primer momento de la persecución penal.⁴¹ En el mismo sentido se manifiestan Vicente Gimeno Sendra y Yolanda Doig Díaz al señalar que el derecho de defensa nace con la imputación.⁴²

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 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, lo fijará a la apertura del procedimiento preliminar policial o fiscal; y un criterio formal, que considera que es en el momento de la formulación de la imputación, lo fijará con la apertura del proceso penal.

38 RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal. Lectura constitucional*. 3.^a edición. Barcelona: José María Bosch Editor, 1993, p. 135.

39 BINDER, Alberto. Op. cit., p. 152.

40 BERNAL CUÉLLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. Op. cit., p. 348.

41 CAFFERATA NORES, José. *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 2000, p. 115.

42 GIMENO SENDRA, Vicente y Yolanda DOIG DÍAZ. *El derecho de defensa en el nuevo proceso penal*. (Obra colectiva). Lima: Palestra, 2005, p. 286.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala en el Informe 50/00 correspondiente al Caso 11.298 (Reinaldo Figueredo Planchart vs. 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”*. (Las cursivas son 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”. Durante el procedimiento preliminar la persona tiene el mismo derecho a la defensa y a la protección de sus derechos fundamentales que en el proceso penal.⁴³

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. Al respecto, opinan especialistas de diversos países:

⁴³ Ministerio de Justicia de Colombia [en línea]. <<http://www.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/>>.

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.⁴⁴

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.⁴⁵

En opinión de Ramos Méndez 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 aquella no ejercite su libertad de elección.⁴⁶

Binder explica que al ser la defensa un derecho de doble vertiente, manifestación del respeto a la dignidad humana y manifestación de una aplicación 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.⁴⁷

Por su parte, 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, por lo que la asistencia de abogado defensor es, asimismo, irrenunciable.⁴⁸

La irrenunciabilidad de la defensa procesal significa que no puede ser objeto de renuncia por el imputado; este no podría solicitar al juez penal que acepte su no defensa en el proceso penal.⁴⁹

44 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia” [en línea]. *Ius et Praxis* núm. 1, vol. 9, 2003, pp. 403-466. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012>. [Consulta: 5 de julio del 2005]

45 ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25.^a edición alemana. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2000, p. 132.

46 RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Op. cit., p. 139.

47 BINDER, Alberto. Op. cit., p. 155.

48 CAFFERATA NORES, José. Op. cit., p. 114.

49 CAROCCA PÉREZ, Álex. Op. cit., p. 21.

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 de que solo 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.⁵⁰

Al ser la defensa derecho inalienable y cuestión de orden público, el encausado no puede renunciar a ella, la que se le debe garantizar “aun contra su voluntad”, asignándole un abogado que lo defienda técnicamente en el proceso penal.⁵¹

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”.⁵²

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 defenderlo.⁵³

El artículo 8, inciso 2, párrafo e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

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. (Las cursivas son del autor)

LA GARANTÍA DE LA DEFENSA PROCESAL EXIGE UNA DEFENSA EFICAZ

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

50 FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. 2.^a edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978, pp. 249-250.

51 *Ibidem*, p. 250.

52 SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho procesal penal*. México: HARLA, 1990, p. 198.

53 JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 157.

que ser efectiva, lo que significa desarrollar una oposición –respuesta, antítesis o contradicción– a la acción penal o a la pretensión punitiva.⁵⁴

Así, 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.⁵⁵

A su vez, Jauchen establece claramente que no basta que se dé al imputado la oportunidad de designar abogado, se exige que en el proceso penal aquel 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”.⁵⁶

Alejandro D. Carrió afirma que el requisito de la efectiva asistencia legal no se cumple con el solo hecho de que la persona cuente con abogado en el proceso penal, se exige que el abogado realice un asesoramiento legal efectivo.⁵⁷

Por su parte, Moreno Catena sostiene 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.⁵⁸

La defensa técnica eficaz exige que no se realice ningún acto en el proceso penal, cuyo objeto pueda incidir en la situación jurídica del imputado, sin la asistencia de abogado defensor.⁵⁹

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.^{60, 61}

54 *Ibidem*.

