



REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS
DO **MERCOSUL**

NÚMERO 2
DEZEMBRO/2011

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Haman Tabosa de Moraes e Córdoba

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Afonso Carlos Roberto do Prado

CONSELHO EDITORIAL

Diretor-Geral da Escola Superior da Defensoria Pública da União - Brasil
João Paulo Gondim Picanço

Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación - Argentina
Gabriel Ignacio Anitua

Encargada Cooperación Internacional - Chile
Catalina Sadá Muñoz

Asesor de la Defensoría General - Paraguay
Gustavo Zapata Beaz

Secretario General de la Dirección Nacional de Defensorías Públicas - Uruguay
Mario San Cristóbal Brusco

2011, 1ª edição

Publicação anual

Distribuição gratuita

DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

Setor Bancário Sul, Quadra 01, Lotes 26 e 27
Edifícios Luiza e Luiz Eduardo
CEP 70070-110 – Brasília – DF



REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS DO **MERCOSUL**

n. 2
Dezembro/2011
Brasília, DF

ISSN 2238-149X

R. Defensorias Públ. Mercosul	Brasília	DF	n. 2	p. 1-180	dez. 2011
-------------------------------	----------	----	------	----------	-----------

© 2011 Defensoria Pública da União.

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial.

COORDENAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E INFORMAÇÕES:

DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

Assessoria Internacional

Assessor: Thiago Souza Lima

Setor Bancário Sul, Quadra 01, Lotes 26 e 27

Edifícios Luiza e Luiz Eduardo

CEP 70070-110 – Brasília – DF

Tel.: (61) 3319-4331/4380

Site: www.dpu.gov.br/internacional

E-mail: internacional@dpu.gov.br

PROJETO GRÁFICO:

Assessoria de Comunicação Corporativa

Assessor: Gustavo Pereira Damásio da Silva

Tel: (61) 3319-0241

E-mail: ascorp@dpu.gov.br

NORMALIZAÇÃO DAS PRÉ-TEXTUAIS:

Raul Colvara Rosinha

Vanessa Kelly Leitão Ferreira

Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL / Defensoria Pública da União. – N. 2 (dez. 2011)- . – Brasília : DPU, 2011.
v. ; 27 cm.

Anual.

Texto em português e espanhol.

ISSN 2238-149X

1. Defensoria Pública. 2. Assistência Jurídica. I. Defensoria Pública da União. II. Título.

CDDir 341.413

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Haman Tabosa de Moraes e Córdova 5

EL DERECHO DEL IMPUTADO A ESTAR PRESENTE EN SU PROPIO JUICIO

Julián Horacio Langevin 7

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA Y EL ABOGADO DEFENSOR

Ignacio F. Tedesco 35

ANÁLISE ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL PENAL EM MATÉRIA DE DEFESA PELA VIA DO AUXÍLIO DIRETO: O MITO DE JANUS E O FUTURO DA COOPERAÇÃO PENAL

Viviane Ceolin Dallasta 47

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE BRASILEIRO

Leonardo Cardoso de Magalhães 85

GARANTÍAS DEL DEFENSOR PÚBLICO PENAL PARA EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN EN EL PARAGUAY

Carlos Flores Cartes 97

LA PRIVACION DE LIBERTAD EN ADOLESCENTES

Marino Daniel Mendez Hermosilla 104

LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONSUMIDOR Y EL PARADIGMA DE LA PRECAUCIÓN

Andrés Mariño López 134

LOCACION URBANA: AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, CONTRATO DIRIGIDO Y ESTATUTO

Juan Jacobo 152

LA DEFENSA PÚBLICA EN VENEZUELA

Omaira Camacho Carrión 170

LA DEFENSA PÚBLICA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA: GARANTE DEL DERECHO A LA DEFENSA

Omaira Camacho Carrión 175

APRESENTAÇÃO

A Reunião Especializada dos Defensores Públicos Oficiais do MERCOSUL – REDPO acaba de completar 8 anos desde a sua criação e, ao longo deste período, vem sedimentando sua importância para o intercâmbio entre os Estados Partes, fortalecendo a pedra fundamental lançada naquele 20 de fevereiro de 2004, na cidade do Rio de Janeiro, quando as idéias e ideais ganharam contornos mais consistentes, passando ao mundo real como forma de esperança para milhões de pessoas jurídica e economicamente vulneráveis que necessitam dos serviços da Defensoria Pública para que seus direitos sejam reconhecidos e, acima de tudo, respeitados.



*Haman Tabosa de M. e Córdova
Defensor Público-Geral Federal*

Em solo brasileiro, estes ideais vem sendo perquiridos dia após dia. A Defensoria Pública pátria cresce com a urgência de quem esteve esquecido por longa data, avança em direção á defesa das liberdades individuais e coletivas como alguém que esteve recluso por décadas, floresce em meio ao concreto que insiste em querer retirar-lhe a ternura, em vão. O caminho percorrido pela Defensoria Pública e pelos defensores públicos que a movimentam foi pavimentado pela Carta de Outubro de 1988 e não tem como sofrer desvios e tampouco retrocessos.

A par disto, a Defensoria Pública da União, sem prejuízo da aproximação com os demais países associados, se irmana com o Ministério Público de La Defensa Argentino, o Ministério de La Defensa Paraguaio e a Defensoria Pública Uruguaia para que ocorra o efetivo intercâmbio de idéias e conhecimentos entre os Estados Partes. Um exemplo desta iniciativa ocorreu no mês de fevereiro do corrente ano, quando após tratativas iniciadas no ano anterior o primeiro grupo de cinco defensores públicos uruguaiois esteve em Brasília para conhecer um pouco das nossas atividades, com foco no Direito Penal. No total, 40 defensores públicos

daquele país membro virão ao Brasil verificar a forma de trabalho da Defensoria em prol dos mais necessitados.

Desse modo, sempre com o intuito da necessária troca de experiências e conhecimentos e sobretudo para renovar as esperanças e os votos de uma Defensoria Pública livre, autônoma, apta a orientar e defender aqueles que vem ao seu encontro reclamar-lhe atenção e cobrar-lhe proteção, a Defensoria Pública da União apresenta o segundo número da Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL, com artigos de defensores públicos de todos os Estados Partes a fim de fomentar a produção acadêmica sobre tão relevante tema para as pessoas comprometidas com a liberdade, a igualdade e a cidadania.

Desejo a todos uma ótima leitura e que os anos vindouros sejam de muitas conquistas para nossas Instituições.

Saudações,



Haman Tabosa de Moraes e Córdoba

Defensor Público-Geral Federal da República Federativa do Brasil

EL DERECHO DEL IMPUTADO A ESTAR PRESENTE EN SU PROPIO JUICIO

por Julián Horacio Langevin¹

I - INTRODUCCIÓN

Observamos con preocupación la peligrosa asiduidad con que se desaloja al imputado fuera de la sala de audiencias mientras se sustancia su propio juicio, con lo cual la excepción se convierte en regla de manejo discrecional por parte del Tribunal.- Se transforma así el debate en un procedimiento contumacial, categóricamente prohibido en nuestro derecho, que veda el juicio contra ausentes. Indagaremos entonces sobre la existencia del derecho de presencia, su fundamentación y las excepciones que puede sufrir, analizando los juicios en los cuales se desaloja de la sala de audiencias al imputado, especialmente mientras declaran los testigos de cargo. Parece que al proceder de ese modo se violan las garantías del juicio previo, debido proceso y defensa en juicio consagradas en el art. 18 C.N., lo que torna de aplicación las consecuencias nulificantes previstas por los arts. 167, inc. 3, 168 y 172 C.P.P., dado que atañen a la intervención del imputado en actos esenciales del proceso, referente a derechos de rango constitucional. Y fundamentalmente lucen conculcados los derechos del imputado a "...hallarse presente en el proceso..." y "a ...interrogar a los testigos de cargo...", previstos en los apartados d) y e), respectivamente, del inciso 3º del art. 14 P.I.D.C.P.

II - LA CUESTION EN E.E.U.U.

Explican Israel-Kamisar-LaFave que al definir el derecho de presencia del imputado la jurisprudencia enfoca dos cuestiones diferentes. Primero destaca que si bien ese derecho constitucional arraiga especialmente en la cláusula de confrontación

¹ Defensor Público Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² Por la búsqueda de material angloamericano se agradece la colaboración prestada por el Dr. Cristián Varela, del Centro de Información, Jurisprudencia y biblioteca de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

³ Israel, Jerold H., Kamisar, Yale; y LaFave, Wayne R.; "Criminal Procedure and the Constitution", p. 692, ed. West Group, St. Paul, Minnesota, E.E.U.U., 1998.

de la Sexta Enmienda, también tiene componentes del *due process*. En consecuencia, el derecho no está restringido a aquellas partes del juicio en las cuales el imputado se encuentra confrontando testigos o evidencia contraria, sino que también abarca otros aspectos del juicio propiamente dicho o procedimientos relativos al mismo. La parte crítica de la cuestión pasa por verificar si tiene una relación razonable y sustancial con la totalidad de sus oportunidades para defenderse contra los cargos que se le endilgan⁴. En relación a procedimientos que no son directamente parte del juicio, se dio especial importancia al contexto del caso particular, como por ejemplo ocurre en los procedimientos previos para determinar la competencia para testificar, en los cuales no se requiere la presencia del imputado⁵. La segunda cuestión se presenta al definir las condiciones exigidas para gozar del derecho a la presencia, de manera tal que si no las cumple, resultan en la pérdida del derecho, como ocurre respecto del imputado que desarrolla una conducta interruptiva y obstaculizante del juicio⁶. Con anterioridad, la Suprema Corte entendió que el imputado no podía quejarse si se ausentó voluntariamente del juicio y el Tribunal continuó con su desarrollo hasta el veredicto⁷.

Del mismo modo opinan Valdivieso y Schiller⁸, quienes sostienen que el derecho del imputado a encontrarse presente durante los procedimientos criminales resulta de ambas cláusulas constitucionales. La cláusula de confrontación garantiza al imputado el derecho a encontrarse presente en cualquier etapa que pueda contribuir para un efectivo *cross examination*. La *Due Process Clause* concede al imputado el adicional derecho a estar presente en cualquier etapa del procedimiento que pueda revestir la calidad de crítica si su presencia contribuye a la justicia del proceso. El efecto acumulativo de esas dos garantías da derecho al imputado a estar presente en todas las “etapas importantes” del procedimiento. No obstante, puede considerarse que abandonó ese derecho cuando se retiró voluntariamente de la sala de audiencias o interrumpe y obstruye continuamente luego de ser advertido por la Corte.

Mc Gurk⁹ hace notar que el derecho en estudio no surge expresamente de los términos literales de la Sexta Enmienda, que en su parte relevante solamente

⁴ U.S. v Gagnon, 470 U.S. 522 (1985).

⁵ Kentucky v Stincer, 482 U.S. 730 (1987).

⁶ Illinois v Allen, 397 U.S. 337 (1970). Con anterioridad Snyder v Massachusetts, 291 U.S., 97, 106, 332 (1934); y 397 U.S. 458, 464, 1023 (1938).

⁷ Taylor v U.S., 414 U.S. 17 (1973).

⁸ Valdivieso, Verónica; y Schiller Joshua G., “Sixth Amendment at trial”, Georgetown Law Journal, May, 2001.

⁹ Mc Gurk, Brett H., “Prosecutorial comment on a defendant’s presence at trial: Will Griffin play in a Sixth amendment arena?”, University of West Los Angeles Law Review, 2000.

¹⁰ Lewis v U.S., 146 U.S. 370 (1892).

expresa que en todos los juicios criminales el imputado gozará del derecho a un juicio rápido y público, a ser informado de la naturaleza y causa de la imputación, como así también a ser confrontado con los testigos de cargo. No obstante, constituye un prístino principio del *Common Law* y en ese sentido la Suprema Corte de ese país lo considera desde antiguo como uno de los más básicos de los derechos garantizados por la cláusula de confrontación, definitivamente arraigado en la Constitución. La misión de esa cláusula es promover la corrección de la verdad en los juicios criminales y su éxito depende de la presencia del imputado en el juicio, ya que permite al defendido un directo *cross examination* de los testigos hostiles, expone fallas en la prueba del Fiscal, y desalienta el perjurio de los testigos que podrían sentir miedo a mentir si el imputado se encuentra en la sala de audiencias. El autor citado propone en definitiva una interpretación funcional del derecho en estudio, cuyos contornos más concretos se hallan en la cláusula de confrontación, que es en definitiva la más cercana a la postura actual de la Suprema Corte estadounidense¹¹.

III. DEL PODER DEL ESTADO AL DERECHO DEL IMPUTADO

1.1. Hemos visto en el derecho norteamericano que la presencia del imputado en el juicio es reconocida sin ambages como un derecho constitucional. La introducción desde la perspectiva extranjera tiene un objeto comparativo, a fin de confrontarla con las opiniones y prácticas vernáculas, que precisamente partieron del principio opuesto, considerándolo como un aspecto del poder del Tribunal para hacer comparecer obligatoriamente al imputado en la audiencias, lo que supone un enfoque completamente diferente.

Al analizar el derecho de defensa, Claria Olmedo¹² afirma que la intervención del imputado en el proceso es su derecho a tomar conocimiento de toda actividad que se cumpla en el procedimiento dirigido en su contra, y la participación en todo acto que haya de ser valorado por el juzgador si dictara sentencia condenatoria. Entiende que este segundo aspecto es irrestrictible, mientras que el primero es relativamente restringible. Continúa explicando que el derecho de audiencia está enunciado en las constituciones mediante la fórmula: “Nadie puede ser condenado sin

¹¹ Portuondo v Agar, 529 U.S. 61 (2000).

¹² Claria Olmedo, Jorge A., “Tratado de Derecho Procesal Penal”, t. I, p.312/315, ed. Ediar, Bs. As., 1960.

¹³ Claria Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, t. III, p. 126, ed. Ediar, Córdoba, 1985.

ser oído” y más sintéticamente en la doctrina: “Un día ante el tribunal”, especificando que ser oído ante el tribunal significa dar al imputado oportunidad adecuada para expresar en el proceso cuanto tenga por conveniente para su descargo.

En una obra posterior, el mismo autor¹³ asevera que la intervención del imputado durante todo el desarrollo del juicio debe ser efectiva, no bastando para ello con que la acusación lo identifique físicamente; debe estar él presente ante el tribunal cuando la actividad que se cumple lo requiere, y a su disposición en los demás casos. Aclara que se trata de una sujeción indispensable, aunque el imputado se mantenga en libertad, para que el desarrollo del juicio sea válido. Expresamente dice que cuando ese vínculo de autoridad se pierde, el trámite debe paralizarse hasta que se restablezca por el acto de captura en caso de contumacia, o de recuperación de la capacidad procesal en caso de locura.

1.2. De los párrafos recién transcritos puede observarse que el derecho en cuestión no es visualizado como tal sino que se atiende exclusivamente a los poderes del Tribunal sobre esa situación, la que es considerada como un vínculo de autoridad. Lo que comienza claramente al afirmar la irrestringibilidad de la participación del imputado en los actos que puedan utilizarse como prueba en su contra, se desdibuja enormemente si se lo mira unilateralmente desde la óptica de los poderes del Estado, que le puede exigir que se encuentre presente o a su disposición. No es incorrecta, sino una visión incompleta. Es por esa razón que los contornos del “derecho de audiencia” no coinciden plenamente con el derecho de presencia del que estamos hablando, ya que podría darse aunque el individuo se encuentre ausente del Tribunal. En efecto, si se concibe al derecho de audiencia como la oportunidad de ser oído por el juez, es cierto que bastará con un día ante el tribunal, pero de ninguna manera ello satisface el derecho de presencia, que va mucho más allá y consiste en el derecho de estar presente en cada una de las etapas del juicio, como por ejemplo en la declaración de los testigos de cargo. Creemos que la genealogía del derecho de audiencia arraiga profundamente en el procedimiento inquisitorio¹⁴, donde precisamente el derecho de audiencia era concebido como el derecho de entrevistarse con el juez, pero nunca abarcaba la facultad de escuchar personalmente y mucho menos confrontar a los testigos de cargo, por tratarse de una fase secreta para el imputado, aunque posteriormente pudiera enterarse de algunos datos parciales del testimonio, que no incluían la identidad del declarante.

2. Con un criterio realista, Maier¹⁵ expresa que de nada valdría que se escuchara al imputado si no prevé, al desarrollar el contenido de la garantía del derecho a ser oído, ciertos presupuestos y consecuencias, que le otorgan un significado más

preciso y amplio que el mero hecho de permitir al imputado vertir palabras en el procedimiento. Su desarrollo está dado por el principio de contradicción, que entre otras cosas exige el derecho de probar y el de controlar la prueba del adversario. Agrega que para que el perseguido penalmente tenga las mismas posibilidades de influir sobre la reconstrucción histórica de la imputación, se le debe reconocer al imputado y a su defensor la facultad de controlar la prueba que valorará el tribunal de la sentencia, ya que el debate se cumple con la presencia ininterrumpida de todos los sujetos procesales (inmediación), inclusive el imputado y su defensor, y en él son incorporados los únicos elementos de prueba idóneos para fundar la sentencia.

Precisamente por esa razón Vélez Mariconde¹⁶ extrajo como una de las consecuencias derivadas del principio de inviolabilidad de la defensa, aquella que establece que la sentencia debe basarse en las pruebas que se han producido en el juicio, porque sólo aquellas han podido ser controladas por el imputado y su defensor. En esa línea, Binder¹⁷ considera que si el imputado tiene derecho a estar presente, ello significa que tiene derecho a hacerlo de modo libre, no pudiéndose entender por “presencia del imputado” el hecho de tenerlo en una sala contigua, o sometido a medidas de seguridad tales que le impidan ejercer su derecho de defensa, u observar la prueba, o atender a lo que dicen los testigos o participar en los debates. Concluye entonces que “presencia” en el sentido constitucional de la palabra, implica la posibilidad concreta y real para el imputado de participar del desarrollo del juicio y de los debates.

3. Culmina el desarrollo Luis García¹⁸ quien formula una certera distinción, al decir que más allá de la obligación del imputado de estar a disposición del Tribunal, el principio de igualdad de armas, que no se encarga de las obligaciones del imputado sino de las obligaciones del Estado frente al imputado, implica un derecho personal

¹⁴ Conf. Valdés, Fernando de. “Compilación de la instrucciones del Oficio de la Santa Inquisición hechas en Toledo, año de mil y quinientos y sesenta y uno”, Madrid, 1561. Comprende los 81 capítulos o reglas que deben guardar todas las Inquisiciones en el modo de proceder, según acuerdo del Consejo General de la Inquisición. No debe confundirse con la compilación de Torquemada. Algunas páginas originales se exhiben en www.rarebooks.nd.edu/exhibits/inquisition/text/30.html. Ver especialmente el art. 28: “Dele audiencia al reo las veces que la pidiere. Porque de la sentencia de prueba hasta hacer la publicación de los testigos fuere haber alguna dilación, todas las veces que el preso quisiera audiencia o la embiare a pedir con el alcayde (como se suele hazer), se le debe dar audiencia con cuydado porque a los presos le es consuelo ser oídos, como porque muchas veces acontece un preso tener un dia propósito de confesar o dezir otra cosa que corresponda a la averiguación de la justicia, y con la dilación de audiencia le vienen otros nuevos pensamientos y determinaciones”. Como así también el art. 34, donde especifica la información que debe darse al reo, pues “...en la causa el reo no es llamado al juramento de los testigos ni sabe quienes son”.

¹⁵ Maier, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal”, t. I, p. 552, 585 y 595, ed. Del Puerto, Bs. As., 1999.

¹⁶ Vélez Mariconde, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, t II, p. 212, ed. Lerner, Córdoba, 1986. Como dicho autor aclara –p. 366– la intervención imprescindible del acusado durante el debate no significa presencia material, pudiendo hacer uso de la facultad de permanecer en sala contigua cuando no sea necesaria su presencia como objeto de prueba (vgr. art.366 C.P.P.). Por ello puede afirmarse que ese derecho puede ser renunciado y ello no causa la nulidad del juicio –p. 212–, pero algo muy diferente ocurre cuando el imputado es desalojado de la sala de audiencias en contra de su voluntad, que es precisamente el supuesto bajo estudio.

a estar presente en la audiencia de debate. Añade que la presencia del imputado ya no se vincula solamente con el interés de la averiguación de la verdad, porque en ese caso se podría pensar simplemente en el interés del Estado, sino con el propio interés del imputado en participar en un proceso que trata de él y no de otro, que trata de su futuro y no del futuro de otro, donde en muchos casos su libertad ambulatoria esté en riesgo o amenazada o su patrimonio o incluso lo esté el ejercicio de ciertos derechos importantes sobre la base de la imputación penal que se le dirige. En la misma dirección Cafferata Nores¹⁹ expresa que la defensa presupone el derecho del imputado de intervenir personalmente en su caso, de “hallarse presente en el proceso”. Es por eso que, si bien la investigación preliminar puede comenzar a desarrollarse en ausencia de aquél, no podrá producirse la acusación, ni realizarse el juicio oral y público si esa ausencia se mantiene. Vistas las cosas de modo inverso al autor citado al inicio del capitulo, se ha dicho que esta prohibición tiene como fundamento la necesidad de verificar “de cuerpo presente” si el imputado tiene capacidad para intervenir en el proceso y está en condiciones de ejercer las facultades que le acuerda la ley²⁰.