55 CAFFERATA NORES, José. Op. cit., p. 118.

56 JAUCHEN, Eduardo M., Op. cit., p. 157.

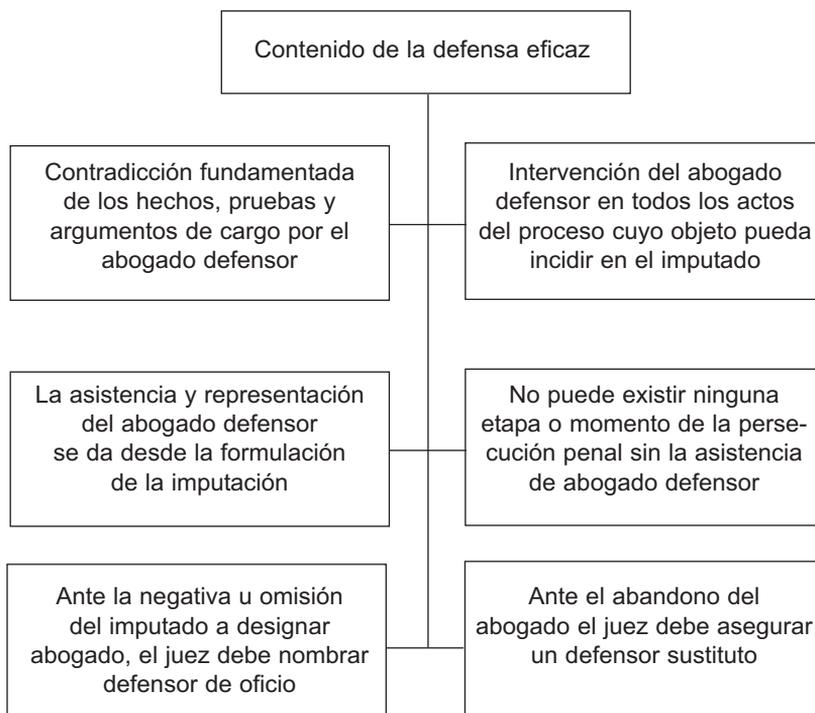
57 CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 4.^a edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2000.

58 MORENO CATENA, Víctor. Op. cit., p. 146.

59 JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 157.

60 *Ibidem*, pp. 424-425.

61 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”,



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 persecución penal, sin que la persona cuente con la asistencia y representación de abogado defensor.⁶²

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”.⁶³

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!

62 JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 425.

63 *Ibidem*, p. 426.

La defensa eficaz no deja de ser una exigencia por el abandono del abogado; en caso de 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 justifican el estado de indefensión del imputado en el proceso penal.⁶⁴

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, este tiene que asistir al imputado real e idóneamente en la causa penal.⁶⁵

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.⁶⁶

El 1 de octubre de 1999, ante una solicitud de los Estados Unidos Mexicanos la Corte IDH 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.^{67, 68}

64 CARRIÓ, Alejandro D. Op. cit., pp. 428-430.

65 CAROCCA PÉREZ, Álex. Op. cit., p. 531.

66 Caso 11.298 (Reinaldo Figueroa Planchart vs. 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.

67 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 del 29 de enero de 2001, se ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH en todos sus efectos jurídicos.

68 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 con 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.

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 vs. 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.* (Las cursivas son del autor)

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

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.>⁶⁹ (Las cursivas son del autor)

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos [en línea]. <<http://www.corteidh.or.cr/>>.

La defensa eficaz en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte, la CIDH, en el “Informe sobre terrorismo y derechos humanos”, numeral 235, señala:⁷⁰

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. (Las cursivas son del autor)

La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha establecido con claridad su doctrina respecto a la defensa eficaz, como se aprecia en los siguientes casos:

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”.⁷¹ 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 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.⁷²

En el caso “Rosales, Marcelo Daniel s/tenencia de arma de guerra” el tribunal supremo sostiene que no basta con que el imputado cuente con asesoramiento legal sino que toda la estructura del Código de Procedimientos Penales 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 Estados Unidos respecto del *effective counssel* no es suficiente que la persona sometida

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

71 JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 160.

72 Corte Suprema de Justicia de la Nación – Argentina [en línea]. <<http://www.csjn.gov.ar/documentos/jurisp/>>.

a proceso penal cuenta con un asesor legal designado, pues el sistema procesal penal argentino exige que el abogado defienda efectivamente en la causa.⁷³

En el caso “Nápoli, Luis Alberto s/estafa” la Corte 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”.⁷⁴

En el caso “Raúl Hilario Gordillo s/corrupción calificada”, continuando con 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”.⁷⁵

En el caso “Osvaldo Antonio López” 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 defenderse, sino que el Estado debe asegurar una defensa efectiva al imputado que le permita enfrentar en igualdad a la acción penal.⁷⁶

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 solo 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”.⁷⁷

73 *Lex Penal* [en línea]. <http://www.lexpenal.com.ar/archivos/jurisprudencia/boletin1998_3.htm>.

74 Fallo N.156.XXXI. Corte Suprema de Justicia de la Nación – Argentina [en línea]. <<http://www.csjn.gov.ar/>>.

75 *Ibidem*.

76 *Ibidem*.

77 SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Libertad personal, seguridad individual y debido proceso de Argentina”. [en línea] *Ius et Praxis*, Revista electrónica. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año V, núm. 1, p. 223. <<http://www.derecho.otalca.cl>>.

Sagüés resalta igualmente los casos “López” y “Gordillo”, en los que la Corte Suprema de 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”.⁷⁸

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.⁷⁹

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 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 si no 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.⁸⁰

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”.⁸¹

78 *Ibidem*.

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

80 *Ibidem*.

81 *Ibidem*.

La defensa eficaz en la doctrina del Tribunal Constitucional de Bolivia

El Tribunal Constitucional (TC) 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.⁸²

La defensa eficaz en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos

La Suprema Corte de Estados Unidos ha establecido en diversos casos la necesidad de contar con asesoramiento y asistencia legal (*effective counsel*) como derecho fundamental y por tanto su vulneración supone quebrantar el debido proceso de todo justiciable a la luz de lo expuesto en la sexta enmienda de la Constitución de Estados Unidos,⁸³ como se aprecia en los siguientes casos:

- En el caso “Powell vs. Alabama” (1932)^{84, 85} se estableció que el debido proceso requiere la observancia de los derechos funda-

82 Expediente 2005-11029-23-RHC. Tribunal Constitucional de Bolivia [en línea]. <<http://www.tribunal-constitucional.gov.bo/>>.

83 Sexta 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 línea]. Constitución de Estados Unidos de América. <<http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/USA/usa1787.html>>.

84 “Powell vs. Alabama”. 287 U.S. 45 (1932).

85 “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”.

mentales 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 costeadada 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 sí mismo los extremos negativos y positivos de una acusación penal.

- En el caso “Johnson vs. Zerbst” (1938)⁸⁶ 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 el caso “Betts vs. Brady” (1942)⁸⁷ se determinaron las tres categorías de factores perjudiciales, a menudo traslapándose en casos individuales, donde se requería de ayuda o consejo legal: a) las características personales del demandado; b) la complejidad técnica de los cargos o imputaciones y de las defensas posibles a las cargas; y, c) 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 el caso “McMann vs. Richardson”⁸⁸ se establece que el derecho a recibir asistencia y consejo legal debe ser efectivo.
- Ha señalado este tribunal supremo de justicia que existen dos componentes por analizar 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 perjudi-

86 “Jonson vs. 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”.

87 “Betts vs. Brady”. 316 U.S. 455 (1942).