IV. FUNDAMENTOS

1. Los casos de extradición fueron el campo más fructífero para que la Corte se expidiera sobre el tema en estudio, teniendo en cuenta la necesaria consideración que debía realizar de los ordenamientos extranjeros que admiten el juicio in absentia. Así sostuvo que el derecho del acusado a ser juzgado en su presencia, originariamente incluido en la garantía de la defensa en juicio del art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto no puede aplicarse ninguna pena sin previa audiencia del interesado, se encuentra actualmente reconocido con jerarquía constitucional por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece expresamente el derecho de toda persona acusada de un delito a “hallarse presente en el proceso” (art. 14.3.d)²¹. Ese fue el carácter que se le ha asignado al “derecho a estar presente” en la jurisprudencia del Tribunal en el marco de los principios que rigen en el derecho internacional de los derechos humanos para la República Argentina²².

¹⁷ Binder, Alberto M., “Introducción al Derecho Procesal Penal”, p. 164, ed. Ad Hoc, Bs. As., 2004.

¹⁸ García, Luis, “El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos”, en “Prudentia Iuris”, n° 50, agosto 1999, p. 79.

¹⁹ Cafferata Nores, José I., “Proceso penal y derechos humanos”, p. 110, ed. Del Puerto, 2000.

²⁰ Maier, “DPPa”, t. I, vol. b, p. 366/367, ed. Hammurabi, 1989.

En definitiva, del art. 18 de la Constitución Nacional y de los tratados sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (arts. 75, incs. 22 y 27), surgen como derechos inalienables reconocidos a toda persona acusada de un delito, los de hallarse presente en el proceso, defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con éste (arts. 14 inc. 3 ap. d, del PIDCP, y 8 inc. 2 aps. c y d, CADH)²³.

2. Por ende, si bien la prohibición del juicio criminal en rebeldía en el derecho argentino aparece como un elemento conjunto de fundamentación, la normativa internacional sobre derechos humanos proporciona bases más que suficientes respecto del derecho de presencia. Sin perjuicio de ello, cabe recordar con Maier²⁴ que “el debate se cumple con la presencia ininterrumpida de todos los sujetos procesales (inmediación), incluso del imputado y de su defensor, y en él se incorporan los únicos elementos de prueba idóneos para fundar la sentencia, forma de proceder que asegura el control probatorio por parte de todas las personas interesadas en la decisión, a él concurren el acusador y el acusado -también su defensor- con las mismas facultades, factor principal de la equiparación de posibilidades respecto del fallo”. Por esa razón, la garantía invocada no se cubre con la presencia del defensor en el debate y la posibilidad que tiene de interrogar, ya que el derecho en cuestión corresponde a la defensa material del inculcado y atañe al control de la prueba que valora el Tribunal en la sentencia.

La cuestión adquiere importancia si se advierte que en el derecho comparado existen países que admiten las condenas pronunciadas en rebeldía (vgr. Italia). Fierro recuerda que según nuestro sistema procesal vigente estructurado acorde con las garantías constitucionales que le son inherentes, rechaza categóricamente las condenas pronunciadas en rebeldía, in absentia, o en contumacia²⁵. Nuestra Corte Suprema tiene dicho desde antiguo que la sentencia condenatoria dictada en rebeldía o contumacia es inconciliable con nuestro sistema jurídico, ya que la Constitución Nacional, en su artículo 18, y los preceptos correlativos del Código de Procedimientos Criminal,

²¹ Nardelli, P. A., 5/11/96, Fallos: 319: 2557; Cauchi, A., 13/8/98, Fallos: 312: 192; y Gómez Vielma, C., 19/08/99; Fallos: 322: 1564.

²² Conf. CSJN, P. 1014. XLIII. R.O., “Pires, Sergio Vilmar s/ pedido de extradición a Brasil”, rta. 13-10-2009.

²³ Conf. CSJN, A. 35. XXXIII.; Arias, José Alberto s/ extradición. 30-08-2005. Fallos: 328: 3193.

²⁴ Maier, op. cit., t. I, vol. 1 b, p. 355.

²⁵ Fierro, Guillermo J., “La ley penal y el derecho internacional”, p. 763, ed. Tea, Bs. As., 1997. Conf. Clariá Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, t. II, p. 91, ed. Lerner, Córdoba, 1984; D’alora, Francisco J., “Código Procesal Penal”, p. 358, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1996; y Abalos, Raúl W., “Código Procesal Penal”, p. 662/663, ed. Jurídicas Cuyo, Chile, 1994.

²⁶ C.S.J.N., “Rigatuso, Giuseppe, 24/8/38, en L.L. 11-947. En el mismo sentido, Fallos: 217:340; 228:640, y 291:154, entre otros.

prohíben dictar condena sin oír al acusado y sin que se éste se encuentre sometido a la acción de la justicia y en posibilidad de ejercer su defensa. En concordancia, la ley de extradición 24.767, en su art. 11, inc. d, dispone que la extradición no será concedida cuando la condena se hubiese dictado en rebeldía y el Estado requirente no diese seguridades de que el caso se reabría para oír al condenado, permitirle el ejercicio del derecho de defensa y dictar una nueva sentencia.

3. Ferrajoli²⁷ sostiene que para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que admite su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación a cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testificales y los careos. Recuerda que el pensamiento ilustrado, en coherencia con la opción acusatoria, reivindicó la presencia del imputado y del defensor en todas las actividades probatorias, citando a Filangieri y Pagano, quienes quisieron que los testigos de la acusación “se interrogaran ex integro en presencia del reo” y subrayaron “cuanto ayuda a conocer la verdad esa contradicción”. En los procesos penales, donde la acusación tiene a su disposición a toda la maquinaria del Estado, el principio de igualdad de condiciones es una garantía esencial del derecho a la defensa, que obviamente incluye, entre otros el derecho a estar presente en el juicio. Con razón tiene dicho la Comisión Europea de Derechos Humanos²⁸ que el derecho de estar presente en la audiencia es, singularmente en materia penal, un elemento esencial de la noción de proceso justo. Información, presencia y defensa se encuentran consecuentemente en una relación de continuidad lógica y necesaria.

Confluye en la misma dirección el Tribunal Constitucional Español²⁹, que ha dicho que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del art. 24 CE y, por lo tanto, que constituye el punto de partida en la fijación del que denomina “contenido absoluto” de los derechos fundamentales. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de

defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado, y, en fin, puede ejercerse el derecho a la última palabra, reconocido como una manifestación del derecho de autodefensa³⁰.

Uno de los métodos más fiables para comprender acabadamente la situación por lo que otra persona atraviesa, consiste en ponerse en su lugar. Tratar de ubicarse en la misma posición nos permite entender esa circunstancia, aunque solo sea de modo parcial. Imaginemos por un instante que se nos impusiera las restricciones comentadas, no ya como imputados, sino como jueces, fiscales o defensores. Podría pensarse en juzgar, acusar o defender sin ver ni oír la prueba que está transcurriendo en el debate? Evidentemente no. Con acierto se ha dicho que “resultaría dificultoso poder defenderse de un fantasma, de un individuo sin rostro”³¹. Tratándose de fiscales y jueces, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho en Castillo Petruzzi³² que la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean “sin rostro”, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia, violándose de ese modo el derecho a ser oído por un juez independiente, imparcial y competente (art.8, 1º, C.A.D.H.).

V. EXCEPCIONES

1. Como hemos visto en el capitulo precedente, la regla general ya fue sentada por la Corte Suprema de Justicia. En esa dirección se expidió el Tribunal Superior de la Provincia de Mendoza³³, al señalar que el Pacto de San José de Costa

³¹ Conf. recurso de casación interpuesto por Martín Alberto Marcelli, Defensor Oficial Adjunto de la Defensoría Nro. 2 de la Ciudad de Olavarría, Departamento Judicial Azul, en causa nro. 656/1300, “Cabrera, Daniel H. s/ homicidio simple”. Ver texto completo en www.pensamientopenal.com.ar

³² C.I.D.H., Sentencia del 30 de mayo de 1999 (parág. 133). Se afirmó la violación del art. 8.1 C.A.D.H., en cuanto establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Recogió de ese modo el argumento de la Comisión, en cuanto aseveró que la utilización de los tribunales “sin rostro” (mantienen en secreto su identidad, a tal punto que las resoluciones y sentencias no llevan ni firma ni rúbrica) ha negado a los imputados el derecho a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial, el derecho a defenderse y el derecho al debido proceso, al no poder conocerse si el juez es competente e imparcial (parág. 125).

³³ SC Mendoza, Sala II, “F. Y actor civil c. Q., M.A. y A., O., 6/2/98, LLGran Cuyo, 1998-664.

³⁴ Asiste razón a la suprema corte mendocina. Precisamente el argumento de protección de los testigos fue el motivo aducido por la Inquisición para mantener en secreto la declaración de los testigos. Conf. Art. 72 de la Compilación de Toledo ya citada: “aunque en los otros juicios suelen los jueces para la verificación de los delitos carear los testigos con los delincuentes: en el juyzio de la inquisicion no de debe ni acostumbra hazer :porque allende de quebrantar en ello el secreto que se manda tener acerca de los testigos, por experiencia se halla que si alguna vez se ha hecho no ha resultado buen efecto, antes le han seguido de ello inconvenientes”.

²⁷ Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón”, p. 614, ed. Trotta, Madrid, España, 1999.

²⁸ Comisión EDH, “Colozza y Rubinar”, informe del 5/V/83.

²⁹ SSTC 37/1988, de 3 de marzo, 181/1994, 29/1995, de 6 de febrero y 162/1999, de 27 de septiembre

³⁰ SSTC 181/1994, de 20 de junio, y STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000.

Rica, de aplicación obligatoria por su jerarquía constitucional, indica entre las garantías constitucionales de su art. 8: el derecho del inculpado de comunicarse libremente con su defensor (inc. 2.d), y el de interrogar a los testigos presentes en el tribunal (inc. 2.f.), y agregó que el alejamiento de los imputados de la audiencia de debate, presenta obstáculos constitucionales insalvables, atento a que corresponde privilegiar el derecho de defensa, a fin de permitir al imputado controlar algo tan importante como es el testimonio de quien lo señala como autor o partícipe de un delito. Consideró que no basta la expresión de temor por parte del testigo, ni es válida la normativa citada por la Cámara, para no permitir la “intervención” de los imputados en el debate, privándolos así de uno de los pilares de la garantía constitucional de la defensa en juicio. Agrega que la actitud tomada por el a quo, privilegiando la “protección” del testigo por sobre las garantías de los imputados, se compadece con un derecho penal de tipo inquisitivo, pero no con nuestro sistema de derecho penal liberal³⁴.

2. 1. Sin embargo, la jurisprudencia no es uniforme al respecto. Es así que no obstante la genérica afirmación que en reiteradas oportunidades realizara la Casación Nacional³⁵ sobre le imprescindibilidad del derecho de audiencia del imputado, en los casos en que le tocó decidir sobre la validez del juicio llevado a cabo parcialmente en ausencia suya, echó mano del remanido argumento de falta de alegación del perjuicio concreto para rechazar la pretendida nulidad, reduciendo a la nada el derecho constitucional del imputado a presenciar su juicio³⁶. La Casación provincial³⁷ siguió el mismo camino que la nacional, esto es, utilizó la falta de explicación del perjuicio concreto para rechazar el reclamo constitucional, pero fue mucho más allá, al sostener que “la exclusión del imputado de la sala de audiencias mientras se celebra el debate no provoca necesariamente su nulidad”. Convirtió de ese modo lo que debería ser una excepción en regla, al afirmar que la ausencia del imputado en el juicio no causa necesariamente su nulidad, en franca contradicción con

³⁵ C.N.C.P., Sala II, Herrera, Ricardo E., 8/9/95, y Roman, Aurelio, 12/12/95 (inéditos).

³⁶ C.N.C.P., Sala I, Pinto, Ramón, 8/11/93; Sala III, González, Mario W., 5/6/98, y Ojeda, Gustavo M. Y otro, 23/3/00; Sala IV, Abatamarco, Jorge E., 5/3/99, L.L. 1999;-F, 272. Sin embargo, debe tenerse presente que en voto concurrente la jueza Catucci dijo que “la exigencia de que el justiciable vea al testigo al momento de su declaración en el debate, contenida en los tratados internacionales y en el art. 18 de la Constitución Nacional, no es superable con su deposición en una apertura de instrucción suplementaria sin ser visto por el enjuiciado, como testigo de identidad reservada, Sala III, “Sanfuro Ocampo, Eric. M.”, rta. el 4/12/03. L.L. del 28/10/04).

³⁷ TCPBA (plenario), “Fiscal y Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación”, 27/7/04, LLBA 2004 (diciembre), 1220.

³⁸ CS Santa Fé, Moyano, Víctor, 7/5/97, LL 1998-F, 880, LL Litoral 1998-1-817. No obstante tratarse de un caso civil resulta plenamente aplicable pues el Tribunal extrae sus conclusiones de los fundamentos seguidos por la Corte Suprema Nacional en materia penal y administrativa, desde que las normas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser observadas en toda clase de juicios. De la reseña de fallos compulsados surge que cada vez que el Alto Tribunal ha tenido que ponderar la lesión al derecho de defensa, no se limitó a esgrimir el argumento de que el recurrente debió haber demostrado cuáles eran las defensas que pudo haber opuesto y de las que se vio privado, sino que complementó esa aseveración con referencias a las especiales circunstancias de cada caso que, de esa forma, dan sentido y contenido a la afirmación.

la manda constitucional, que expresamente parte del principio opuesto.

2.2. Conviene detenerse en este punto para replicarlo inmediatamente, ya que cobran plena vocación aplicativa los razonamientos desplegados por la Corte de la provincia de Santa Fé³⁸, en cuanto afirma que el principio rector en materia de nulidades procesales resulta ser el de trascendencia, que implica que la ausencia de todo perjuicio quita entidad a la postulación nulificatoria. Empero, exige una verificación previa, que consiste en indagar si el gravamen alegado es de aquellos que se configuran per se ante el desconocimiento de etapas esenciales del proceso, cuya omisión lacera profundamente el ejercicio del derecho de defensa constitucionalmente garantizado. Y agrega: “La necesidad de demostración del perjuicio efectivo que corresponde exigir a quien solicita la declaración de una nulidad procesal no configura una regla de aplicación indiscriminada a todos los supuestos en los que el recurrente invoque violación a la garantía constitucional del derecho de defensa, en tanto el perjuicio emergerá evidente cuando la restricción denunciada refiera a etapas esenciales del proceso con directa incidencia sobre aquél. Configuraría un mero formulismo inconciliable con el resguardo del derecho de defensa erigir de manera irrestricta, casi como insuperable valladar para su consideración, la exigencia de puntualizar y demostrar concretamente las defensas o pruebas que podrían haberse hecho valer, cuando el gravamen se configura por sí mismo al negarse la oportunidad de audiencia y prueba, posibilidad sobre la que se ha construido la noción del debido proceso constitucionalmente garantizado. De lo contrario, la cuestión quedaría sujeta exclusivamente a la mayor o menor imaginación y poder de convicción del litigante, pero con el añadido que la cuestión discurriría por el plano de la mera retórica, atento la imposibilidad de juzgar que las defensas o las pruebas, sustentadas en una argumentación puntillosa, convincente y formalmente elaborada, efectivamente, se concretarán en su oportunidad. Por ello, el daño puede presumirse cuando de lo que se trata es de la restricción de audiencia o prueba, siendo a cargo de quien lo invoque que tal limitación defensiva no causa perjuicio a quien corresponde su demostración”.

³⁹ CJ Salta, Castillo Jerez M., 13/3/01, LLNOA, 2001-621.

⁴⁰ Ver sus disidencias en Taylor v U.S., 414 U.S. 17 (1973).

⁴¹ Conf. sentencias recién citadas.

⁴² T y V contra Reino Unido, 16 de diciembre de 1999.

⁴³ Conforme los ya citados Nardelli, Cauchi y Gómez Vielma. Por otra parte, tal interpretación extensiva de la C.A.D.H. resulta evidente por aplicación del principio pro homine, según el cual “la vigencia simultánea en un Estado de diversas normas internacionales o internas con distinto nivel de exigencias al Estado supone sumar acumulativamente todas ellas” (conf. Pinto, Mónica, “El principio pro homine” en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, ed. Del Puerto, Bs.As., 1997). Por otra parte, la Comisión Interamericana criticó un proceso porque siguió su curso pese a haberse obstruido la asistencia del acusado a las vistas (Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Panamá, OEA/Ser.L/V/II.44, doc. 38, rev. 1, 1978).

2.3. Al igual que la Corte Suprema de Salta³⁹, los tribunales casatorios antes citados, también entendieron que el derecho de defensa en juicio constitucionalmente garantizado se hallaba satisfecho con la presencia del defensor técnico en la sala de audiencias. No se comparte totalmente ese criterio. No basta la presencia del abogado para suplir la obligatoria y no consentida salida de su defendido, porque como decían los *justices* Marshall, Brennan y Stevens⁴⁰, la presencia física del imputado aumenta la confiabilidad del proceso de reconstrucción de los hechos, ya que la declaración de los testigos concierne a materias sobre las cuales es el imputado -y no su abogado defensor- quien posee el conocimiento necesario para exponer inexactitudes o incorrecciones de las respuestas, por lo que resulta funcionalmente ineficiente y fundamentalmente injusto atribuir al abogado defensor el completo conocimiento de los hechos en ausencia del imputado. Especialmente significativa resulta la interpretación que acordó el Tribunal Constitucional Español respecto al tenor literal del art. 6.3 c) C.E.D.H., en el que se reconoce el derecho “a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor”. Pone de manifiesto que el que ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado: el Letrado se limita a “asistirse” técnicamente en el ejercicio de su derecho, habiéndose reiterado, tanto por el recién nombrado⁴¹ como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la opción por la asistencia jurídica gratuita o por la de un Letrado de elección, no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa. Merecen destacarse, en tal sentido, los casos T y V *contra Reino Unido*⁴², donde el Tribunal Europeo reafirma de modo inequívoco que el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus Abogados, interrogar a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes.

Además, el derecho concedido por los pactos internacionales lo es en relación al imputado y no a su defensor. Con esa inteligencia, nuestra Corte Suprema⁴³ tiene dicho que si bien la Convención Americana de Derechos Humanos incluye

entre las garantías judiciales un principio aparentemente de menor exigencia que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puesto que según el art. 8.1.: “Toda persona tiene derecho a ser oída...”, debe tenerse en cuenta que al resolver el caso “Colozza v. Italia”⁴⁴, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretó el artículo 6º del Convenio Europeo para la Salvaguarda de Derechos y Libertades Fundamentales, de igual redacción al artículo 8.1. del Pacto de San José de Costa Rica, en el sentido de que el derecho de estar presente en la audiencia -aunque no esté mencionado en términos expresos- es en materia penal un elemento esencial del proceso justo, ya que en un procedimiento penal el abogado defensor nunca sustituye totalmente al acusado⁴⁵.

2.4. En cuanto al presunto conflicto que podría llegar a plantearse con la convención que protege los derechos del niño en el supuesto en que la presencia del imputado pueda afectar la salud psíquica del menor testigo, creo al igual que el juez Borinsky que la solución constitucional no pasa por limitar la presencia del imputado en la audiencia, sino por adoptar medidas para que testimonios como los mencionados lleguen al debate por alguno de los conductos diseñados a fin de evitar victimizaciones adicionales⁴⁶. La solución contraria equivale a vaciar de contenido al derecho de presencia, y en ese trance, no debe pasarse por alto que el contenido esencial de cada derecho es el que define el sentido, alcance y las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales⁴⁷. Las restricciones por razones de interés colectivo y de respeto a los derechos de terceros, están a su vez restringidas por el contenido esencial del derecho que se piensa afectar. Es decir, las restricciones o limitaciones constitucionales y legales de los derechos fundamentales no pueden ser excesivas, de tal forma que desnaturalicen o vacíen de contenido el Derecho Fundamental que se consagra. El principio de proporcionalidad constituye una herramienta útil para esa labor dado que engloba una serie de condiciones para la restricción de los derechos fundamentales y puede concebirse al igual que el contenido esencial, como una limitación a la restricción de un derecho fundamental. Toda restricción de un

³⁹ 12 de febrero de 1985, 7 E.H.R.R. 516.

⁴⁰ Vgr. C.S.J. Pcia. Tucumán, “Sandoval, Cristian G”, LLNOA 2004 (abril), 972, donde se estimó nula por inobservancia del debido proceso legal y la garantía de defensa en juicio, la sentencia de unificación de penas dictada sin audiencia ni intervención del imputado, quien no había sido oído en lo atinente a la cuestión resuelta. Remarcó que el acusado tiene derecho a alegar lo que estime conveniente, acerca del monto o graduación de la pena única a imponer; tarea que por otra parte exige una mínima valoración de las circunstancias particulares del caso

⁴¹ Ver su voto como integrante de la Sala III de TCPB en “Grzelak, José A.”, rta. el 13/2/02, LLBA, 2003-426.

⁴² Conf. Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, P. 607, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1997, quien ubica al contenido esencial como una limitación a las restricciones de los derechos.

⁴³ “P.S. v. Alemania”, 20/12/01, LL. 2002-F, 16.

⁴⁴ SSTEDH de 12 de febrero de 1985 -Colozza c. Italia, núm. 27--; de 28 de agosto de 1991 -FCB c. Italia, núms. 28 a 36-; de 23 de noviembre de 1993 -Poitrimol c. Francia, núms. 31 y 35--; de 22 de septiembre de 1994 -Lala y Pelladoah c. Holanda, núms. 27 y 40, respectivamente.

⁴⁵ “A.M. c Italia”, no. 37019/97, de 14 de diciembre de 1999, §§ 26, 28.

⁴⁶ Conf. no. 36686/97, Decisión del 12 de enero de 1999.

⁴⁷ Conf. no. 35253/97, Decisión del 31 de agosto de 1999.

⁴⁸ “Van Mechelen y otros v. Países Bajos”, 23 de abril de 1997, Reports 1997-III, p. 711, § 50, 51 y 55.

⁴⁹ “Ludi v Suiza”, 15 de junio de 1992, Serie A no. 238, p. 21, § 49.

⁵⁰ “Doorson v Países Bajos”, 26 de marzo de 1996, Reports 1996-II, p. 470, § 67, 70 y 76.

derecho fundamental, además de ser legal y de tener un fin aceptable desde el punto de vista constitucional, tiene que ser proporcional, lo cual implica tres condiciones o exigencias de la medida de restricción, que individualizaremos más adelante.

Párrafo aparte merece en este punto la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en “P.S. c Alemania”⁴⁸, donde sostuvo que la sentencia que condena a una persona sobre las declaraciones hechas por el testigo principal de la acusación que no fue interrogado -en el caso, porque se consideraba que recordar el abuso sexual sufrido podría causarle un daño a su salud- vulnera el art. 6° inc. 3, d) de la Convención Europea de Derechos Humanos, en tanto toda persona imputada por una ofensa criminal tiene derecho a que la prueba se produzca en una audiencia pública, en presencia del acusado a fin de asegurar a éste un juicio equitativo. A tal fin tuvo en cuenta que la condena que se basa únicamente o en grado decisivo sobre deposiciones que han sido hechas por una persona que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar o hacer examinar -en el caso, el Tribunal había decidido no interrogar a la menor víctima del delito de abuso sexual a fin de no causarle daño a su salud-, sea durante la investigación o en el juicio, restringe los derechos de la defensa y en consecuencia resulta incompatible con las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos. La sentencia debe interpretarse en el contexto de su constante preocupación por la importancia capital que ha de darse a la presencia del acusado en el marco de un juicio justo, tal como sostuviera en numerosas resoluciones⁴⁹.

El Tribunal Europeo siguió de ese modo el precedente que sentara anteriormente en “A.M. c Italia”⁵⁰, donde se afirmó que hubo violación del art. 6 § 1, tomado en conjunto con el art. 6 § 3 (d), señalando que al condenar al peticionario como responsable de delito sexual sobre un menor los tribunales domésticos se basaron solamente en las declaraciones hechas en los Estados Unidos, antes del juicio, y el peticionario no fue confrontado con sus acusadores en ninguna etapa de los procedimientos. Y difiere de decisiones previas donde el Tribunal se satisfizo con que procedimientos concernientes a ofensas sexuales, tomados como un todo, fueron equitativos, en cuanto las condenas habían sido o bien totalmente fundadas en pruebas distintas de las declaraciones de la víctima⁵¹, o no solamente fundadas en las declaraciones de la víctima⁵².

Igualmente realizó importantes afirmaciones al añadir que toda prueba debe normalmente ser producida en una audiencia pública, en presencia del acusado,

y en vistas a la argumentación adversarial. Las excepciones a este principio no deben infringir los derechos de la defensa. Como regla general, debe darse al acusado oportunidad adecuada e idónea para poner a prueba e interrogar a un testigo de cargo, sea cuando hace su declaración, o en una etapa posterior, conforme lo afirmara anteriormente en “Van Mechelen c. Países Bajos”⁵³ y en “Lüdi c. Suiza”⁵⁴. Si bien en determinados casos, los principios del fair trial requieren que el interés de la defensa sea puesto en balance con los de los testigos citados a testificar, en particular cuando están en riesgo la vida, libertad o seguridad de la persona, o intereses que generalmente caen en el marco del art. 8 de la Convención, tal como se hiciera en “Doorson c. Países Bajos”⁵⁵, sólo son permisibles bajo el art. 6 las medidas que restringen los derechos de la defensa que sean estrictamente necesarias. Más aún, a fin de asegurar que el acusado reciba un juicio equitativo, cualquier dificultad causada a la defensa por una limitación de sus derechos debe ser suficientemente compensada por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales. El Tribunal advirtió expresamente en el caso que en ninguna etapa de los procedimientos la menor testigo fue interrogada por un juez, ni el peticionario tuvo alguna oportunidad de observar el comportamiento de esta testigo bajo interrogatorio directo, y así, de examinar su confiabilidad, como ya lo decidiera en *Kostovski c. Países Bajos*⁵⁶ y *Windisch c. Austria*⁵⁷. Por todo ello, concluyó que cuando una condena está basada únicamente o en un grado decisivo sobre deposiciones que han sido hechas por una persona que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar o hacer examinar, sea durante la investigación o en el juicio, los derechos de la defensa están restringidos a un punto que es incompatible con las garantías provistas por el art. 6.

⁵⁶ “Kostovski v Países Bajos, 20 de noviembre de 1989, Serie A no. 166, p. 20, § 42 in fine.

⁵⁷ “Windisch v. Austria”, 27 de setiembre de 1990, Series A no. 186, p. 11, § 29 y 31.

⁵⁸ Gil Domínguez, Andrés, “Prueba compulsiva de sangre y derechos fundamentales” (nota a fallo), en LLBA 2004, p.1185, nota 7. Continúa explicando dicho autor que el subprincipio de idoneidad establece que toda intervención legislativa debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Con lo cual impone dos exigencias: a) que tenga un fin constitucionalmente legítimo (lo es cuando no está constitucionalmente prohibido expresa o implícitamente), b) que sea idónea para favorecer su obtención. Configura un juicio acerca de la capacidad que tiene el medio escogido por una Legislatura para fomentar su finalidad. Se relaciona directamente con el clásico principio de razonabilidad. El subprincipio de necesidad enuncia que toda intervención legislativa debe ser la más benigna entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Implica la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos. En este comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir con dos exigencias: a) si reviste el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de ésta último, b) si afecta negativamente al sistema de derechos ya a la organización institucional en un grado menor. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto requiere que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa deben compensar los sacrificios que ésta implica para los titulares de derechos y para la sociedad en general. Un ejemplo sobre la aplicación de tales principios en el encarcelamiento preventivo puede verse en el excelente trabajo de Alberto Bovino, “El fallo Suarez Rosero”, en “Nueva doctrina penal”, 1998-B, 631.

⁵⁹ González-Cuellar Serrano, Nicolás, “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, p. 25, 60, 153, 189, 196, y 225, ed. Colex, Madrid, 1990.

3. Para una correcta interpretación de hipótesis como la presente, resulta crucial la adopción de soluciones conformes a los principios propios del campo de los derechos humanos, como es el de proporcionalidad, tal como se desprende de la lectura del caso europeo recién visto. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales, especialmente cuando se presentan situaciones conflictivas entre las relaciones entre el Estado y los particulares: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. Según Gil Domínguez⁵⁸ la estructura de ese principio está compuesta por los subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Estos se aplican de forma sucesiva y escalonada, o sea se debe verificar en primer lugar si la norma es idónea. Si supera el test, debe ser sometida al análisis de la necesidad y si sale airosa, finalmente el escrutinio de la proporcionalidad en sentido estricto. En síntesis, González-Cuellar Serrano manifiesta que el principio de proporcionalidad, coincidente con la prohibición de exceso, se descompone en tres subprincipios: idoneidad –adecuación de la medida a sus fines–, necesidad –intervención mínima–, y proporcionalidad en sentido estricto –ponderación de intereses y concretización–. Con referencia al principio de igualdad de armas, la aplicación del principio de proporcionalidad significa, por lo tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; que es necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y por último, que es proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

⁵⁸ Conf. González-Cuellar Serrano, obra y lugares citados, a quien seguimos en este modo de razonar.

⁶¹ La norma comentada se encuentra al tratar la audiencia de debate y establece lo siguiente. Art.370 C.P.P.: “El presidente ejercerá el poder de policía y disciplina de la audiencia, y podrá corregir en el acto, con llamados de atención, apercibimiento, multas de acuerdo con el art.159, segunda parte, o arresto de hasta ocho (8) días, las infracciones a lo dispuesto en el artículo anterior, sin perjuicio de expulsar al infractor de la sala de audiencias. La medida será dictada por el tribunal cuando afecte al fiscal, a las otras partes o a los defensores. Si se expulsare al imputado, su defensor lo representará para todos los efectos”. A su vez el art.369 exige como obligaciones de los asistentes: “ Las personas que asistan a la audiencia deberán permanecer respetuosamente y en silencio; no podrán llevar armas y otras cosas aptas para molestar u ofender, ni adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contrario al orden y decoro debido, ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos”.

4.1. Legalidad como presupuesto

Tradicionalmente, según González Cuellar Serrano⁶⁰, el principio de legalidad procesal penal se ha entendido comprendido dentro del de legalidad penal, exigido en los ordenamientos democráticos. La exigencia de actuación del Estado conforme a las leyes procesales para imposición de la pena, se traduce en el sometimiento a la ley en la actuación procesal, incluidas las medidas limitativas de derechos adoptadas con ocasión de un proceso penal. Toda limitación de cualquier derecho fundamental ha de estar prevista por la ley (“medida prevista por la ley”), regla a la cual no puede escapar el proceso penal, por mandato expreso de los arts. 18 y 19 C.N., razones por las cuales la ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos, debiendo cumplimentar por los menos la exigencia de ser scripta, certa, stricta y praevia. De acuerdo con esas premisas, debe analizarse si en los respectivos ordenamientos, tanto nacionales como provinciales, se encuentra prevista la restricción del derecho constitucional de presencia. Limitándonos al ordenamiento procesal federal, puede observarse varias normas que se refieren al tema

4.1.1. Poder de policía y disciplina

Reglamentando los poderes del juez en la audiencia oral, el art. 370 del ordenamiento procesal citado, establece las sanciones procesales que puede imponer a tal fin, sin perjuicio de otorgarle la facultad de expulsar al infractor de la sala de audiencias. Aclara que si se expulsare al imputado, su defensor lo representará para todos los efectos. Sin duda se refiere a la falta del comportamiento debido en la Corte

⁶² Art. 380: “En el curso del debate el imputado podrá efectuar todas las declaraciones que considere oportunas, siempre que se refieran a su defensa. El presidente le impedirá toda divagación y podrá aún alejarlo de la audiencia si persistiere. El imputado tendrá también la facultad de hablar con su defensor, sin que por esto la audiencia se suspenda; pero no lo podrá hacer durante su declaración o antes de responder a preguntas que se le formulen. En estas oportunidades nadie podrá hacer sugerencia alguna”.

⁶³ García, ob. Cit., p.81.

⁶⁴ Faundez Ledesma, Héctor, “Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Central de Venezuela, p. 103, Caracas, 1992.

⁶⁵ Conf. Illinois v. Allen citado en el capítulo II. Sin embargo, no puede aceptarse esa solución cuando es el mismo imputado el que ejerce su defensa técnica, es decir que hizo uso del derecho a autodefenderse. Ello surge de la misma norma, que supone la división de la defensa técnica y la defensa material, pudiendo la primera representar a la segunda, lo que no podría ocurrir de coincidir ambas en la misma persona.

⁶⁶ Art.366 C.P.P.: “El imputado asistirá a la audiencia libre en su persona, pero el presidente dispondrá la vigilancia y cautela necesarias para impedir su fuga o violencias. Si no quiere asistir o continuar en la audiencia, será custodiado en una sala próxima; se procederá en lo sucesivo como su estuviere presente, y para todos los efectos será representado por el defensor. Si fuere necesario practicar su reconocimiento podrá ser compelido a la audiencia por la fuerza pública. Cuando el imputado se encuentre en libertad, el tribunal podría ordenar su detención, aunque esté en libertad provisional, para asegurar la realización del juicio”.

de parte del imputado, siendo una de sus derivaciones la facultad que se otorga al juez para desalojarlo de la sala en caso de que persista en divagaciones (art. 380 C.P.P.⁶²).

La inteligencia de esta norma no representa grandes obstáculos, dado que se trata de una razonable restricción al derecho de presencia. Al decir de García⁶³ se trata de aquellos casos en los cuales el imputado se transforma en un continuo estorbo para boicotear el progreso del proceso, aunque el principio de igualdad de armas exige como criterio rector interpretar esto de la manera más restrictiva y más subsidiaria posible porque, existen formas, de todas maneras, de llevar adelante el orden del proceso sin necesidad de llegar a una medida tan incisiva frente al interés del imputado a conocer lo que pasa frente a él. La norma merece además ciertas precisiones, dado que como mínimo el imputado debería haber sido advertido de las consecuencias de su comportamiento antes de proceder a su expulsión. Tampoco establece el tiempo durante el cual se mantiene la expulsión, no pudiendo entenderse que lo es por el resto del juicio. Debería hacerse saber que constantemente cuenta con el derecho de reingresar siempre y cuando se comprometa a comportarse debidamente. Al respecto Faundez Ledesma⁶⁴ sostiene que es admisible la suspensión temporal si el acusado perturba los procedimientos judiciales de tal manera que hace imposible proseguirlo en su presencia, más ello no faculta al órgano jurisdiccional para que desarrolle todo el proceso judicial y dicte sentencia sin la presencia del acusado. De igual modo y mientras dure su alejamiento de la sala, deberían facilitarse los medios para que mantenga contacto permanente con su defensor como así también ser informado de lo que ocurre en la sala de audiencias⁶⁵.

⁶² Ver de Marí, Enrique, "La teoría de las ficciones", ed. Eudeba, Bs. As., 2002.

⁶³ Art. 379 C.P.P.: "Si los imputados fueren varios, el presidente podrá alejar de la sala de audiencias a los que no declaren, pero después de todas las indagatorias deberá informarles sumariamente de lo ocurrido durante su ausencia".

⁶⁴ Navarro, Guillermo R. y Daray, Roberto R., "Código Procesal Penal de la Nación", t. II, p. 43, ed. Pensamiento Jurídico, Bs. As., 1997.

⁶⁵ Conf. con la solución propiciada: Garibaldi, Gustavo E. L., "El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio", p. 30, ed. Ad Hoc, Bs. As., 2004.

⁶⁶ Conf. Jaén Vallejo, Manuel, "La prueba en el proceso penal", p. 115, ed. Ad Hoc, Bs. As., 2000.

⁶⁷ Conf. Cafferata Nores, "Proceso Penal...", p. 147.

⁶⁸ En el capítulo atinente al imputado, el art. 77 C.P.P. dispone: "Su durante el procesos sobreviniere la incapacidad mental del imputado, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa, y si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros, ordenará la internación de aquél en un establecimiento adecuado, cuyo director le informará trimestralmente sobre el estado del enfermo. La suspensión del trámite del proceso suspenderá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento en que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquél contra los demás imputados. Su curare el imputado, proseguirá la causa a su respecto. En consonancia, el art. 365 dice: "El debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que sean necesarias hasta su terminación, pero podrá suspenderse, por un término máximo de diez (10) días, en los siguientes casos:....inc. 4º) Si algún juez, fiscal o defensor se enfermase al punto de no poder continuar su actuación en el juicio, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados. Inc. 5º) Si el imputado se encontrare en la situación prevista por el artículo anterior, caso en que deberá comprobarse su enfermedad por médicos forenses, sin perjuicio de que se ordene la separación de causas que dispone el art. 360...."

4.1.2. Asistencia del imputado.

El art. 366 C.P.P.⁶⁶ establece la disponibilidad del derecho de presencia del imputado, ya que si no quisiera asistir o continuar en la sala, podrá permanecer en una sala próxima, bastando entonces con su disponibilidad para el juicio, salvo cuando la naturaleza del acto en curso exija su presencia. Por ende, luce claro que se trata de un derecho renunciable para el beneficiario, decisión que debe constar de manera expresa, resultando suficiente la representación de su defensor técnico en la corte para que el proceso continúe. El código establece una típica ficción judicial al mandar que el proceso siga como si el imputado estuviese presente⁶⁷. Lo cierto y real es que no está presente y deberían tomarse los recaudos para facilitar la comunicación permanente con su letrado y que sea informado de lo que ocurre en su ausencia. Se plantea además una situación similar a la que ocurre cuando se expulsa al imputado de la sala por inconducta, ya que no podría permitirse su ausencia, incluso si él mismo lo pidiera, en el supuesto de que ejerza su autodefensa. El juicio debería suspenderse de existir motivos serios para no estar presente.

Por ejemplo, no entra en esa categoría el eventual alejamiento de la sala mientras declare otro coimputado durante el debate oral, que dispone el art. 379 C.P.P.⁶⁸, norma que regula así una suerte de incomunicación entre los imputados. La doctrina⁶⁹ ha dicho que trasluce viejos resabios del procedimiento inquisitivo con una cierta ingenuidad, ya que pudiendo conversar previamente con su letrado, el acusado contará con la información suficiente de la declaración precedente, con lo cual se neutraliza fácilmente la finalidad legal. Ello pone al descubierto la falta de proporcionalidad de la norma por aplicación del subprincipio de idoneidad, dado que la medida en concreto no resulta adecuada a los fines perseguidos. En el juicio oral es donde debe regir en toda su plenitud el sistema acusatorio⁷⁰ y precisamente en la

⁶⁹ Conf. Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 Cap.Fed., causa n° 227, "Godny, Herszko", rta. 19/11/98, en la cual fue suspendido el debate por esos motivos.

⁷⁰ Conf. González-Cuellar, ob. Cit., p.25.

⁷¹ Art. 79: "Desde el inicio de un proceso penal y hasta su finalización, el Estado nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos: a) a recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes; b) al sufragio de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente designe; c) a la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia; d) a ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado; e) Cuando se tratare de una persona mayor de setenta (70) años, mujer embarazada o enfermo grave a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación". Art. 80: "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, la víctima del delito tendrá derecho: a) A ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil o tener calidad de querellante; b) A ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado; c) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga sea acompañado por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad de lo ocurrido". Art. 81: "Los derechos reconocidos en este Capítulo deberán ser enunciados por el órgano judicial competente, al momento de practicar la primer citación de la víctima o testigo".

declaración de los coimputados, que tantos problemas acarrea⁷¹, parece necesario “permitir que el acusado pueda ver al testigo de cargo frente a frente y hacerle sentir la presión psicológica y personal de que si su testimonio es mentira, está ayudando a que se lo condene por un delito que no ha cometido y que el testigo sabe que no ha cometido”⁷². En definitiva, la norma comentada configura un mecanismo o argucia tendente a obtener prueba de cargo de la declaración del imputado, desconociendo que se trata de una de las manifestaciones del derecho de defensa que no puede admitir cortapisas en la crítica etapa del juicio oral. Tratándose de una decisión facultativa del Tribunal, debe optarse por la opción que no agreda los derechos constitucionales del imputado, permitiendo su presencia en la Sala.

4.1.3. Incapacidad sobreviniente.

Una de las normas que confirma el derecho de presencia es el art. 77 C.P.P.⁷³, que ordena suspender el debate en caso de incapacidad mental sobreviniente del imputado. El juicio no se suspende por la ruptura del vínculo de autoridad del Tribunal con el imputado, que se mantiene al punto que puede llegar a ordenar su internación, sino por la incapacidad del imputado para ejercer su derechos de defensa, que no solamente puede ser psíquica sino también física, en atención a la norma del art. 365, inc. 5to, que también manda la suspensión del debate en caso de enfermedad que le impidiese continuar con su actuación en el juicio⁷⁴. Por ejemplo, en el caso de una grave afección cardíaca que pudiera traer aparejado un grave riesgo de vida en el caso de que comparezca al juicio. Es que, además de los derechos a la vida y a la integridad personal (arts. 4 y 5 C.A.D.H.), debe tenerse en cuenta que el principio de proporcionalidad consagra razonables excepciones a la obligatoriedad de las disposiciones legales en el caso concreto, convirtiendo en inadmisibles las medidas, aunque incluso sean legalmente inobjectables y su aplicación pueda considerarse jurídicamente correcta en otras circunstancias, si son inadecuadas para consecución del fin, si pueden ser empleados otros medios alternativos menos gravosos o si ocasionan –voluntariamente o involuntariamente– graves daños que no están en relación ponderada entre medio y fin de realización⁷⁵.