88 “McMann vs. Richardson”. 397 U.S. 759, 771 n. 14 (1970).

cial 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 vs. Bursey”.^{89, 90}

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

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en sus sentencias del 9 de octubre de 1979 (“caso Airey”),⁹¹ 13 de mayo de 1980 (“caso Ártico”)⁹² y 25 de abril de 1983 (“caso Pakelli”),⁹³ 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.⁹⁴

En la sentencia del 9 abril de 1984 (caso Goddi)⁹⁵ el TEDH destaca la importancia del derecho a la defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal, pues la igualdad de las partes en este solamente se puede alcanzar a través de una defensa adecuada.⁹⁶

Moreno Catena, al comentar 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 (“caso Lala” y “caso Pelladoah”)^{97, 98} en la que se estableció que “el hecho de que el acusado, debidamente citado, no comparezca, no puede –incluso sin excusa– justificar que sea

89 “Weatherford vs. Bursey”. 429 US 545 (1977).

90 JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 162.

91 “Airey vs. Ireland”. (Article 50) – 41 (9.10.79).

92 “Ártico vs. Italy” – 37 (13.5.80).

93 “Pakelli vs. Germany” – 64 (25.4.83).

94 CAROCCA PÉREZ, Álex. Op. cit., p. 531.

95 “Goddi vs. Italy” – 76 (9.4.84).

96 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español”. [en línea] *Ius et Praxis*. Año 5, núm. 1, p. 106, Talca, Chile, 1999: <<http://derecho.otalca.cl/pgs/investigacion/iusetpraxis/5-1-99/2fern199.pdf>>.

97 “Lala vs. the Netherlands” – 297-A (22.9.94).

98 “Pelladoah v. the Netherlands” – 297-B (22.9.94).

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”.⁹⁹

Igualmente, comenta la sentencia del 21 de enero de 1999 (“caso Van Geyseghem”)¹⁰⁰ 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 solo hecho de ausentarse en los debates, y aun cuando el legislador debe poder disuadir las incomparecencias injustificadas, no puede sancionarlas derogando el derecho a la asistencia de un abogado”.¹⁰¹

Gimeno Sendra y Doig Díaz señalan, en su comentario sobre la doctrina jurisprudencial del TEDH, que “el nombramiento de un abogado no asegura, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado”, refiriéndose a la sentencia del TEDH en el “caso Imbrosia”.^{102, 103}

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.¹⁰⁴

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 este proporcione una asistencia real y operativa a su patrocinado;¹⁰⁵ 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

99 MORENO CATENA, Víctor. Op. cit., pp. 144 y 145.

100 “Van Geyseghem vs. Belgium” [GC], Nº 26103/95, ECHR 1999-I – (21.1.99).

101 MORENO CATENA, Víctor. Op. cit., p. 145.

102 GIMENO SENDRA, Vicente y Yolanda DOIG DÍAZ. Op. cit., p. 285.

103 “Imbrosia vs. Switzerland” – 275 (24.11.93).

104 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit., p. 107.

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

efectiva del derecho de defensa”, la que se cumple de acuerdo con 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.¹⁰⁶

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.¹⁰⁷

LA NULIDAD PROCESAL: FUNDAMENTO Y ELEMENTOS

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 les 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.

El autor argentino Alberto M. Binder enseña que en el caso penal a las formas se les asignan tres funciones: protección del sistema de garantías, institucionalización del conflicto y objetividad del Ministerio Público:

- *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.¹⁰⁸

106 Boletín Oficial del Estado Español [en línea].<<http://www.boe.es>>.

107 MORENO CATENA, Víctor. Op. cit., p. 146.

108 BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2000, p. 49.

- *Institucionalización del conflicto.*- 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.¹⁰⁹
- *Objetividad del Ministerio Público.*- Las formas procesales son mecanismos de orden que conducen a que el fiscal pueda ejercer adecuadamente la acción penal.¹¹⁰

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 un abogado; 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.¹¹¹

Función de protección del sistema de garantías



109 BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales*. Op. cit., p. 50.

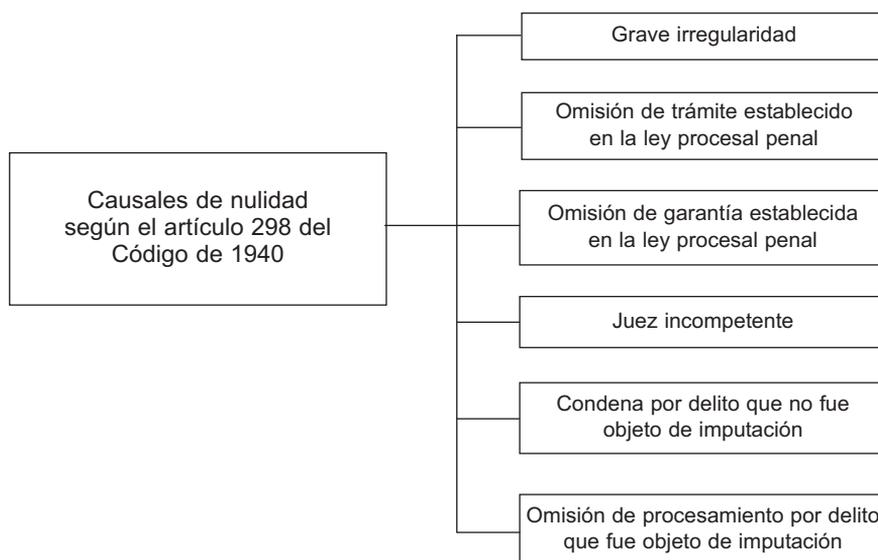
110 *Ibidem*, p. 50.

111 *Ibidem*, p. 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 de que las formas son las garantías de los derechos fundamentales produjo una nueva ingeniería procesal, que se orienta –como señala 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.¹¹²

El artículo 298 del Código de 1940, también conocido como Código Zavala Loayza, establece las siguientes causales de nulidad:



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.

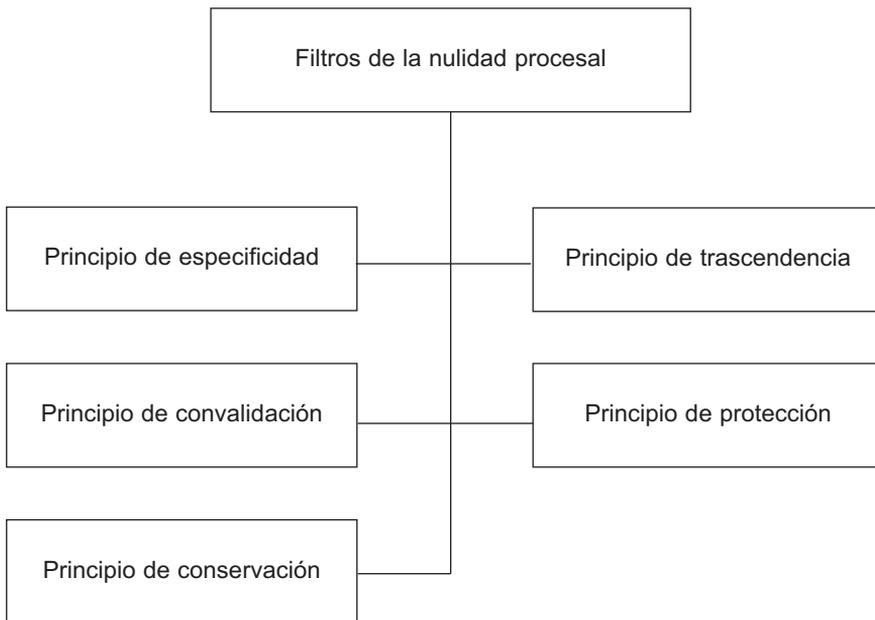
El autor latinoamericano más importante en la materia de nulidades procesales, el argentino Alberto Luis Maurino, define la nulidad proce-

112 *Ibíd.*, p. 58.

sal 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.¹¹³

Nelson R. Pessoa, de nacionalidad argentina, 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.¹¹⁴