⁷¹ Conf. González-Cuellar Serrano, ob. Cit., p. 189 Y 196.

⁷² El capítulo legal trata las disposiciones generales de los actos procesales y específicamente establece respecto de las declaraciones en el art. 118 C.P.P.: “El que debe declarar en el proceso lo hará de viva voz y sin consultar notas o documentos, salvo que el tribunal lo autorice para ello, si así lo exigiere la naturaleza de los hechos. En primer término, el declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate, y después, si fuere necesario, se lo interrogará. Las preguntas que se formulen no serán capciosas ni sugestivas. En los casos de delitos dependientes de instancia privada, la víctima y/o sus representantes legales sólo prestarán declaración ante el juez, el agente fiscal y su abogado, debiendo evitarse los interrogatorios humillantes. Cuando se proceda por escrito, se consignarán las preguntas y las respuestas.

⁷³ Remarca Francisco J. D’Albora al comentar la norma citada que “...para el debate rige el art. 363... (“Código Procesal Penal de la Nación”, p. 165, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996).

4.1.4. Derechos de la víctima y del testigo

El art. 79 C.P.P.⁷⁶ establece entre otros, el derecho de las víctimas y los testigos a la protección de su integridad física y moral (inc. “c”), norma que es utilizada habitualmente para fundar la exclusión del imputado de la sala de audiencias mientras transcurren sus declaraciones. Vale la pena aclarar que esa norma no establece esa solución sino que solamente declara los derechos de tales personas, por lo que resulta harto difícil encontrar en esa norma una atribución del juez para limitar un derecho constitucional como es el derecho de presencia. Ninguna duda cabe que recrear los hechos sufridos por la víctima de un delito siempre generará aflicciones y sufrimientos morales para el damnificado, esté o no presente el imputado, siendo precisamente los estrados judiciales la vía usualmente elegida desde tiempos remotos para exponerlos públicamente, motivo por el cual y salvo que se demuestre lo contrario en el caso concreto, el medio postulado no luce idóneo por lo general para cumplir el fin pretendido. Eliminar uno de los dos derechos en conflicto en nada contribuye a conseguir el fin pretendido, no debiendo perderse de vista que la finalidad esencial de proceso es obtener un proceso justo, siendo uno de sus requisitos esenciales el derecho de presencia. Ello no implica descartar la posibilidad de que ocurra, pues de presentarse el caso de que la víctima por alguna razón suficientemente acreditada, no pueda declarar libremente, podría aceptarse la exclusión del imputado en la sala. Esa solución deberá ser equitativamente compensada con los medios técnicos necesarios para no desbalancear la igualdad de las partes en el proceso. Vidrios espejados o video filmación en vivo, entre otros lucen como los recursos del mundo actual para otorgar al imputado la posibilidad de ver y oír lo que ocurre en su proceso y mantener comunicación con su abogado y el Tribunal. Concorre en sentido convergente el principio de necesidad, pues existiendo medios técnicos como los indicados al servicio de la justicia, resulta ineludible una comparación de las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido, eligiendo finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos individuales⁷⁷.

4.1.5. Delitos dependientes de instancia privada

En esa clase de delitos, el Código Procesal Penal dispone en el art. 118⁷⁸ las personas que pueden asistir a la declaración de la víctima y/o sus representantes legales, excluyendo expresamente de la enumeración al imputado y a su abogado. Se plantean aquí dos problemas. El primero se refiere a la necesaria inadmisibilidad de

la incorporación de esa declaración en el debate por falta de posibilidades de control tanto por la ausencia de la defensa técnica como de la defensa material, representadas por el abogado defensor y su defendido respectivamente. Sin embargo, opinamos que ello no salva la evidente inconstitucionalidad de la norma por violación del derecho de defensa al juicio, no advirtiéndose las razones por las cuales se impide por lo menos al letrado presenciar y participar en la audiencia. La segunda cuestión apunta al derecho bajo análisis, respecto del cual no se advierte colisión alguna, ya que la doctrina y la práctica judicial han establecido que su aplicación se limita a la etapa instructoria, rigiendo en el debate la regla amplia de presencia y publicidad⁷⁹. No puede admitirse una interpretación diferente en atención a su propia redacción, en cuanto establece que en los delitos dependientes de instancia privada sólo pueden asistir a la declaración de la víctima el agente fiscal y el abogado de la damnificada, ya que de lo contrario se llegaría al absurdo de excluir no sólo al imputado sino también a su defensor técnico en el debate oral. En relación a las razones de pudor, cabe señalar que el legislador incluyó al delito de abuso deshonesto entre los delitos dependientes de instancia privada (art. 72, inc. 1º, C.P.) con el objeto de impedir el strepitus fori, riesgo que precisamente asume quien inicia este tipo de acción. Si bien la protección del pudor puede ser útil para sacrificar el principio de publicidad del juicio, establecido como uno de los principios básicos del proceso penal, no lo es para afectar tal gravemente el derecho de defensa en juicio del imputado. De sostenerse lo contrario y como las razones de pudor son inherentes a todo delito sexual, debería excluirse siempre al imputado de la sala de audiencias, y como en la mayoría de los casos, la prueba más importante pasa por la declaración de la damnificada, se convertiría a los juicios seguidos por esta clase de delitos en juicios en ausencia del acusado.

⁷⁹ Art. 250 bis: "Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogado en forma directa por dicho tribunal o las partes; b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriban; d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieron durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado".

⁸¹ Art. 250 ter: "Cuando se trate de víctima previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis".

4.1.6. Menores víctimas en lesiones y delitos sexuales

La reforma introducida por la ley 25.852 establece una nueva forma de proceder con respeto al interrogatorio de víctimas menores de edad. Así, los menores de 16 años damnificados por delitos de lesiones y contra la integridad sexual, no serán ya preguntados por las partes o el juez, cuyo interrogatorio directo se prohíbe expresamente, sino solamente por un psicólogo especialista, que posteriormente elevará sus conclusiones. De tal forma, ningún contacto existe entre ese testigo y el juez o las partes. La sentencia se basará en lo que el profesional transmita al respecto, sin que el tribunal haya visto u oído al menor. A título excepcional, ante el pedido de parte o si lo dispone de oficio el Tribunal, las alternativas del acto podrán ser seguidas por vidrio espejado, micrófono o cualquier otro medio técnico, obrando el psicólogo como intermediario de las inquietudes del juez o las partes. Se prohíbe además la presencia del imputado durante el reconocimiento de personas o cosas de parte del menor (art. 250 bis C.P.P.⁸⁰). En relación a los menores cuya edad oscile entre 16 y 18 años, previo informe médico legal que acredite la existencia de riesgo psicofísico en caso de comparecer ante los estrados, se deberá proceder del mismo modo que con los menores de 16 años (art. 250 ter C.P.P.⁸¹).

Resulta más que dudosa la compatibilidad de la norma en estudio con las garantías judiciales mínimas, ya que sustrae no solamente del control del imputado sino también de todas las partes e incluso del juez, las pruebas en base a las cuales puede dictarse una sentencia condenatoria. Es que no obstante los loables propósitos de protección de la minoridad que implica, debe necesariamente considerarse, tal como lo hiciera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los ya citados A.M. c. Italia, Kostovski c. Países Bajos, y Windisch c. Austria, que la falta de interrogatorio judicial y la carencia de oportunidades para el inculpado de observar el comportamiento de esta testigo bajo interrogatorio directo, y así, de examinar su confiabilidad, acarrear su rechazo a la luz de los convenios mencionados por el art. 75, inc. 22, antepenúltimo párrafo, C.N. Además, no parece superar el test de constitucionalidad el hecho de establecer como regla general la imposibilidad de presenciar la declaración testimonial para el imputado, las demás partes e incluso para el juez. Existiendo en la actualidad los medios técnicos adecuados para ello, tal como lo prevé la misma norma, no nos parece correcto que la presencia audiovisual se halle contemplada a título excepcional si lo pidiera la parte o lo ordenare el juez. Es una obligación del Estado Nacional, asumida al suscribir los pactos internacionales sobre derechos humanos, proveer las garantías judiciales mínimas -entre las cuales se encuentra el derecho de presenciar el juicio-,

las cuales se verían gravemente afectadas al legislarse como regla lo que debe ser una situación excepcional. Tampoco luce correcto y aparece como sumamente confusa la exclusión del imputado durante los actos de reconocimientos de personas o cosas. Si se intenta evitar todo contacto visual o auditivo del menor bastaba con los mismos medios técnicos previstos para la declaración testimonial, que deberían ser entendidos como aplicables. Asimismo, si la prohibición de la presencia es tan absoluta en pos de evitar todo contacto, cabría interpretar que por esa vía se prohíben los reconocimientos de víctimas respecto de imputados, dados los términos en que la norma está redactada, puesto que no puede “en ningún caso estar presente el imputado”. Es un evidente absurdo que demuestra la necesidad de una interpretación razonable de la norma a fin de conciliarla, en los casos que resulte posible, con el resto del ordenamiento jurídico. También indica la necesidad de que la práctica judicial convierta la excepción en regla para adecuarla a las normas constitucionales.

4.1.7. La etapa recursiva

García⁸² admite una mayor elasticidad del derecho a hallarse presente frente a los procedimientos de revisión de la sentencia del tribunal de juicio, porque en estos casos en los que generalmente se discuten puntos de derecho, la necesidad o la posibilidad del imputado de estar presente en las alegaciones tiene una intensidad menor que en las del juicio propiamente dicho. No se comparten totalmente esas argumentaciones. La razón de ser del derecho a estar presente no radica en el mayor o menor conocimiento jurídico del imputado porque para esos menesteres está la defensa técnica, es decir el abogado defensor que posee los conocimientos necesarios. Es por ello que aún en los debates o juicios en que la cuestión discutida es solamente de puro derecho el imputado conserva plenamente su derecho a estar presente. La limitación viene dada por el carácter predominantemente escrito de esa etapa del proceso penal. Como esa naturaleza de la etapa del proceso restringe razonablemente la presencia del imputado, debe compensarse equitativamente con una completa información de lo que ocurre por escrito mientras no está presente, máxime si se halla privado de su libertad, de modo tal que pueda ejercer los derechos que tuviere, como por ejemplo la

⁸² García, ob. Cit., p. 81.

⁸³ Se invoca en tal sentido el art. 146 C.P.P.: “Si las partes tuvieren defensor o mandatario, solamente a éstos se les efectuarán las notificaciones, salvo que la ley o la naturaleza del acto exijan que también aquellas sean notificadas”.

⁸⁴ Aunque lo mismo podría ocurrir con personas excarceladas, de acuerdo a la doctrina de “Scilingo” (Fallos: 320: 854).

⁸⁵ “Dubra, D.D.”, 21-9-04. Se citaron los antecedentes de Fallos: 311:2502 y 322:1343, voto del juez Petracchi.

⁸⁶ Conf. “Juicios Justos”, Manual de Amnistía Internacional, p. 113, ed. Amnistía Internacional, Madrid, España, 2000..

interposición de otro recurso. Y todo ello sin perjuicio del derecho a estar presente en las audiencias orales a las que hubiere lugar durante la tramitación del recurso, dado que la naturaleza de estos actos permite su presencia, razón por la cual rige la regla general.

La práctica judicial pone al descubierto la total prescindencia del imputado en esa parte del proceso penal, a tal punto que ni siquiera se le informa personalmente de audiencias ni de los rechazos de los recursos, cuando todavía tiene posibilidades de recursos posteriores (vgr. extraordinario federal o queja por su denegación), enterándose con posterioridad al practicarse el cómputo de pena por el tribunal de juicio, una vez vencido todo plazo. Suele invocarse por parte de algunos tribunales que basta la mera notificación al abogado defensor, no siendo necesaria la notificación al imputado dado que no lo exigiría la ley ni la naturaleza del acto⁸³. Tampoco se apoya esa postura, dado que es indudable que el cierre del procedimiento recursivo es de vital importancia para el imputado y obviamente para el proceso, que requiere ineludiblemente su notificación personal, no bastando de ninguna manera con la realizada al abogado defensor, especialmente si sufre prisión preventiva⁸⁴. En esa dirección y luego de posiciones encontradas, nuestra Corte Suprema tiene dicho que lo que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo en la interposición de la queja son dos puntos. Primero, la notificación personal al encausado de la decisión que acarrea la firmeza de la condena, dado que la posibilidad de obtener un nuevo pronunciamiento judicial a través de los recursos procesales constituye una facultad del imputado y no una potestad técnica del defensor. Y segundo, el eventual cumplimiento de los recaudos que garanticen el pleno cumplimiento del derecho de defensa⁸⁵.

⁸⁷ Tribunal Europeo, Botten v Norway, 19 de febrero de 1996, p. 22, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, fasc. 2. Decidió que se habían violado los derechos del acusado en una causa celebrada ante el Tribunal Supremo de Noruega, que había declarado culpable y condenado a un acusado, revocando la sentencia absolutoria de un tribunal inferior y examinando cuestiones de hecho y de derecho, sin hacer comparecer al acusado y sin que mediara razón especial que justificara esta medida. El Tribunal Europeo resolvió que la revocación de la sentencia absolutoria no podía haberse hecho de la forma debida sin evaluar el testimonio del acusado en persona. Declaró que el Tribunal Supremo tenía el deber de citar al acusado y tomarle declaración directamente, en persona. En el mismo sentido Kremzow c Austria, 21 de septiembre de 1993, p. 16. Ver 268-B (21.9.93). Ambos fallos están disponibles en <http://www.echr.coe.int/echr>

⁸⁸ Comité de Derechos Humanos, Henry c Jamaica, 1 de noviembre de 1991, Informe del CDH (A/47/40), 1992, p. 95. Decidió que no se había producido violación de este derecho cuando el acusado no estaba presente ante un tribunal de apelación de Jamaica pero sí lo estaba su abogado. En Jamaica, la apelación sólo decide cuestiones de derecho.

⁸⁹ Conf. Fallos: 318:514 y 327-4: 5095(2004).

⁹⁰ Conf. Langevin, Julián H., “Rebeldía y recurso extraordinario”, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N° 12, diciembre 2007, pág. 2341/2358, ed. Lexis Nexis. Sobre la necesidad de una defensa letrada real en los recursos ver del TEDH, Kulikowski v. Poland, 19-5-2009; Kemp et autres c. Luxembourg, 24-4-2008, Sialkowska v. Poland, 22-3-2007; Staroszczyk v. Poland, 22-3-2007; Zvolisky and Zvoliska v. The Czech Republic, 12-11-2002; Beles and Others v. The Czech Republic, 12-11-2002; R.D. v. Poland, 18-12-2001; y Kazimierz Rutkowski v. Poland, D. A., 19-10-2000.

Lo dicho no implica negar la importancia de las cuestiones discutidas mediante el respectivo recurso, pues resulta evidente que el derecho de hallarse presente durante los recursos depende tanto de su naturaleza⁸⁶ - debiendo considerarse en particular si el tribunal de apelación va a considerar tanto cuestiones de hecho como de derecho-, como de la forma en que se presentan y protegen los intereses del acusado. Si el tribunal de apelación tiene jurisdicción para decidir cuestiones de hecho y de derecho, un proceso justo requerirá por lo general la presencia del acusado. Así lo decidió el Tribunal Europeo en la causa *Botten c Noruega*⁸⁷. En cambio, cuando versa exclusivamente sobre cuestiones de derecho, el derecho a hallarse presente en la vista de la apelación puede satisfacerse si el abogado de elección del acusado se encuentra presente, de acuerdo con la opinión del Comité Europeo de Derechos Humanos⁸⁸. Por cierto que la mera presencia del abogado no basta cuando no se cubren las exigencias de un auténtico patrocinio letrado –defensa cierta y no meramente formal-, tal como lo exige el art. 18 C.N., ya que no puede imputarse al procesado la inoperancia de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente⁸⁹. Juega aquí el segundo aspecto de las exigencias, que atiende a la forma en que se protegen y presentan los derechos del imputado, en el cual debe comprobarse el acabado cumplimiento de la defensa en juicio⁹⁰.

VI. CONCLUSIONES

Como corolario de las ideas expuestas, puede concluirse que:

1. Existe un derecho constitucional del imputado a estar presente en el juicio oral durante todas las etapas del proceso, que puede ser renunciado por su titular.
2. En situaciones excepcionales, consideradas con arreglo a los principios de legalidad, proporcionalidad, idoneidad y necesidad, y sin afectar el derecho de defensa, aquel derecho puede ser restringido por el Tribunal sin llegar al extremo de realizar el juicio en ausencia del imputado.
3. Las restricciones deben ser equitativamente compensadas a través de los medios necesarios para garantizar plenamente el derecho de defensa y la igualdad de las partes en el proceso.

VII. BIBLIOGRAFIA

- Abalos, Raúl W., “Código Procesal Penal”, p. 662/663, ed. Jurídicas Cuyo, Chile, 1994.
- Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, P. 607, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1997
- Amnistía Internacional, “Juicios Justos”, Manual, p. 113, Madrid, España, 2000.
- Binder, Alberto M., ”Introducción al Derecho Procesal Penal”, p. 164, ed. Ad Hoc, Bs. As., 2004.
- Bovino, Alberto, “El fallo Suarez Rosero”, en “Nueva doctrina penal”, 1998-B, 631.
- Cafferata Nores, José I., “Proceso penal y derechos humanos”, p. 110, ed. Del Puerto, 2000.
- Cárdenas Gracia, Jaime, “La argumentación como derecho”, p. 142, ed. Universidad Autónoma de México, México, 2005
- Claria Olmedo, Jorge A., “Tratado de Derecho Procesal Penal”, t. I., p. 313, ed. Ediar, Bs. As., 1960.
- Claría Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”. t. III, p. 126, ed. Ediar, Córdoba, 1985.
- D'albora, Francisco J., “Código Procesal Penal”, p. 358, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1996.
- Faundez Ledesma, Héctor, “Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Central de Venezuela, p. 103, Caracas, 1992.
- Fierro, Guillermo J., “La ley penal y el derecho internacional”, ed. Tea, Bs.As.,1997.
- Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón”, p. 614, ed. Trotta, Madrid, España, 1999.
- García, Luis, “El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos”, en “Prudentia Iuris”, n° 50, agosto 1999, p. 75.
- Garibaldi, Gustavo E. L., “El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio”, ed. Ad Hoc, Bs. As., 2004.

-Gil Domínguez, Andrés, “Prueba compulsiva de sangre y derechos fundamentales”(nota a fallo), en LLBA 2004, p.1185, nota 7.

-González-Cuellar Serrano, Nicolás, “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, ed. Colex, Madrid, 1990.

-Jaén Vallejo, Manuel, “La prueba en el proceso penal”, p. 115, ed. Ad Hoc, Bs. As., 2000.

-Langevin, Julián H., “Rebeldía y recurso extraordinario”, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N° 12, diciembre 2007, pág. 2341/2358, ed. Lexis Nexis.

-Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal Argentino.”, t. I, vol. b, p.366/367, ed. Hammurabi, 1989.

-Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, t. I, ed. Del Puerto, Bs. As., 1999.

-Marí, Enrique, “La teoría de las ficciones”, ed. Eudeba, Bs. As., 2002.

-Mc Gurk, Brett H., “Prosecutorial comment on a defendant’s presence at trial: Will Griffin play in a sixth amendment arena?”, en University of West Los Angeles Law Review, 2000.

-Pinto, Mónica, “El principio pro homine” en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, ed. Del Puerto, Bs.As., 1997.

-Valdés, Fernando de, “Compilación de la instrucciones del Oficio de la Santa Inquisición hechas en Toledo, año de mil y quinientos y sesenta y uno”, Madrid, 1561.

-Valdivieso, Verónica, y Schiller, Joshua G., “Sixth amendment at trial”, en Georgetown Law Journal, Mayo 2001.

-Vélez Mariconde, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, t II, p. 212, ed. Lerner, Córdoba, 1986.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA Y EL ABOGADO DEFENSOR

por Ignacio F. Tedesco¹

“Negar la defensa, es un crimen;
darla, pero no libre, es tiránico”
Citado por F. CARRARA

I. PALABRAS INICIALES

A principios del siglo XVIII, Diego TORRES VILLAROEL acusaba a los “letrados” –especialmente médicos y abogados- de destruir las propiedades, el honor y las vidas con sus embustes, al explotar la credibilidad de la gente, que, según él, merecía más respeto³. Tiempo más tarde, a fines de ese siglo, el satírico LEÓN de ARROYAL escribía: “nuestros predicadores y nuestros abogados han descubierto el inestimable tesoro de ser letrados, sin cultivar las letras y vender caras las más insulsas arengas y pajosos informes”⁴. En tanto sostenía que, “los letrados cobraban demasiado por sus huecos servicios; peor aún, se convertían en instrumento del gobierno despótico así como en su piedra angular, porque ‘la fortísima falange de letrados... armados de sus plumas y cubiertos de sus eternos pelucones, todo lo vencen y todo lo atropellan’”⁵.

Más allá que estas palabras expresen un sentido negativo respecto de los abogados, no se puede dejar de destacar que, la particularidad del procedimiento penal reside en la obligatoriedad de la defensa técnica, entendida ésta como la asistencia jurídica que un jurista graduado brinda al imputado y su intervención, casi siempre autónoma, durante el procedimiento, procurando a favor del imputado⁶. Es que, en palabras de MAIER, el Derecho procesal penal, de alguna manera muy particular, no considera al imputado suficientemente capaz para resistir la persecución penal por sí solo, salvo casos excepcionales; esto es, admite que no posee la plena capacidad para estar o intervenir en el procedimiento penal por sí mismo, con excepción del caso en que se permite su autodefensa técnica. El defensor viene, así, a completar o complementar la capacidad del imputado para estar en un juicio penal⁷.

Esta es una de las razones por las cuales nuestro texto constitucional incorpora (a través del art. 8, n° 2, d de la Convención Americana de Derechos

Humanos), como una de las garantías judiciales de toda persona, “el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”⁸. Esta garantía ya se desprendía de una anterior disposición constitucional que la enmarcaba, el artículo 18, al decir “Es inviolable la defensa en juicio, de la persona, y de los derechos”.

Ahora bien, este derecho de defensa, en nuestro medio no es un derecho el cual el abogado, como representante de una persona acusada (o imputada) de un hecho pueda llevar adelante por sí mismo. Se sigue requiriendo, como históricamente siempre se hizo en todo procedimiento de características inquisitivas, no sólo la declaración del acusado, sino que sea él quien, en definitiva, lleve adelante su derecho de defensa. Esto es, tal como lo señala MAIER, este derecho bien puede expresarse como el derecho a ser oído⁹. Es por ello que si uno quiere ver cuál es el papel del abogado defensor como verdadero partícipe de la misión que le toca, esto es, llevar adelante el derecho de defensa, entonces se torna un deber analizar cuál es el papel que éste cumple respecto de la declaración de toda persona sentada frente a una imputación. Por ello, el objetivo de estas líneas será realizar algunas consideraciones respecto a esta consideración.

Más allá que en las próximas líneas desarrollaré esta cuestión, no puedo dejar de recordar unas palabras de un cuento de KAFKA: “en todas partes se necesita un abogado; hasta se podría decir que en un juzgado es menos necesario que en otros lados, ya que el tribunal dicta su sentencia de acuerdo a la ley, es de suponer. Si uno pensase que en tal recinto se cometen injusticias o se procede con ligereza, la vida se haría imposible; uno debe tener confianza en que los tribunales hacen lugar a la majestad de la ley, ya que ésta es su única misión”¹⁰.

*Las palabras que siguen se corresponde con una investigación que realizara con anterioridad: “El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor: Su lucha por la conquista del proceso penal”, Nueva Doctrina Penal, año 1999-A, Buenos Aires, Editores del Puerto; pp. 207/242.

¹ Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación, y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² En su formulación original: *Dénier la défense, serait un crime; la donner, mais non pas libre, c'est tyrannie*. En realidad la frase pertenece a AYRAULT, citada por Francesco CARRARA en Programa de Derecho Criminal. Parte General, Volumen II, Temis, Bogotá, 1996, p. 458.

³ ZAVALA, Iris M, Utopía y astrología en la literatura popular del setecientos: los almanaques de Torres Villaroel en Nueva Revista de Filología Hispánica, vol. 33, n° 1 (1984), p. 208. Citado en A.A.V.V.; Goya y el espíritu de la Ilustración, Museo del Prado, Madrid, 1989, p. 455.

⁴ LEÓN de ARROYABAL, Pan y toros, en Pan y toros y otros papeles sediciosos de fines del siglo XVII, De Antonio ELORZA, Madrid, 1971, p. 22. Citado en Goya... , op. cit., p. 455.

⁵ *Ibidem*.

⁶ MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal. Fundamentos, Tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª ed., p. 549.

II. EL DERECHO DE DEFENSA YA CONTAR CON UN ABOGADO DEFENSOR: DERECHO A HABLAR?

Más allá de que se consagrara, en los distintos sistemas de enjuiciamiento la máxima de que nadie puede ser obligado a declarar, como se apreciará seguidamente, ello lejos está de significar que la persona acusada pueda efectivamente ejercerla. Como veremos, en tanto éste se vea obligado a hablar lejos está de poder decirse que se consagra el derecho al silencio. En tanto, como es fácil de entender la libertad de declaración de una persona acusada está configurada por dos caras contrapuestas: por un lado, por el derecho que posee para “hablar”, el cual no es otro que el derecho a ser oído¹¹, fundamento del derecho de defensa; y por el otro, por su derecho para “callar”¹², garantía implícita en el resguardo que protege a cada persona contra toda obligación que implique, no importando de qué manera, su autoincriminación.

Esta idea de relacionar la obligación de hablar o no frente a la posibilidad de mantenerse en silencio, es una de las consecuencias que se desprenden de una tesis que se diera a conocer en Francia¹³. Su autora, Charlotte GIRARD, destaca –como una de las ideas centrales de su estudio– que la prohibición de contar con abogado defensor, establecida en el derecho positivo, originó la imposibilidad para el acusado de mantenerse callado, ya que ninguna persona había en su lugar que pudiera asegurar su defensa¹⁴. Esta significativa afirmación se la debe a dos extensas investigaciones realizadas por un profesor de Derecho e Historia Legal de la Universidad de Yale, John H. LANGBEIN¹⁵, quien terminó concluyendo que esta prohibición a contar con un abogado defensor, es la que permitió establecer un modelo de enjuiciamiento criminal en el que, en sus palabras, “el acusado debía hablar”¹⁶.

Una de las tesis centrales que guían los estudios de este profesor es que un verdadero sistema adversarial, que garantice estos principios, sólo pudo ser

⁷ *Ídem*, p. 551. En ambos casos, MAIER cita a VÉLEZ MARICONDE, Derecho procesal penal, t. II, Lerner, Buenos Aires, 1982, 3ª ed, pp. 379 y ss., y 391 y ss., respectivamente.

⁸ Por otra parte, en el art. 8 n° 2, e, la Convención señala que toda persona tiene el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

⁹ MAIER, J., op. Cit., p. 552.

¹⁰ KAFKA, Franz; Abogado. En todas es partes es necesario un abogado. Transcripto en No hay derecho, año III, n° 7, septiembre-noviembre 1992, p. 48.

¹¹ Por ejemplo, Ley Fundamental (Grundgesetz) de la República Federal de Alemania, art. 103, I. Citado por MAIER, op. cit., p. 552.

¹² Tal la denominación que brinda Francesco CARRARA: op. cit., ver nota 1 en p. 415.

constituido, entre otras razones, una vez que los abogados conquistaran el proceso penal y con él, el derecho de defensa. Acontecimiento que permitiera al acusado ejercer su derecho al silencio, y en consecuencia consagrar, definitivamente, en el sistema anglosajón, el privilegio contra la autoincriminación; avances que, conjuntamente con el establecimiento de las reglas de la evidencia y las que fijaron la relación entre el juez y el jurado, afianzaron el procedimiento adversarial característico en un sistema de enjuiciamiento acusatorio¹⁷.

Alfredo VÉLEZ MARICONDE explica que cuando el proceso era, en la antigüedad, de tipo acusatorio material (menciona los casos de Grecia y la Roma republicana), la defensa constituía un derecho indiscutible del imputado, el que conocía desde el primer momento la imputación que se le formulara en su contra y ocupaba el mismo plano jurídico del acusador; al comienzo actuaba personalmente, pero después se le permitió recurrir a un orador experto y hábil que lo asistía. Los *causidici*, *advocati* y *patroni* de la Roma republicana tuvieron la más amplia libertad para defender a sus clientes, hasta que el proceso imperial impuso las limitaciones propias del nuevo sistema: la escritura y el secreto de la instrucción. Desde entonces, la defensa resultó prácticamente ilusoria en la primera etapa del proceso, para recobrar vida plena en el juicio oral. Por su parte, entre los bárbaros, el imputado, además de comparecer a juicio con sus parientes y amigos, podía elegir un patrono o procurador. En el Fuero Juzgo, el acusado podía actuar personalmente o por intermedio de “mandaderos o personeros”¹⁸.

Más allá de estas autorizaciones, lo cierto es que el advenimiento de un sistema de enjuiciamiento que convirtió al imputado en un objeto de su procedimiento y no en un sujeto de éste, hizo natural que el derecho de defensa quedara prácticamente anulado: el defensor, si existía, no tenía acceso a las actuaciones¹⁹. Su actividad terminó convirtiéndose en una verdadera parodia de la defensa, pues ya todo estaba preparado en firme por el inquisidor²⁰.

¹³ GIRARD, Charlotte, *Culpabilité et silence en droit comparé*, L'Harmattan, París, 1997.

¹⁴ Idem, p. 45.

¹⁵ LANGBEIN, John H., “The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law”, *Michigan Law Review*, Vol. 92, N° 5, Marzo 1994, pp. 1047 y ss.; y “Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 50, invierno de 1983, pp. 1 y ss. Que luego conformaron los ejes centrales de su trabajo “The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries”, en HELMHOLZ, R. H. [et. al], op. cit., pp. 82-108; y que se constituyeron en ideas centrales de su libro *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, New York, 2003.

¹⁶ LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit., p. 1048. En su formulación original: the “accused speaks” theory.

¹⁷ LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit. Ver, asimismo, “Shaping...”, op. cit.

¹⁸ VÉLEZ MARICONDE, A., op. cit., pp. 373/374.

III. LA TEORÍA DEL “JUICIO EN QUE EL ACUSADO HABLA”

Según LANGBEIN, en el sistema criminal inglés, hacia mediados del siglo XVI, se encontraba afianzado un tipo de juicio “en que el acusado habla”. Su piedra fundamental subyacía en el principio por el cual una persona acusada de un crimen de cierta seriedad (*treason o felony*) tenía prohibido contar con un abogado defensor. Esta regla no comprendía a infracciones de carácter menor, como ser los *misdemeanors*, en atención a que éstos eran considerados más una ofensa civil que una penal²¹.

Las razones invocadas para el establecimiento de esta prohibición fueron varias. Por un lado, existía un dogma por el cual se consideraba a la corte como la defensora del prisionero²². Claro que esto únicamente tenía posibilidades de ocurrir en los casos de crímenes ordinarios, y no, en cambio, en aquellos de naturaleza política. En realidad, era tanto una tarea del juez del tribunal ayudar al acusado como hacer lo propio con el acusador. La asistencia que brindaban al acusado consistía sólo en cuestiones de derecho y no de hecho. La regla no significaba que los jueces ayudaran al acusado a formular su defensa²³, sólo se limitaba a la protección contra procedimientos ilegales o falsas acusaciones. Es que el criminal debía hablar en su propia defensa y responder a la evidencia del acusador tal como era presentada, y escuchada en su primera oportunidad. Si éste no podía hacerlo, nadie podría lograrlo por él²⁴.

Por el otro, prevalecía el argumento que evocaba la calidad de testigo privilegiado que presentaba el acusado²⁵: éste no necesitaba ningún defensor, ya que de ser inocente, él sería igual de efectivo que cualquier abogado; y, en caso de ser culpable, sólo al hablar por sí mismo sería posible revelar la verdad de lo acontecido, la cual, difícilmente sería descubierta en el caso en que una artificial defensa hablara por él²⁶. Corresponde aclarar que, para aquellos días, su testimonio no era prestado

¹⁹ Idem, pp. 374/375.

²⁰ CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 131.

²¹ LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit., p. 1048.

²² Éste decía: “La corte debe [...] ser el defensor del prisionero, mirar que nada contra él lo impulse contra la ley y el derecho”. En su formulación original: The court ought to be [...] of counsel for the prisoner, to see that nothing be urged against him contrary to law and right. Cfr. COKE, Edward, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* 29. Citado por LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit., p. 1050.

²³ GIRARD, C., op. cit., p. 50.

²⁴ BEATTIE, John M., “Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries”, *9 Law & History Review*, 1991, p. 223. Citado por LANGBEIN, J., *The Historical...*, op. cit., p. 1052.

²⁵ La expresión original utilizada es: The accused as a testimonial resource.

²⁶ Conforme las palabras de HAWKINS, William, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, London, 1721. Citado por LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit., p. 1053.

bajo juramento (el cual recién se permite con la sanción de la *Criminal Evidence Act* de 1898), simplemente debía hacer referencia a los méritos de la acusación²⁷.

Si bien con posterioridad se fue autorizando alguna participación en el proceso del abogado defensor –como más adelante veremos–, lo cierto es que, en el momento en que correspondía que se alegara respecto de la evidencia presentada por la parte acusadora en el debate, el defensor, en el caso en que el acusado solicitara su intervención, se encontraba obligado a decir: “Yo no puedo hablar sobre eso por usted, es usted el que debe hacerlo por sí mismo”²⁸. La razón de ello obedecía a que tenía prohibido aún dirigirse al jurado²⁹. En definitiva, en el juicio, era el acusado el que debía hablar³⁰.

Si en el juicio éstas eran las características que se presentaban, en el procedimiento previo, las palabras del acusado tenían mayor relevancia aún. No existía la idea de advertirle que no necesitaba responder o alertarlo que lo que declarara podría ser usado en su contra. El juez de paz que realizaba el interrogatorio era, generalmente, citado en el juicio como el principal testigo de la acusación. En caso de que éste no estuviera presente, los registros de la declaración prestada por el acusado eran, igualmente, la principal evidencia en su contra³¹.

Francia, por su lado, tampoco fue ajena a este modelo de proceso. La restricción del derecho del acusado a la asistencia de un defensor se estableció con las Ordenanzas de marzo de 1498 y agosto de 1539 al imponerse un proceso secreto³². Principio que se amplió con la Ordenanza Criminal de 1670, la que privaba al acusado del defensor, inclusive luego de la confrontación. Salvo en los casos de las infracciones leves o en los crímenes no considerados capitales, en los que, luego del interrogatorio, el ministerio a cargo del abogado podía ser autorizado discrecionalmente por el juez³³.

Una vez más el acusado debía hablar. Esto es lo que se desprendía de lo establecido por los artículos 162 de la ordenanza de agosto de 1539 y del artículo 8 del título XIV de la ordenanza de 1670, las que señalaban que “los acusados debían responder por su propia boca y sin el consejo o ministerio de persona alguna”³⁴.

Las razones, en este caso, se centraban una vez más en la consideración de que la vocación de un defensor estaba en procurar por todas las vías la impunidad del acusado, contenida en un fundamento malsano que la conciencia reprueba. Esto es, en la implantación del reino de la represión y del secreto³⁵. Así es que el tormento era utilizado ordinariamente para el descubrimiento de la verdad en las causas criminales, de manera que el interrogatorio era el medio de averiguación de los hechos de real significación.

IV. EL *COMMON LAW*: LOS ABOGADOS HACIA LA “CAPTURA” DEL PROCESO PENAL

Con el nombre de “teoría del juicio en el que se controla la acusación”, LANGBEIN denominó al nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, contrapuesto al anterior, que se delineó gracias a un progresivo reconocimiento de la figura del defensor. Su característica principal consistió en haberle permitido controlar el proceso penal. Este protagonismo dio lugar a la posibilidad del acusado de mantenerse en silencio y, por consiguiente, de no confesar de manera forzada³⁷. Como ya enunciáramos, fue la captura del proceso penal por parte de los abogados, tanto de la defensa como de la acusación, la que le permitió al acusado declinar ser testigo en contra de sí mismo³⁸. Y, en consecuencia, que se afianzara un procedimiento adversarial.

No sólo ha sido ésta una de las razones, dentro de la práctica procesal, de la consagración del privilegio contra la autoincriminación; si no que, por otra parte, es la que permite entender la relación directamente proporcional existente entre el derecho a callar (producto de este resguardo) y el derecho a hablar (propio del derecho a ser oído). El respeto de ambos derechos es igualmente necesario, en toda declaración de un imputado, para que las palabras por él expresadas puedan ser consideradas como brindadas bajo libertad.

³⁴ En su formulación original: les accusés devaient répondre par leur bouche et sans le conseil o le ministère d’aucunes personnes. Cf. HÉLIE, F., op. cit., Vol. I, p. 406 y Vol. VII, p. 385.

³⁵ GIRARD, C., op. cit., pp. 51-52.

³⁶ En su formulación originaria: “testing the prosecution” theory. Ver, LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit., p. 1048.

²⁷ LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit., ver nota ° 30 en p. 1053.

²⁸ En su formulación original: I can’t speak that for you, you must speak for yourself. Para un desarrollo más completo sobre este punto, ver LANGBEIN, J., “Shaping...”, op. cit., p. 130. En la nota 516 de dicho artículo se relata los testimonios recogidos en un antiguo proceso criminal a partir de las anotaciones realizadas por un juez de una corte, RYDER, en donde el acusado, luego de presentada la evidencia por parte del acusador, señala: “Voy a dejarla en manos de mi defensor”. Ante esa circunstancia, RYDER le señaló: “Su defensor no puede realizar su entera defensa, y si usted tiene algo que decir ante los hechos, dé cuenta de ello ahora”.

²⁹ STEPHEN, Sir James Fitzjames, A History of the Criminal Law of England, MacMillan, London, 1833, Vol. I, p. 424.

³⁰ Ver asimismo en LANGBEIN, John H., “The Criminal Trial Before the Lawyers”, The University of Chicago Law Review, Vol. 45 n° 2, invierno de 1978, p. 283, en donde se destaca como el resultado de este modelo de enjuiciamiento no provoca otra consecuencia más que recortar toda posibilidad en distinguir el rol del acusado como abogado defensor o como testigo.

³¹ Según lo expresado por MORGAN, E. M., “The Privilege Against Self-Incrimination”, Minnesota Law Review, vol. 34 (1949), p. 14. Citado por LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit., p. 1061.

³² VÉLEZ MARICONDE, A., op. cit., pp. 375.

³³ Según lo establecía el artículo IX del título XIV de la Ordenanza Criminal de 1670. Cf. GIRARD, C., op. cit., p. 48.

Claro que el camino hacia esta “captura”, una vez más, no tuvo idéntico alcance en Inglaterra que en Francia. Seguramente, esto se debió a que en Inglaterra no se llegó a adoptar en la época medieval, ni luego en la moderna, un sistema de enjuiciamiento inquisitivo, por lo que no tuvo que preocuparse en deshacerlo. Simplemente se operó una modificación en el procedimiento al adjuntar estos nuevos actores que devinieron característicos de un sistema acusatorio: los abogados. En cambio, en el continente, las luchas estuvieron teñidas por las reformas que permitieran lograr un mayor debilitamiento o flexibilidad del carácter inquisitivo profundo del procedimiento, lo cual impidió que dicha “captura” pudiese llegar igual de lejos³⁹. Veamos.

En el sistema anglosajón, el primer paso hacia el reconocimiento del defensor tuvo ocasión con la sanción de la Treason Act de 1696⁴⁰. En su preámbulo se anunciaba que las personas acusadas de traición debían verse permitidas de medios justos e igualitarios en la defensa de sus inocencias. Esta ley brindó un conjunto de reformas con el fin de eliminar la mayor parte de las desventajas del procedimiento presidido en la teoría en el que el “acusado debía hablar”. De esta manera, le permitió recibir una copia del acta de acusación al menos cinco días antes del proceso, al igual que le garantizaba el derecho de recibir el consejo de un defensor a propósito de esa imputación. En definitiva, resguardó el pleno ejercicio del derecho de defensa, al permitirle además al abogado defensor no sólo preguntar y contrapreguntar a los testigos, sino también dirigirse al jurado y alegar respecto del caso de su defendido. Asimismo, el acusado logró el derecho tanto de hacer escuchar a sus testigos, como de que éstos declararan bajo juramento, además de que estuviesen obligados a comparecer⁴¹.

Claro que este tipo de delito era bastante infrecuente. Recién hacia 1730 el abogado defensor ingresó a las cortes criminales ordinarias, ya no como el resultado de un cambio legislativo, sino como un ejercicio discrecional de los jueces⁴². No obstante, no se puede dejar de mencionar que ese ingreso se dio de una manera incipiente y paulatina. Es que, en la mayoría de los casos, tal como lo señala STEPHEN, el prisionero

³⁷ GIRARD, C., op. cit., p. 67.

³⁸ Tal como expresamente lo declara LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit., p. 1048.

³⁹ En un sentido coincidente, GIRARD, C., op. cit., p. 67.

⁴⁰ Es que, desde fines de los años 1670 a la Revolución de 1689, personas inocentes (procedentes de clases políticamente importantes) fueron condenadas y sufrieron la muerte por su falta de capacidad en defenderse efectivamente contra acusaciones infundadas. Tal es una de las razones que enuncia LANGBEIN para explicar la sanción de esta ley. Ver LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit., p. 1067.

⁴¹ LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit., p. 1067.

⁴² Idem, p. 1068.

debía hablar por sí mismo. Todavía no estaba habilitado a que su abogado dijera por él que su “boca estaba cerrada”. Sólo en algunos casos se permitía, por ejemplo, que el defensor examinara a los testigos⁴³. Esta lenta generalización⁴⁴ continuó hasta que en 1836 se amplió definitivamente al consagrarse el derecho de defensa también para los delitos comunes⁴⁵.