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.¹¹⁵



113 MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 16.

114 PESSOA, Nelson R. *La nulidad en el proceso penal*. 2.^a edición. Buenos Aires: Mave, 1999, p. 40.

115 CAROCCA PÉREZ, Álex. Op. cit., p. 388.

El fundamento constitucional de la nulidad procesal constituye el criterio que determina cuándo la infracción de una forma procesal deberá provocar la invalidez del acto procesal.¹¹⁶

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.¹¹⁷

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*.¹¹⁸

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.¹¹⁹

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

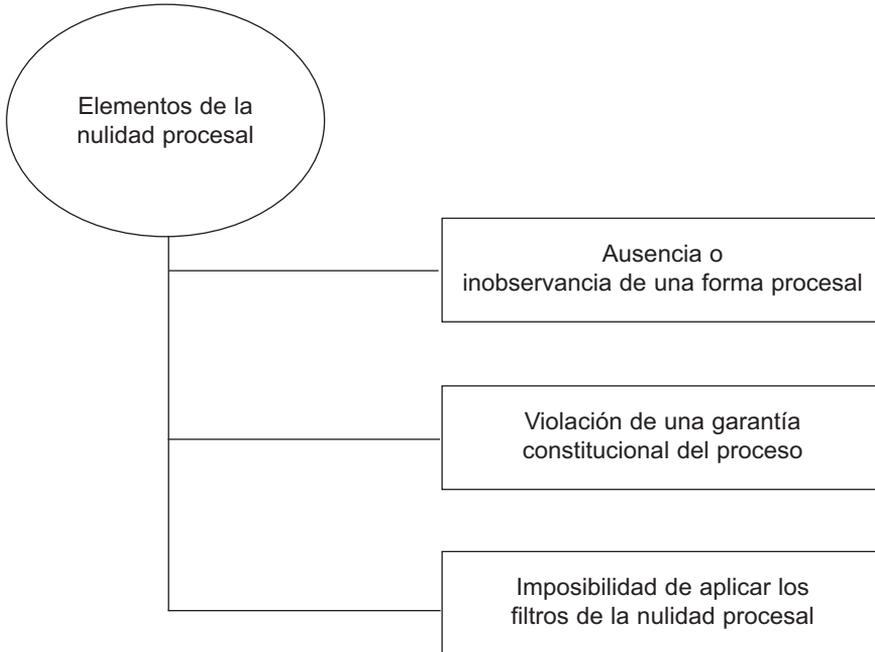
116 PESSOA, Nelson R. Op. cit., pp. 103-106.

117 *Ibíd.*, p. 143.

118 *Ibíd.*, pp. 138 y 139.

119 *Ibíd.*, p. 145.

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



NULIDAD DEL PROCESO PENAL POR VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA DE LA DEFENSA

Eduardo 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*”.¹²⁰ (Las cursivas son del autor)

¹²⁰ JAUCHEN, Eduardo M. Op. cit., p. 161.

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.¹²¹

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 con el fin de prevenir la declaración de nulidad que necesariamente se derivaría de no efectuarse una defensa adecuada del imputado en el proceso penal.¹²²

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 con este criterio es evidente la nulidad de la instrucción, ya no por defensa deficiente, sino por ausencia de esta.¹²³

Néstor Armando Novoa Velásquez, 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 “nulitacion” (nulidad) del proceso penal.¹²⁴

El Tribunal Constitucional de Bolivia, en la sentencia I777/2004-R del 16 de noviembre del 2004, emitida en el proceso de hábeas 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.¹²⁵

121 *Ibidem*, p. 426.

122 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Op. cit.*, p. 224.

123 BERNAL CUÉLLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. *Op. cit.*, pp. 342 y 343.

124 NOVOA VELÁSQUEZ, Néstor Armando. *Actos y nulidades en el procedimiento penal colombiano*. 2.^a edición. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1997, p. 600.

125 Tribunal Constitucional de Bolivia [en línea]. <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo>>.