Esta conquista llevó a una reconstrucción del proceso penal: por un lado, la presencia del abogado defensor produjo inevitables modificaciones ligadas a su propia ambición, como por ejemplo, generar la duda sobre los cargos de la acusación, lo que obligó a ésta, cada vez más, no sólo a profesionalizarse⁴⁶, sino también a proveerse de los elementos que sustentaran sus afirmaciones; mientras que, por el otro, envalentonó a los abogados a hacer callar a sus clientes y a insistir que la acusación debía fundarse sobre otros elementos de prueba que el silencio del acusado. Esta transformación, según advierte LANGBEIN, está estrechamente relacionada con el principio de inocencia que se formulara hacia el siglo XVIII⁴⁷.

En consecuencia, la aparición del abogado de manera efectiva terminó por hacer callar al imputado en virtud de la propia lógica de un sistema adversarial. Así, el abogado defensor pudo darle cabida a la máxima propia del privilegio contra la autoincriminación y hacerla, en consecuencia, posible. Es en este logro en donde se puede encontrar una de las explicaciones de por qué, en los Estados Unidos, el 16 de marzo de 1878, y en Inglaterra, en 1898 (a través de la sanción de la Criminal Evidence Act), se permitió al acusado ser testigo en su propia causa, a la par de establecerse la regla por la cual la omisión de este derecho no podía crear ninguna presunción en su contra⁴⁸. En función de ello, el acusado no sólo hablaría únicamente bajo el consejo de su defensor, sino además, este último pasó a ser el encargado de llevar adelante la crítica respecto de la evidencia traída por el acusador. En síntesis, se separó por un lado las palabras del acusado, y por el otro, el alegato sobre el mérito de la acusación; esto es, el testimonio de lo que conoce, de la defensa material sobre el conjunto de los elementos en su contra.

⁴³ STEPHEN, J., op. cit., pp. 424 y 440.

⁴⁴ Un estudio citado por LANGBEIN, muestra que en la corte de Old Bailey hacia 1770 sólo en el 2,1% de los casos los acusados se encontraban asistidos por el abogado defensor, incrementándose al 20,2% para 1786, para luego elevarse al 36,6% para 1795. LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit., nota 96 en p. 1068.

⁴⁵ GIRARD, C., op. cit., p. 45. Ver asimismo en LANGBEIN, J., “The Criminal Trial...”, pp. 312/313.

⁴⁶ En definitiva, a que los abogados capturaran también la otra parte del conflicto penal.

⁴⁷ LANGBEIN, J., “The Historical...”, op. cit., pp. 1068-71.

⁴⁸ O'REILLY, G., op. cit., nota 96 en p. 419.

⁴⁹ CLEARY, E., op. cit., p. 315.

Es en función de ello que, finalmente, en el ámbito anglosajón el resguardo a no ser compelido a declarar, implica no sólo la prohibición de que la persona acusada sea testigo en su propia causa, sino que no pueda ser convocado a declarar. El derecho del acusado es el de negarse tanto a brindar respuestas incriminatorias a requerimientos a los cuales se halla expuesto, como también a ser libre frente a todo tipo de requerimiento. La sola circunstancia de ocupar el estrado es algo a lo que hay derecho a resistirse. La idea está expresada en un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1893, en el que se acota el sentido intimidante y embarazoso que, aun para quien sea totalmente inocente, puede tener el solo hecho de ser puesto en el banquillo del testigo⁵⁰.

V. EL SISTEMA CONTINENTAL: EL ABOGADO COMO LEGITIMADOR DEL PROCESO PENAL

En Francia, en cambio, las consecuencias que tuvieron lugar en esta lucha de los abogados por la conquista del proceso penal fueron bastante distintas a las que se dieron en el sistema anglosajón. No sólo en razón de que el intento revolucionario de consagrar un sistema netamente acusatorio, a la manera de como existió en Grecia o en Roma o en su contemporáneo derecho inglés, sufrió diferentes reacciones, las que impidieron su establecimiento definitivo; sino también en razón del carácter inquisitivo mucho más acentuado que en el continente tenía el sistema de enjuiciamiento.

A pesar de ello, lo cierto es que uno de los principales esfuerzos de aquel intento tuvo por objetivo la reivindicación de los derechos de la defensa. Éste es el sentido en el que se expresa la exposición de motivos del decreto del 8 y 9 de octubre de 1789, dirigido al “comité para la reforma de la jurisprudencia criminal”, al decir: “Uno de los principales derechos del hombre, una vez que ha sido sometido a prueba de una persecución criminal, es gozar con amplitud la libertad y seguridad para su defensa”⁵¹. No obstante, este principio tardó más de un siglo para alcanzar, de alguna manera, dicha meta.

En ese camino, si bien se prohibió el juramento en toda declaración⁵², no se abandonó, como una de las principales prácticas, el interrogatorio. Y, en tanto no se

⁵⁰ En “Wilson v. United States”, 149 U.S. 60, 66 (1893), citado por CHIESA APONTE, Ernesto L., Derecho procesal penal de los Estados Unidos y de Puerto Rico, Bogotá, Forum, 1995, p. 119. citados, a su vez, por HENDLER, E., Derecho penal..., op. cit., p. 177. En sentido coincidente, “United States v. Houting Foundation of America, Inc.”, 176, F.2d. 665 (3d. Cir. 1949); citados en CLEARY, E., op. cit., nota 2 en p. 315.

⁵¹ GIRARD, C., op. cit., p. 81

consagró efectivamente la participación del defensor en éste, se mantuvo plenamente vigente un modelo de enjuiciamiento en que el imputado no encontraba otra alternativa más que la de hablar.

Fue recién en 1897, con la sanción de la ley de reformas conocida como “ley Constans” que se consagró el derecho a contar con abogado defensor desde el interrogatorio inicial. También fue recién entonces que se estableció el derecho de abstenerse de declarar que debía ser advertido y cuyo ejercicio no acarrea consecuencias⁵³.

En los debates que precedieron la sanción de esta ley, HELIÉ (quien presidía la comisión extraparlamentaria encargada de la reforma) aconsejaba que debía establecerse “el principio de la defensa del inculcado durante la instrucción preparatoria, y el de la presencia del defensor, no solamente en la prisión al costado del imputado para aconsejarlo, en procura de ayudar en su defensa, sino que también en el despacho del juez de instrucción, en donde debe organizarse un debate contradictorio entre el ministerio público, y los abogados del inculcado y los de la parte civil”⁵⁴.

No obstante que esta proposición no fue la que finalmente se sancionó, en la ley del 8 de diciembre de 1897 se establece que “desde la primera comparecencia del imputado, el magistrado [...] debe hacerle conocer los hechos que se le imputan y recibirle declaración luego de advertirle que es libre de no prestarla”⁵⁵. Para luego señalar que “el inculcado detenido o libre no puede ser interrogado o confrontado, a menos que él renuncie libremente a la presencia de su defensor”⁵⁶.

Claro que estos principios terminaron por ser contradictorios al ser interpretados en el sentido de que “el abogado no tiene por misión luchar con el juez, ni discutir con él, sólo controlar los actos de instrucción, y asegurar con su presencia la libertad del inculcado, animándolo a responder las preguntas que le sean realizadas, al sacarle todo temor de una falsa interpretación o de una traducción defectuosa”⁵⁷. Es por esta razón que se disponía que “el defensor no podía tomar la palabra luego que lo hiciera su defendido sino una vez que fuera autorizado por el magistrado”⁵⁸.

⁵² En los Estados Generales que tuvieron lugar en 1788, se propugnan –entre otros– la abolición del juramento de los acusados, y la abolición total y definitiva de la tortura.

⁵³ CHAMPCOMMUNAL, Giuseppe, “La riforma dell’istruttoria in Francia”, Rivista Penale, vol. XLVIII, 1898, pp. 5-19.

⁵⁴ Claro que esta no fue la única propuesta. Un segundo proyecto admitía la presencia del abogado del inculcado sólo luego del último interrogatorio; mientras que, en un tercero, el defensor se encontraba excluido del despacho del juez de instrucción. Cf. GIRARD, C., op. cit., p. 88.

⁵⁵ Cf. artículo 3º de la mencionada ley. Citado por GIRARD, C., op. cit., p. 92.

⁵⁶ Cf. artículo 9º. Citado por GIRARD, C., op. cit., p. 92.

De esta manera, mínimas son las diferencias respecto de lo que estableció, tal como ya se mencionara, las ordenanzas de 1539 y 1670 cuando señalaban que “los acusados deben responder por su propia boca”. Entre otras consecuencias, su testimonio, en caso de prestarlo, no sólo deja de ser plenamente libre al ser impulsado a hablar, sino que su declaración sobre la verdad de los hechos que conoce termina confundiendo con el alegato propio de toda respuesta a una formulación de cargos.

En síntesis, por más que se consagra el derecho de defensa con la expresa mención de que el acusado puede callar, precisamente, de mantenerse en silencio, nadie podrá venir por él a responder la imputación que le están formulando. Se introdujo la figura del defensor, mas las consecuencias de dicho ingreso fueron distintas que las que se dieran en el sistema anglosajón: en vez de avanzar hacia un verdadero sistema adversarial que, entre otras características, hiciera posible la libertad en la declaración del imputado, se legitimó una estructura inquisitiva de la averiguación de la verdad. La cuestión, como se podrá observar, no reside en reconocer al defensor, sino en que éste pueda conquistar el verdadero papel que le corresponde en el proceso penal: ser una de sus partes.

VI. UNAS ÚLTIMAS PALABRAS

Cuando inicié estas consideraciones, no pude dejar de comenzar con una cita de un cuento de Kafka. Quisiera, por último, cerrar estas líneas con las palabras con las que continúa ese cuento: “Pero otra cosa muy distinta es el hecho mismo de un juicio; éste se fundamenta en averiguaciones aquí y acullá, entre parientes y extraños, en familia y en público, en ciudades y en pueblos, en suma: por doquier. En este caso es de suma necesidad tener un abogado, cualquier cantidad de abogados, los mejores abogados, uno muy junto al otro, una muralla viviente, ya que, por naturaleza, los abogados se mueren pesadamente, pero, en cambio, los acusadores, esos zorros sumamente astutos, esos ágiles hurones, esos ratoncillos invisibles, se cuelan por los más pequeños agujeros, se divisan por entre las piernas de los abogados. Por consiguiente: ¡Atención! Por eso precisamente estoy yo aquí: ando juntando abogados; pero todavía no he encontrado ninguno”⁵⁷.

⁵⁷ Extraído de la exposición de los motivos de la ley. Cf. GIRARD, C., op. cit., p. 93.

⁵⁸ Cf. artículo 9º, párrafo 3º. Citado por GIRARD, C., op. cit., p. 93.

⁵⁹ KAFKA, op. cit., p. 48

ANÁLISE ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL PENAL EM MATÉRIA DE DEFESA PELA VIA DO AUXÍLIO DIRETO: O MITO DE JANUS E O FUTURO DA COOPERAÇÃO PENAL

Viviane Ceolin Dallasta¹

Resumo: o presente estudo intenta elidir visão reducionista da cooperação jurídica internacional, no sentido de que não se olvide que no outro lado da missão punitiva do Estado encontra-se uma pessoa, com inúmeras garantias e direitos historicamente assegurados. Em face dessa premissa, intenta-se analisar os regramentos nacionais e internacionais que devem ser levados em consideração pelos Estados que se intitulam democráticos e, sobretudo, de direito, a fim de assegurar uma persecução penal equânime, sob a ótica dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do inafastável princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o presente trabalho tem por escopo principal a análise da possibilidade de se utilizar a modalidade auxílio direto na cooperação internacional penal para a produção de prova em prol da defesa.

Palavras-chave: cooperação jurídica internacional em matéria penal – auxílio direto – prova – defesa – defensoria pública.

I. INTRODUÇÃO

A criminalidade transnacional tem se expandido a diversos tipos delitivos e tem atingido todas as classes sociais, sem qualquer preconceito.

Pode-se dizer que os crimes transnacionais se alastram com uma velocidade que desafia os órgãos investigativos e sancionatórios dos países, o que

¹ Defensora Pública Federal em São Paulo. Mestranda em Direitos Humanos pela USP

faz com que modalidades de cooperação jurídica internacional mais céleres, como o auxílio direto v.g, ganhem destaque perante os demais mecanismos tradicionais de cooperação jurídica internacional.

A par desse contexto, o presente estudo intenta elidir visão reducionista da cooperação jurídica internacional, no sentido de que não se olvide que no outro lado da “missão punitiva” do Estado encontra-se uma pessoa, com inúmeras garantias e direitos historicamente assegurados.

Em face dessa premissa, intenta-se analisar os regramentos nacionais e internacionais que devem ser levados em consideração pelos Estados que se intitulam democráticos e, sobretudo, de direito, a fim de assegurar uma persecução penal equânime, sob a ótica dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do inafastável princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, se é certo que o propalado aumento significativo nos índices da reconhecida criminalidade transnacional tem ensejado acordos de cooperação internacional em matéria criminal com fins repressivos e sob a retórica de proteção de bens jurídicos de caráter universal, certo é também que se faz imperativo reconhecer às pessoas humanas processadas a dignidade que lhes é inerente, estabelecendo-se, em nível internacional, a equidade de tratamento entre acusação e defesa.

Nesse contexto, exsurge a importância prática de se averiguar a possibilidade de cooperação jurídica internacional penal em matéria de defesa.

Nesse norte, o presente trabalho tem por escopo principal a análise da possibilidade de se utilizar a modalidade auxílio direto na cooperação internacional penal para a produção de prova em prol da defesa.

Dito isso, em um primeiro momento, será explanado em que consiste a figura da cooperação jurídica internacional pela via do auxílio direto e seus consectários.

Na sequência, far-se-á uma breve análise das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil que tangem à temática da cooperação jurídica internacional penal, assim como verificar-se-á o âmbito de aplicação e as restrições fixadas nos tratados bilaterais de assistência com os Estados Unidos, Cuba, China, Itália, França, Colômbia e Portugal, a fim de se averiguar a existência de previsão expressa que contrarie a possibilidade de produção de prova em matéria de defesa.

Em seguida, analisar-se-á os princípios norteadores da persecução penal

que além de autorizarem a possibilidade de produção de prova pela defesa na via auxílio direto, tornam imperativa a sua aceitação, sob a ótica garantista.

Estabelecidas as premissas iniciais, pretende-se situar a atuação da Defensoria Pública da União na temática da cooperação internacional penal, observado que, na maioria dos casos de apreensão de drogas em rota internacional de tráfico, a instituição afigura-se instada a atuar em favor das pessoas presas em flagrante, estrangeiros em sua maioria.

Com a divulgação do Relatório Mundial sobre Drogas da ONU, elaborado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), divulgado no mês de junho², em que o Brasil consta como principal rota do tráfico de cocaína para a Europa, a situação das prisões das chamadas “mulas do tráfico”, nos aeroportos internacionais brasileiros, tende a se agravar.

Nesse contexto, a problemática da produção de prova pela defesa ganha elemento novo, quando a Defensoria Pública da União assiste a parte ré, observada a presença do fator insuficiência de recursos financeiros do pólo passivo.

Por fim, efetuar-se-á proposta de solução da questão, levando em consideração as atribuições constitucionais da Defensoria Pública da União, bem como as suas iniciativas de atuação na seara do acesso internacional à justiça.

II. MODALIDADE DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL PENAL: O AUXÍLIO DIREITO

A cooperação jurídica internacional não se apresenta uma novidade no cenário mundial. Há registros históricos bastante antigos sobre uma de suas principais espécies, a extradição, que remontam ao século XIV antes de Cristo³.

Nas últimas décadas, entretanto, o estudo da entreatada penal vem

² Conforme notícia veiculada no Jornal “O Estado de São Paulo”, em 23 de junho de 2011, o Brasil foi considerado em 2009, entre os países das Américas, a principal rota de passagem da cocaína apreendida na Europa. O número de casos de apreensões que envolveram o Brasil como país de trânsito de cocaína subiu de 25 em 2005 (somando 339 quilos) para 260 em 2009, somando 1,5 toneladas. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,brasil-e-principal-rota-de-passagem-da-cocaina-rumo-a-europa-diz-relatorio,736168,0.htm>>. Acesso em 30 de junho de 2011.

ganhando adeptos, em função da maior preocupação dos Estados soberanos com a perseguição criminal transnacional, consequência da melhoria e do avanço da tecnologia dos meios de transporte e de comunicação.

A cooperação denominada horizontal, a qual se afigura o objeto do presente trabalho⁴, ocorre entre Estados soberanos, com base em consenso, ou seja, nenhum Estado está obrigado a cooperar com seus congêneres.

Nádia de Araújo define a cooperação jurídica internacional como o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado⁵.

Ocorre que tal conceituação apresenta-se por demais restritiva, pois desconsidera a cooperação entre autoridades administrativas, a qual também se qualifica como jurídica, como traz Raúl Cervini:

o conjunto de atividades processuais (cuja projeção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e de diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem (funcional e necessariamente) em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma natureza (penal), dentro de um estrito marco de garantias, conforme o diverso grau e projeção intrínseca do auxílio requerido⁶

Ainda, tratando do conceito de cooperação jurídica internacional, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva justifica a adoção do termo cooperação jurídica internacional uma vez que a “efetividade da jurisdição, nacional ou estrangeira, pode depender do intercâmbio não apenas entre órgãos judiciais, mas também entre órgãos administrativos, ou ainda, entre órgãos judiciais e administrativos, de Estados distintos.”⁷

³ Como traz André Carneiro Leão, “a depender do que se entenda por extradição, pode-se reconhecer a origem remotíssima ou ao menos vestígios do instituto na Antiguidade ou apenas recentemente a partir da formação dos Estados modernos. Os que compreendem a extradição como ato de entrega por um governo soberano a outro de uma pessoa acusada do cometimento de um ato ilícito, independentemente da natureza política ou não desse ato e da nacionalidade do indivíduo trasladado, identificam o primeiro registro histórico da extradição em um tratado de paz, datado aproximadamente do século XIV a.C. (para Celso Mello, mais precisamente, em 1291 a.C.), celebrado pelo faraó egípcio Ramses II e pelo rei dos hititas Hattiserli”. (LEÃO, André Carneiro. A Extradição no Brasil: Uma Releitura a Partir das Garantias do Devido Processo Transnacional. Monografia de Pós-Graduação. Recife, 2011).

⁴ Existe também a cooperação internacional denominada vertical, a qual ocorre entre os Estados e Tribunais Internacionais Penais, que, diversamente da cooperação horizontal, é obrigatória e não se constitui em objeto do presente estudo.

⁵ ARAUJO, Nadia. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: MANUAL DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS. Cooperação em Matéria Penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008, p. 32.

Nesse sentido, Mueller⁸ define a cooperação jurídica internacional como:

International judicial assistance, also referred to as international judicial cooperation, is defined as “...aid rendered by one nation to another in support of judicial or quasi-judicial proceedings in the recipient country’s tribunals.”

Desse modo, a cooperação jurídica internacional penal pode ser entendida como a necessidade de interdependência entre os Estados, no intuito de solucionar controvérsias, em especial crimes, nos seus respectivos espaços soberanos, sem a qual a conclusão da questão tornar-se-ia extremamente custosa, quando não inviável⁹. “Por essa razão, se num procedimento judicial forem necessárias providências e diligências de fora do território nacional, as autoridades judiciárias dependerão da cooperação das autoridades estrangeiras”¹⁰.

A Constituição brasileira reconheceu essa realidade, tanto que converteu a cooperação interestatal em uma obrigação internacional. A Carta de 1988 consagrou entre os princípios reitores da República “a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, diretriz na qual se insere o auxílio mútuo em matéria penal.

Antes de adentrar no estudo da modalidade auxílio direto propriamente dita, compete mencionar os mecanismos tradicionais de cooperação jurídica internacional, quais sejam, a carta rogatória, a homologação de sentença estrangeira, a extradição e a transferência de presos.

Feitas as devidas considerações preliminares, importa referir que o auxílio direto constitui-se na modalidade mais recente, a qual emergiu em face do incremento dos índices de migração, do aumento do comércio global, do avanço tecnológico dos meios de comunicação e de locomoção e, em especial, da disseminação dos crimes em nível internacional.

⁶ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do MERCOSUL. São Paulo: RT, 2000. p. 51.

⁷ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. Cooperação Jurídica Internacional e Auxílio Direto in BARROSO, Luis Roberto e TIBURCIO, Carmen (orgs.). O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, pp.797-809.

⁸ MUELLER, Gerhard O.W. “International Judicial Assistance in Criminal Matters” in MUELLER, Gerhard & WISE, Edward (eds). International Criminal Law. New Jersey: Rothman Ed., 1965. p. 414.

⁹ “A interdependência confrontou os Estados com problemas que eles não conseguiriam resolver sozinhos, ou resolveriam melhor pela cooperação – o Estado não poderia mais ser visto como o instrumento único de regulação da vida internacional, já que, no contexto de uma ordem global altamente interconectada, haveria uma série de políticas públicas que não poderiam ser implementadas sem a cooperação com outros Estados, e várias das funções públicas tradicionais dos Estados não poderiam ser cumpridas sem se recorrer a formas internacionais de colaboração”, conforme KLEFFENS, E. N. Van. Sovereignty in International Law: Five Lectures. RCADI, t. 1, 1953. p. 108.

¹⁰ REICHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado, teoria e prática. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 229.

Conforme definição de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva¹¹:

O auxílio direto, no direito brasileiro, é o procedimento destinado ao intercâmbio entre órgãos judiciais e administrativos de estados diversos, independentemente de carta rogatória ou homologação de sentença estrangeira, sempre que reclamar de autoridades nacionais atos em conteúdo jurisdicional.

Desse modo, o auxílio direto pode ser definido como a cooperação realizada entre autoridades centrais dos Estados-parte de convenções internacionais que preveem esse mecanismo de assistência mútua, ou ainda de acordos bilaterais que tratam especificamente do tema¹², alguns dos quais em que o Brasil figura como parte serão analisados no capítulo seguinte.

Importante referir que a modalidade de cooperação correspondente ao auxílio direto não se particulariza somente pelo fato de que o seu processamento apresenta-se gerenciado pelas autoridades centrais. O que o singulariza, na verdade, consiste no fato de que o Estado estrangeiro não se apresenta na condição de juiz, mas de administrador, porquanto não encaminha um pedido judicial de assistência, mas sim uma solicitação para que a autoridade de outro Estado tome as providências e as medidas requeridas no âmbito nacional¹³.

O Superior Tribunal de Justiça esclareceu a questão na Resolução nº 9, de 4/05/2005¹⁴. No parágrafo único do artigo 7º¹⁴, a Presidência da Corte Superior estabeleceu que os pedidos de cooperação judiciária “stricto sensu”¹⁵ não serão cumpridos pelo Superior Tribunal de Justiça, devendo ser levados, quando impliquem a necessária intervenção do Poder Judiciário, ao conhecimento do primeiro grau de jurisdição.

Os pedidos de auxílio direto são, em regra, alicerçados em tratados ou acordos bilaterais (os chamados Mutual Legal Assistance Treaties ou MLATs).

¹¹ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. “Cooperação Jurídica Internacional e Auxílio Direto” in BARROSO, Luis Roberto e TIBURCIO, Carmen (orgs.). O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 807

¹² ARAÚJO, Nádia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de Cooperação interjurisdicional no MERCOSUL. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, p. 45, mai. 2005.

¹³ DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. In: MANUAL DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS. Cooperação em Matéria Penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008, p. 32.

¹⁴ Art. 7º As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios.

Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

¹⁵ A modalidade auxílio direto também é conhecido pela terminologia “pedido de cooperação judiciária stricto sensu”.

Inexistindo ajuste expresso entre os dois Estados, a assistência poderá ser realizada baseando-se na garantia de reciprocidade do requerente. É possível cooperar nos mais diversos temas, como tributário, trabalhista e previdenciário. No entanto, os tratados mais frequentes no cenário internacional versam sobre matéria penal e civil¹⁶.

O auxílio direto de caráter penal é utilizado, em regra, quando um Estado, a fim de subsidiar procedimento em trâmite em seu próprio território, necessita de providência judicial a ser obtida em outra jurisdição. Crimes de lavagem de dinheiro e tráfico ilícito de entorpecentes, por exemplo, frequentemente, ao serem processados e julgados em um país, precisam de produção de provas testemunhais ou documentais em outros países.

Em virtude da natureza muitas vezes fluida da prova, a rapidez em sua obtenção é indispensável, o que faz com que o auxílio direto seja o instituto mais adequado para a consecução do pedido.

A figura da autoridade central, prevista nos ajustes internacionais da matéria, é órgão designado pelo Estado para efetuar o trâmite dos pedidos de auxílio direto, tanto na modalidade ativa quanto na passiva.

Desse modo, caberá a referida autoridade central encaminhar os casos às autoridades competentes para pleitear as medidas cabíveis perante o juízo de primeiro grau. É o que será visto adiante.

2.1 O Papel da Autoridade Central

A autoridade central é um órgão técnico especializado, em regra não-jurisdicional, que se encarrega da interlocução internacional em matéria de cooperação jurídica em matéria civil e penal.

Na hipótese de pedido de auxílio direto passivo, em que o Brasil é o Estado requerido, por exemplo, a função da autoridade central consiste em encaminhar a solicitação para a autoridade brasileira competente, seja ela judicial ou administrativa, para que tome as providências cabíveis.

¹⁶ MANUAL DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS. Cooperação em Matéria Penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008, p. 26.

¹⁷ ARAS, Vladimir. O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional. In: BALTAZAR Jr.

Em regra, a autoridade central integra a estrutura do Ministério Público ou do Poder Executivo, na pasta da Justiça ou do ministério equivalente. Sua missão precípua, como ponto de contato, é facilitar e acelerar a tramitação dos pedidos de auxílio entre Estados, eliminando a intermediação dos ministérios de relações exteriores¹⁷.

A primeira menção a autoridades centrais em tratados internacionais remonta à Convenção da Haia de 1965 relativa à Citação e à Notificação no Estrangeiro de Atos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial, à qual se seguiu a Convenção da Haia de 1970 sobre Rogatórias e Recepção de Provas no Estrangeiro.

No espaço jurídico da OEA, foi o artigo 4º da Convenção Interamericana sobre Rogatórias, assinada no Panamá em 1975, que introduziu o instituto da autoridade central, ao passo que no Mercosul isso se deu com o artigo 2º do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, de 1992 (Protocolo de Las Leñas)¹⁸.

Pode haver uma ou mais autoridades centrais em cada país, que lidarão com pedidos de auxílio direto baseados em tratados (MLA) e, em alguns casos, com as rogatórias.

Compete-lhes receber os pedidos de assistência mútua e atendê-los se tiverem competência legal (execução direta dos pedidos), ou receber e remeter tais solicitações às autoridades competentes para seu atendimento (execução indireta).

As autoridades centrais devem comunicar-se diretamente umas com as outras, no interesse da cooperação internacional. Está também em suas atribuições manter contato com os órgãos de persecução nacionais, para obter informações sobre o cumprimento das solicitações de assistência passiva.

Atualmente, para a maior parte dos tratados de assistência jurídica em matéria penal firmados pelo Brasil o papel de autoridade central é desempenhado pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI)¹⁹, órgão da Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça.

¹⁸ José Paulo e LIMA, Luciano Flores de Lima. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2010, pp. 59-94. Ob. Cit.

¹⁹ Vide www.mj.gov.br/drci.

²⁰ Vide <http://ccji.pgr.mpf.gov.br>

Em apenas dois casos, o tratado bilateral em matéria penal entre Brasil e Portugal (Decreto nº 1.320/1994) e o MLAT entre Brasil e Canadá (Decreto nº 6.747/2009), a autoridade central é o Ministério Público Federal, por intermédio da Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional (ASCJI), órgão da Procuradoria-Geral da República²⁰.

Uma das principais características desse tipo de órgão centralizado é justamente a capacidade de interlocução direta com seus congêneres no exterior, independentemente da intermediação das respectivas chancelarias.

A tramitação de informações e provas por meio de autoridades centrais dispensa a legalização consular. Assim, basta que os documentos obtidos no exterior tenham sido repassados de uma autoridade central a outra para que sejam considerados formalmente válidos no Estado requerente. A chancela da autoridade central substitui o selo diplomático.

O país poderá ter mais de uma autoridade central, para tratados distintos. Normalmente, para cada tratado haverá uma só autoridade central. Contudo, devido à existência de sistemas jurídicos específicos em regiões e territórios de certas nações, poderá haver autoridades centrais diferentes, num mesmo Estado, encarregadas da execução de um só tratado, havendo especialização de acordo com os sistemas jurídicos vigentes naquele país. Reconhecendo a diversidade de organização política de dezenas de nações, as Convenções de Palermo e de Mérida toleram essa duplicidade ou multiplicidade de órgãos centrais²¹.

Por fim, informa-se que afigura-se essencial ter sido traçado esse panorama geral quanto ao papel das autoridades centrais, haja vista a proposta de inclusão de mais uma instituição como autoridade central, o que será feito adiante, a título de conclusão do trabalho.

A seguir, iniciar-se-á a análise propriamente dita quanto à possibilidade de utilização da modalidade auxílio direto para a produção de prova pela defesa, em processo de cooperação jurídica internacional. Em momento inicial, serão analisadas as convenções e os tratados pertinentes à temática.

²¹ Ob. Cit.

III HIPÓTESES DE DENEGAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO AUXÍLIO DIRETO NA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATERIA PENAL: ANÁLISE EXEMPLIFICATIVA DE INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Nesse capítulo, pretende-se efetuar análise acerca das hipótese de denegação de cooperação jurídica internacional constante nas Convenções ratificadas pelo Brasil, bem como dos tratados bilaterais firmados com os seguintes países: Cuba, China, EUA, Colômbia, França, Itália e Portugal.

Nesse sentido, no presente capítulo serão analisadas o alcance e objeto dos tratados, com a transcrição parcial dos artigos pertinentes, com a finalidade de se verificar eventual previsão expressa de denegação de cooperação penal para a defesa.

Oportunidade em que serão grifados os trechos interessantes ao estudo, onde se deve efetuar leitura crítica mais atenta.

3.1 Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo

A presente Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004, de 12 de março de 2004, que explicita, em seu artigo 18, em que consiste a assistência judiciária recíproca, in verbis:

Artigo 18

1. Os Estados-Partes prestarão reciprocamente toda a assistência judiciária possível nas investigações, nos processos e em outros atos judiciais relativos às infrações previstas pela presente Convenção, nos termos do artigo 3º, e prestarão reciprocamente uma assistência similar quando o Estado-Parte requerente tiver motivos razoáveis para suspeitar de que a infração a que se referem as alíneas a) ou b) do parágrafo 1º do artigo 3º é de caráter transnacional, inclusive quando as vítimas, as testemunhas, o produto, os instrumentos ou os elementos de prova destas infrações se encontrem no Estado-Parte requerido e nelas esteja implicado um grupo criminoso organizado.

2. Será prestada toda a cooperação judiciária possível, tanto quanto o permitam as leis, tratados, acordos e protocolos pertinentes ao Estado-Parte requerido, no âmbito de investigações, processos e outros atos judiciais relativos a infrações pelas quais possa ser considerada responsável uma pessoa coletiva no Estado-Parte requerente, em conformidade com o artigo 10 da presente Convenção.

3. A cooperação judiciária prestada em aplicação do presente artigo pode ser solicitada para os seguintes efeitos:

- a) recolher testemunhos ou depoimentos;
- b) notificar atos judiciais;
- c) efetuar buscas, apreensões e embargos;
- d) examinar objetos e locais;
- e) fornecer informações, elementos de prova e pareceres de peritos;
- f) fornecer originais ou cópias certificadas de documentos e processos pertinentes, incluindo documentos administrativos, bancários, financeiros ou comerciais e documentos de empresas;

g) identificar ou localizar os produtos do crime, bens, instrumentos ou outros elementos para fins probatórios;

h) facilitar o comparecimento voluntário de pessoas no Estado-Parte requerente;

i) prestar qualquer outro tipo de assistência compatível com o direito interno do Estado-Parte requerido.

4. Sem prejuízo do seu direito interno, as autoridades competentes de um Estado-Parte poderão, sem pedido prévio, comunicar informações relativas a questões penais a uma autoridade competente de outro Estado-Parte, se considerarem que estas informações poderão ajudar a empreender ou concluir com êxito investigações e processos penais ou conduzir este último Estado-Parte a formular um pedido ao abrigo da presente Convenção.

5. (...)

6. As disposições do presente artigo em nada prejudicam as obrigações decorrentes de qualquer outro tratado bilateral ou multilateral que regule, ou deva regular, inteiramente ou em parte, a cooperação judiciária.

(...)

9. Os Estados-Partes poderão invocar a ausência de dupla criminalização para recusar prestar a assistência judiciária prevista no presente artigo. O Estado-Parte requerido poderá, não obstante, quando o considerar apropriado, prestar esta assistência, na medida em que o decida por si próprio, independentemente de o ato estar ou não tipificado como uma infração no direito interno do Estado-Parte requerido.

(...)

13. Cada Estado-Parte designará uma Autoridade Central que terá a responsabilidade e o poder de receber pedidos de cooperação judiciária, quer de os executar, quer de os transmitir às autoridades competentes para execução. Se um Estado-Parte possuir uma região ou um território especial dotado de um sistema de cooperação judiciária diferente, poderá designar uma autoridade central distinta, que terá a mesma função para a referida região ou território. As Autoridades Centrais deverão assegurar a execução ou a transmissão rápida e em boa e devida forma dos pedidos recebidos. Quando a Autoridade Central transmitir o pedido a uma autoridade competente para execução, instará pela execução rápida e em boa e devida forma do pedido por parte da autoridade competente. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas será notificado da Autoridade Central designada para este efeito no momento em que cada Estado-Parte depositar os seus instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção. Os pedidos de cooperação judiciária e qualquer comunicação com eles relacionada serão transmitidos às autoridades centrais designadas pelos Estados-Partes.

A presente disposição não afetará o direito de qualquer Estado-Parte a exigir que estes pedidos e comunicações lhe sejam remetidos por via diplomática e, em caso de urgência, e se os Estados-Partes nisso acordarem, por intermédio da Organização Internacional de Polícia Criminal, se tal for possível.

(...)

21. A cooperação judiciária poderá ser recusada:

a) se o pedido não for feito em conformidade com o disposto no presente artigo;

b) se o Estado-Parte requerido considerar que a execução do pedido pode afetar sua soberania, sua segurança, sua ordem pública ou outros interesses essenciais;

c) se o direito interno do Estado-Parte requerido proibir suas autoridades de

executar as providências solicitadas com relação a uma infração análoga que tenha sido objeto de investigação ou de procedimento judicial no âmbito da sua própria competência;

d) se a aceitação do pedido contrariar o sistema jurídico do Estado-Parte requerido no que se refere à cooperação judiciária.

22. Os Estados-Partes não poderão recusar um pedido de cooperação judiciária unicamente por considerarem que a infração envolve também questões fiscais.

23. Qualquer recusa de cooperação judiciária deverá ser fundamentada.

(...)

26. Antes de recusar um pedido feito ao abrigo do parágrafo 21 do presente artigo ou de diferir a sua execução ao abrigo do parágrafo 25, o Estado-Parte requerido estudará com o Estado-Parte requerente a possibilidade de prestar a assistência sob reserva das condições que considere necessárias. Se o Estado-Parte requerente aceitar a assistência sob reserva destas condições, deverá respeitá-las.

(...)

30. Os Estados-Partes considerarão, se necessário, a possibilidade de celebrarem acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais que sirvam os objetivos e as disposições do presente artigo, reforçando-as ou dando-lhes maior eficácia.

Pelo exposto, não se visualiza qualquer restrição explícita à possibilidade de a defesa se utilizar da presente Convenção para a produção de prova nos seus moldes.

3.2 Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena

Esta Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991 e prevê, no artigo 7º, os assuntos pertinentes à assistência jurídica recíproca:

Artigo 7º

1. As partes se prestarão, de acordo com o disposto no presente artigo, a mais ampla assistência jurídica recíproca nas investigações, julgamentos e processos jurídicos referentes a delitos estabelecidos no parágrafo 1º do artigo 3º.

2. A assistência jurídica recíproca que deverá ser prestada, de acordo com este artigo, poderá ser solicitada para qualquer um dos seguintes fins:

- a) receber testemunhas ou declarações de pessoas;
- b) apresentar documentos jurídicos;
- c) efetuar buscas e apreensões;
- d) examinar objetos e locais;
- e) facilitar acesso de informações e evidência;
- f) entregar originais ou cópias autenticadas de documentos e expedientes relacionadas ao caso, inclusive documentação bancária, financeira, social ou comercial;
- g) identificar ou detectar o produto, os bens, os instrumentos ou outros elementos comprobatórios.

3. As partes poderão prestar qualquer outra forma de assistência judicial recíproca autorizada pelo direito interno da parte requerida.

4. As partes, se assim lhes for solicitado e na medida compatível com seu direito e prática interna, facilitarão ou encorajarão a apresentação ou a disponibilidade das pessoas, incluindo a dos detentos, que consentam em colaborar com as investigações ou em intervir nos procedimentos.

5. As partes não declinarão a assistência jurídica recíproca prevista neste artigo sob alegação de sigilo bancário.

6. O disposto neste artigo não afetará as obrigações derivadas de outros tratados bilaterais ou multilaterais, vigentes ou futuros, que regem, total ou parcialmente, a assistência jurídica recíproca em assuntos penais.

(...)

15. A assistência jurídica recíproca solicitada poderá ser denegada:

- a) quando a solicitação não se ajuste ao disposto no presente artigo;
- b) quando a parte requerida considerar que o cumprimento da solicitação possa prejudicar sua soberania, sua segurança, sua ordem pública ou outros interesses fundamentais;
- c) quando o direito interno da parte requerida proibir suas autoridades de atender à solicitação formulada com respeito a delito análogo, se este tiver sido objeto de investigação, processo ou procedimento no exercício da própria competência;
- d) no caso de a assistência jurídica recíproca de atender à solicitação contrariar a ordem jurídica da parte requerida.

(...)

20. Quando for necessário, as partes considerarão a possibilidade de entrar em acordos ou ajustes bilaterais ou multilaterais que sirvam para os fins deste artigo e que, na prática, deem efeito às suas disposições ou as reforcem.

De igual modo, não se visualiza qualquer restrição à possibilidade de a defesa se utilizar da presente Convenção para a produção de prova.

3.3 Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção - Convenção de Mérida

Foi promulgada pelo Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006 e prevê, em seu artigo 46, questões atinentes à assistência judicial recíproca, bem como aduz as hipóteses de denegação de cooperação, *in verbis*:

1. Os Estados-Partes prestar-se-ão a mais ampla assistência judicial recíproca relativa a investigações, processos e ações judiciais relacionados com os delitos compreendidos na presente Convenção.

2. Prestar-se-á assistência judicial recíproca no maior grau possível conforme as leis, tratados, acordos e declarações pertinentes do Estado-Parte requerido com relação a investigações, processos e ações judiciais relacionados com os delitos dos quais uma pessoa jurídica pode ser considerada responsável em conformidade com o artigo 26 da presente Convenção no Estado-Parte requerente.

3. A assistência judicial recíproca que se preste em conformidade com o presente artigo poderá ser solicitada para quaisquer dos fins seguintes:

- a) receber testemunhos ou tomar declaração de pessoas;
- b) apresentar documentos judiciais;
- c) efetuar inspeções, incautações e/ou embargos preventivos;
- d) examinar objetos e lugares;

- e) proporcionar informação, elementos de prova e avaliações de peritos;
- f) entregar originais ou cópias certificadas dos documentos e expedientes pertinentes, incluída a documentação pública, bancária e financeira, assim como a documentação social ou comercial de sociedades mercantis;
- g) identificar ou localizar o produto de delito, os bens, os instrumentos e outros elementos para fins probatórios;
- h) facilitar o comparecimento voluntário de pessoas ao Estado-Parte requerente;
- i) prestar qualquer outro tipo de assistência autorizada pela legislação interna do Estado-Parte requerido;
- j) identificar, embargar com caráter preventivo e localizar o produto de delito, em conformidade com as disposições do Capítulo V da presente Convenção;
- l) recuperar ativos em conformidade com as disposições do Capítulo V da presente Convenção.

4. Sem menosprezo à legislação interna, as autoridades competentes de um Estado-Parte poderão, sem que se lhes solicite previamente, transmitir informação relativa a questões penais a uma autoridade competente de outro Estado-Parte se creem que essa informação poderia ajudar a autoridade a empreender ou concluir com êxito indagações e processos penais ou poderia dar lugar a uma petição formulada por este último Estado-Parte de acordo com a presente Convenção.

(...)

9.a) ao atender a uma solicitação de assistência de acordo com o presente artigo, na ausência de dupla incriminação, o Estado-Parte requerido terá em conta a finalidade da presente Convenção, enunciada no artigo 1;

b) os Estados-Partes poderão negar-se a prestar assistência de acordo com o presente artigo invocando a ausência de dupla incriminação. Não obstante, o Estado-Parte requerido, quando esteja em conformidade com os conceitos básicos de seu ordenamento jurídico, prestará assistência que não envolva medidas coercitivas. Essa assistência poderá ser negada quando a solicitação envolva assuntos “de minimis” ou questões relativas às quais a cooperação ou a assistência solicitada estiver prevista em virtude de outras disposições da presente Convenção;

c) Na ausência da dupla incriminação, cada Estado-Parte poderá considerar a possibilidade de adotar as medidas necessárias que lhe permitam prestar uma assistência mais ampla de acordo com o presente artigo.

(...)

21. A assistência judicial recíproca poderá ser negada:

a) quando a solicitação não esteja em conformidade com o disposto no presente artigo;

b) quando o Estado-Parte requerido considere que o cumprimento da solicitação poderia agredir sua soberania, sua segurança, sua ordem pública ou outros interesses fundamentais;

c) quando a legislação interna do Estado-Parte requerido proíba suas autoridades de atuarem na forma solicitada relativa a um delito análogo, se este tiver sido objeto de investigações, processos ou ações judiciais no exercício de sua própria competência;

d) quando aquiescer à solicitação seja contrário ao ordenamento jurídico do Estado-Parte requerido no tocante à assistência judicial recíproca.

22. Os Estados-Partes não poderão negar uma solicitação de assistência judicial recíproca unicamente por considerarem que o delito também envolve questões tributárias.

23. Toda negação de assistência judicial recíproca deverá fundamentar-se devidamente.

(...)

26. Antes de negar uma solicitação apresentada de acordo com o parágrafo 21 do presente artigo ou de modificar seu cumprimento de acordo com o parágrafo 25 do presente artigo, o Estado-Parte requerido consultará o Estado-Parte requerente para considerar se é possível prestar a assistência solicitada submetendo-a às condições que julgue necessárias. Se o Estado-Parte requerente aceita a assistência de acordo com essas condições, esse Estado-Parte deverá cumprir as condições impostas.

(...)

30. Quando se fizer necessário, os Estados-Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais que contribuam para lograr os fins do presente artigo e que levem à prática ou reforcem suas disposições.

Neste caso, também não se verifica qualquer restrição à possibilidade de a defesa se utilizar da presente Convenção para a produção de prova nos seus termos, ainda que sejam referidos “Estados-parte”, pois não há vedação de futura implementação de acordo com esse intuito.

3.4 Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal – Convenção de Nassau

A presente Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 6.340 de 3 de janeiro de 2008, com previsão das recusas de assistência, no artigo 9º:

Recusa de assistência

O Estado requerido poderá recusar a assistência quando, em sua opinião:

a) o pedido de assistência for usado com o objetivo de julgar uma pessoa por um delito pelo qual essa pessoa já tiver sido previamente condenada ou absolvida num processo no Estado requerente ou requerido;

b) a investigação for iniciada com o objetivo de processar, punir ou discriminar de alguma maneira uma pessoa ou grupo de pessoas, por motivo de sexo, raça, condição social, nacionalidade, religião ou ideologia;

c) o pedido se referir a delito político ou relacionado com delito político, ou a delito comum que estiver sendo processado por motivos políticos;

d) se tratar de pedido de assistência emanado de um tribunal de exceção ou de um tribunal ad hoc;

e) for afetada a ordem pública, soberania, segurança ou interesses públicos fundamentais; e

f) o pedido se referir a um delito fiscal. Não obstante, prestar-se-á a assistência se o delito for cometido por uma declaração intencionalmente falsa feita verbalmente ou por escrito, ou por uma omissão intencional de declaração, com o objetivo de ocultar receitas provenientes de qualquer outro delito previsto nesta Convenção.

De igual modo, sob a égide da presente Convenção, também não se verifica qualquer restrição à possibilidade de a defesa utilizá-la para a produção de prova nos seus termos, ainda que sejam referidos “Estados-parte”, como já esclarecido linhas acima.

3.5 Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul – Protocolo de São Luís

Foi promulgado pelo Decreto 3.468, de 17 de maio de 2000. Prevê, no artigo 5º, as hipóteses de denegação de assistência:

Artigo 5

Denegação de assistência

1. O Estado-Parte requerido poderá denegar a assistência quando:

- a) a solicitação se refira a delito tipificado como tal na sua legislação militar mas não na legislação penal ordinária;
- b) a solicitação se refira a delito que o Estado requerido considere como político ou como delito comum conexo com delito político ou realizado com finalidade política;
- c) a solicitação se refira a delito tributário;
- d) a pessoa em relação a qual se solicita a medida haja sido absolvida ou haja cumprido condenação no Estado requerido pelo mesmo delito mencionado na solicitação. Contudo, esta disposição não poderá ser invocada para negar assistência em relação a outras pessoas; ou
- e) o cumprimento da solicitação seja contrário à segurança, à ordem pública ou a outros interesses essenciais do Estado requerido.

2. Se o Estado requerido denega a assistência, deverá informar ao Estado requerente, por intermédio da Autoridade Central, as razões em que se funda a denegatória, ressalvado o disposto no artigo 15, alínea “b”.

Igualmente, entende-se que não há qualquer restrição à possibilidade de a defesa utilizar o presente Protocolo para a produção de prova nos seus termos.

3.6 Quadro Comparativo dos Acordos Bilaterais Firmados pelo Brasil

Em relação ao alcance dos acordos bilaterais ratificados pelo Brasil, bem como em relação à previsão das hipóteses de denegação, apresenta-se um quadro comparativo, a fim de demonstrar que tais tratados seguem paradigma semelhante quanto à terminologia e estrutura. Observe-se.

	Alcance do Acordo	Denegação, adiamento ou restrições à cooperação
CUBA Decreto nº 6.462/08	<p>Artigo I</p> <p>1. As partes cooperarão entre si adotando todas as medidas apropriadas de que dispõem, a fim de prestar cooperação em matéria penal, nos termos do presente Acordo e dentro dos limites das disposições dos respectivos ordenamentos jurídicos internos.</p> <p>A referida assistência terá como objetivo a prevenção, a investigação, o inquérito e a ação penal relativa ao delito ou qualquer outra atuação dentro da competência ou jurisdição da parte requerente no momento em que a cooperação for solicitada, e com relação a procedimentos conexos de qualquer outra espécie relativos às condutas criminais mencionadas.</p> <p>2. O presente Acordo não faculta às autoridades de uma das partes a, na jurisdição territorial da outra, exercerem ou desempenharem funções cuja jurisdição ou competência estejam exclusivamente reservadas às autoridades da outra parte, de acordo com suas leis ou regulamentos nacionais.</p> <p>3. Para os propósitos do parágrafo 1, “matéria penal” significa investigações/inquéritos e ações penais relativas a qualquer delito tipificado pelas respectivas legislações, incluídos os delitos relacionados com ilícitos aduaneiros e transferência de capital ou pagamentos internacionais.</p> <p>4. A assistência incluirá:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) reunião de provas e obtenção de declarações de pessoas; b) fornecimento de informações e documentos provenientes de registros penais, bancários, comerciais, mercantis, telefônicos e outros; c) localização de pessoas e objetos, inclusive sua identificação; d) busca, apreensão e sequestro de bens; e) emissão de certidão ou cópias autenticadas necessárias à ação penal; f) prática de determinados atos processuais na forma de interrogatório; g) colocar à disposição pessoas detidas e outras para que testemunhem ou auxiliem nas investigações; h) notificação sobre conteúdo de documentos, inclusive os que solicitem comparecimento pessoal; i) realização de perícia correspondente à investigação em curso; j) restituição de bens produtos de delitos cometidos na parte requerente; e k) outra assistência em conformidade com os objetivos do presente Acordo, desde que não sejam incompatíveis com a legislação da parte requerida. 	<p>Artigo II</p> <p>Denegação da Cooperação</p> <p>1. A cooperação será denegada se, conforme juízo da parte requerida:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) a execução do pedido afetar sua soberania, segurança, ordem pública ou interesses públicos essenciais similares, prejudicar a segurança de qualquer pessoa ou não for razoável por outros motivos; b) a execução do pedido implicar que a parte requerida exceda os limites de sua autoridade ou contrarie as disposições legais vigentes, em cujo caso as Autoridades Centrais a que se refere o artigo XII deste Acordo realizarão consultas para identificar os meios legais que garantam a cooperação; c) houver a possibilidade de que a pena de morte seja imposta ou executada em virtude do pedido de cooperação; d) o delito for de natureza estritamente militar; e) o delito for de índole política ou se a situação da pessoa que esteja sendo investigada ou processada puder agravar-se por razões políticas; ou f) A pessoa em relação a qual se requer a medida tenha sido absolvida ou haja cumprido pena no território da parte requerida pelos mesmos fatos mencionados no pedido. <p>2. O pedido poderá ser adiado pela parte requerida caso a concessão do mesmo de maneira imediata possa interferir em investigação ou procedimento em curso.</p> <p>3. Antes de recusar, conceder ou adiar a assistência solicitada, a parte requerida considerará se essa poderá ser outorgada sujeita às condições que julgar necessárias.</p> <p>Se a parte requerente aceitar a assistência sujeita a estas condições, deverá cumpri-las.</p> <p>4. A parte requerida informará rapidamente a parte requerente sobre a decisão de não outorgar, na totalidade ou em parte, um pedido de cooperação, ou se sua execução for adiada, e exporá as razões da referida decisão.</p>

<p>CHINA Decreto nº 6.282/07</p>	<p>Artigo 1 1. As partes se obrigam a prestar assistência mútua, nos termos do presente Tratado, em matéria de investigação, inquérito, ação penal e processos relacionados a delitos de natureza criminal. 2. A assistência incluirá: a) entrega de documentos; b) tomada de depoimentos ou declarações de pessoas; c) obtenção e fornecimento de avaliação por peritos; d) fornecimento de documentos, registros, e meios de prova, inclusive registros bancários, financeiros, corporativos ou empresariais; e) localização ou identificação de pessoas, ativos ou meios de prova; f) condução de inspeção judicial ou exame de locais e objetos; g) disponibilização de pessoas para fornecimento de provas ou auxílio nas investigações; h) transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento ou provas; i) execução de pedidos de rastreamento, busca, imobilização e apreensão; j) disposição de produtos ou instrumentos de crime; k) notificação de resultados de procedimentos criminais e fornecimento de registros criminais e outros; l) troca informações sobre a legislação; e m) qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido. 3. As partes podem recusar-se a prestar assistência judiciária mútua de acordo com este artigo com base na ausência de dupla incriminação. Entretanto, quando julgar apropriado, a parte requerida pode decidir fornecer assistência de forma discricionária independentemente da conduta constituir-se ou não em ofensa sob a lei interna do Estado Requerido.</p>	<p>Artigo 3 Restrições à assistência 1. O Estado Requerido poderá negar assistência se: a) a solicitação referir-se a delito militar; b) o atendimento à solicitação prejudicar sua soberania, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais; c) a parte requerida já tiver dado julgamento ou decisão final sobre a mesma pessoa pelo mesmo delito relacionado na solicitação; d) a solicitação referir-se a delito político; e) existir motivos substanciais para a parte requerida acreditar que a solicitação foi feita com intuito de investigar, processar, punir ou proceder de qualquer outra forma contra uma pessoa por causa de sua raça, sexo, religião, nacionalidade ou opinião política, ou que a posição daquela pessoa possa ser prejudicada por qualquer daquelas razões; ou f) a solicitação não for feita de conformidade com este Tratado. 2. A parte requerida pode adiar o fornecimento da solicitação se o atendimento da solicitação interferir em uma investigação, processo ou qualquer outro procedimento em curso na parte requerida. 3. Antes de negar a assistência com base no disposto neste artigo, a Autoridade Central do Estado Requerido deverá consultar a Autoridade Central do Estado Requerente para avaliar se a assistência pode ser prestada sob as condições consideradas necessárias. Caso o Estado Requerente aceite essa assistência condicionada, tais condições deverão ser respeitadas. 4. Caso a Autoridade Central do Estado Requerido negue ou adie a assistência, deverá informar a Autoridade Central do Estado Requerente sobre as razões da denegação ou adiamento.</p>
--	--	---

<p>EUA Decreto nº 3.810/2001</p>	<p>Artigo I 1. As partes se obrigam a prestar assistência mútua, nos termos do presente Acordo, em matéria de investigação, inquérito, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal. 2. A assistência incluirá: a) tomada de depoimentos ou declarações de pessoas; b) fornecimento de documentos, registros e bens; c) localização ou identificação de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens; d) entrega de documentos; e) transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento ou outros fins; f) execução de pedidos de busca e apreensão; g) assistência em procedimentos relacionados a imobilização e confisco de bens, restituição, cobrança de multas; e h) qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido. 3. A assistência será prestada ainda que o fato sujeito a investigação, inquérito ou ação penal não seja punível na legislação de ambos os Estados. 4. As partes reconhecem a especial importância de combater graves atividades criminais, incluindo lavagem de dinheiro e tráfico ilícito de armas de fogo, munições e explosivos. Sem limitar o alcance da assistência prevista neste artigo, as partes devem prestar assistência mútua sobre essas atividades, nos termos deste Acordo. 5. O presente Acordo destina-se tão-somente à assistência judiciária mútua entre as partes. Seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida.</p>	<p>Artigo III Restrições à assistência 1. A Autoridade Central do Estado Requerido poderá negar assistência se: a) a solicitação referir-se a delito previsto na legislação militar, sem contudo constituir crime comum; b) o atendimento à solicitação prejudicar a segurança ou interesses essenciais semelhantes do Estado Requerido; ou c) a solicitação não for feita de conformidade com o Acordo. 2. Antes de negar a assistência com base no disposto neste artigo, a Autoridade Central do Estado Requerido deverá consultar a Autoridade Central do Estado Requerente para avaliar se a assistência pode ser prestada sob as condições consideradas necessárias. Caso o Estado Requerente aceite essa assistência condicionada, tais condições deverão ser respeitadas. 3. Caso a Autoridade Central do Estado Requerido negue a assistência, deverá informar a Autoridade Central do Estado Requerente as razões dessa denegação.</p>
--	---	--

<p>COLÔMBIA Decreto n° 3.895/2001</p>	<p>Artigo I Âmbito de aplicação</p> <p>1. O presente Acordo tem por finalidade a assistência judiciária mútua em assuntos penais entre as autoridades competentes das partes.</p> <p>2. As partes prestar-se-ão assistência mútua, conforme as disposições do presente Acordo e em estrito cumprimento de seus respectivos ordenamentos jurídicos, para a investigação de delitos e a cooperação em processos relacionados a matéria penal.</p> <p>3. O presente Acordo não faculta às autoridades ou a particulares da parte requerente a realização, no território da parte requerida, de funções que, segundo as leis internas, estejam reservadas às suas autoridades, salvo no caso previsto no artigo 13, parágrafo 3.</p> <p>4. Este Acordo não se aplicará a:</p> <p>a) detenção de pessoas com o fim de que sejam extraditadas nem aos pedidos de extradição;</p> <p>b) traslado de pessoas condenadas com o objetivo de que cumpram sentença penal;</p> <p>c) assistência a particulares ou a terceiros Estados.</p> <p>Artigo II Alcance da assistência</p> <p>A assistência compreenderá:</p> <p>a) notificação de atos processuais;</p> <p>b) recepção e produção ou prática de provas, tais como testemunhos e declarações, perícia e inspeção de pessoas, bens e lugares;</p> <p>c) localização e identificação de pessoas;</p> <p>d) notificação de pessoas e peritos para comparecer voluntariamente a fim de prestar declaração ou testemunho no território da parte requerente;</p> <p>e) traslado de pessoas detidas para efeito de comparecimento como testemunho no território da parte requerente ou com outros propósitos expressamente indicados no pedido, conforme o presente Acordo;</p> <p>f) medidas cautelares sobre bens;</p> <p>g) cumprimento de outros pedidos relativos a bens, inclusive a eventual transferência definitiva do valor dos bens confiscados;</p> <p>h) entrega de documentos e de outros objetos de prova;</p> <p>i) embargo e sequestro de bens para efeitos de pagamento de indenizações e multas impostas por sentença penal;</p> <p>j) qualquer outra forma de assistência de acordo com os fins deste Acordo sempre que não for incompatível com as leis do Estado Requerido</p>	<p>Artigo V Denegação de assistência</p> <p>1. A parte requerida poderá denegar a assistência quando:</p> <p>a) o pedido referir-se a um delito tipificado como tal na legislação militar, mas não na legislação penal ordinária;</p> <p>b) o pedido referir-se a um delito que na parte requerida seja de caráter político ou conexo e realizado com fins políticos;</p> <p>c) a pessoa com relação à qual se solicita a medida haja sido absolvida ou haja cumprido pena na parte requerida pelo delito mencionado no pedido. Este dispositivo não poderá, no entanto, ser invocado para negar assistência em relação a outras pessoas;</p> <p>d) o cumprimento do pedido seja contrário à segurança, à ordem pública ou a outros interesses essenciais da parte requerida;</p> <p>e) o pedido de assistência seja contrário ao ordenamento jurídico da parte requerida ou não se ajuste aos dispositivos deste Acordo.</p> <p>2. Se a parte requerida denegar assistência, deverá, por intermédio de sua Autoridade Central, informar esse fato à parte requerida, aduzindo as razões da denegação, sem prejuízo do disposto no artigo 12, alínea “b”.</p> <p>3. A Autoridade Competente da parte requerida poderá denegar, condicionar ou diferir o cumprimento do pedido, quando considerar que constitui obstáculo a um processo penal em curso no seu território. Sobre essas condições a parte requerida consultará a parte requerente por intermédio das Autoridades Centrais. Se a parte requerente aceita a assistência condicionada, o pedido será atendido de acordo com as condições apresentadas.</p> <p>Artigo XXIII Compatibilidade com outros tratados, acordos ou outras formas de cooperação</p> <p>1. A assistência estabelecida no presente Acordo não impedirá que cada uma das partes preste assistência à outra com base em outros instrumentos internacionais vigentes entre elas.</p> <p>2. Este Acordo não impedirá às partes a possibilidade de desenvolver outras formas de cooperação de acordo com seus respectivos ordenamentos jurídicos.</p>
---	---	---

<p>FRANÇA Decreto n° 3.324/99</p>	<p>1. Os dois Estados se comprometem a prestar-se mutuamente, de acordo com as disposições do presente Acordo, a cooperação judiciária mais ampla possível em todo processo que tenha por objeto infrações cuja repressão seja, no momento em que a ajuda for pedida, da competência das autoridades judiciárias do Estado requerente.</p> <p>2. Cada um dos Estados poderá, no âmbito do presente Acordo, pedir ao outro informações sobre sua legislação e sua jurisprudência.</p> <p>3. O presente Acordo não se aplica à execução de decisões que impliquem prisão, nem às infrações militares que não constituam infrações de direito comum.</p>	<p>Artigo 2</p> <p>A cooperação judiciária poderá ser recusada:</p> <p>a) se o pedido referir-se à infração que não seja punível, tanto pela legislação do Estado requerente, como pela do Estado requerido;</p> <p>b) se o pedido referir-se a infrações consideradas pelo Estado requerido como infrações políticas, ou a elas conexas;</p> <p>c) se o Estado requerido considera que a execução do pedido é de natureza que atente contra a soberania, a segurança, a ordem pública ou outros interesses essenciais do seu país;</p> <p>d) se houver sérios motivos para crer que o pedido de cooperação foi apresentado com a finalidade de perseguir ou de punir uma pessoa em razão de sua raça, de seu sexo, de sua religião, de sua nacionalidade ou de suas opiniões políticas, ou que a situação desta pessoa corra o risco de ser agravada por uma ou por outra destas razões.</p>
<p>ITÁLIA Decreto n° 862/93</p>	<p>Artigo 1 Objeto da cooperação</p> <p>1. Cada uma das partes, a pedido, prestará à outra parte, na forma prevista no presente Tratado, ampla cooperação em favor dos procedimentos penais conduzidos pelas autoridades judiciárias da parte requerente.</p> <p>2. Tal cooperação compreenderá, especialmente, a comunicação de atos judicial, o interrogatório de indiciados ou acusados, a coleta de provas, a transferência de presos para fins de prova, a informação dos antecedentes aos cidadãos da outras parte.</p> <p>3. A cooperação não compreenderá a execução de medidas restritivas da liberdade pessoal nem a execução de condenações.</p> <p>4. Cada parte pode requerer a outra informações referentes a legislação e jurisprudência.</p> <p>Artigo 2 Fatos que dão lugar à cooperação</p> <p>1. A Cooperação será prestada ainda que os fatos que deram origem ao processo não constituam crime perante a lei da parte requerida.</p> <p>2. Para a execução de revistas pessoais, apreensão e sequestro de bens, a cooperação somente será prestada se o fato que originou o processo na parte requerente for previsto como crime também na lei da parte requerida ou, ainda, se ficar comprovado que o acusado manifestou expressamente seu consentimento. Para a execução de interceptação de telecomunicações, a cooperação somente será prestada se, em relação ao crime tipificado no processo e em circunstâncias análogas, tal interceptação for admissível em procedimento penais da parte requerida</p>	<p>Artigo 3 Recusa da cooperação</p> <p>1. A cooperação será recusada:</p> <p>a) se os atos solicitados forem vedados pela lei da parte requerida, ou contrários aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico;</p> <p>b) se o fato tipificado no processo for considerado, pela parte requerida, crime político ou crime exclusivamente militar;</p> <p>c) se a parte requerida tiver fundados motivos para admitir que considerações relativas à raça, religião, sexo, nacionalidade, idioma, opiniões políticas ou condições pessoais e sociais poderão influir negativamente no desenvolvimento ou conclusão do processo;</p> <p>d) se o acusado já tiver sido julgado pelo mesmo fato na parte requerida, e não houver escapado à execução da pena;</p> <p>e) se a parte requerida considerar que a prestação da cooperação pode comportar prejuízo à própria soberania, segurança ou a outros interesses nacionais essenciais.</p> <p>2. No entanto, nos casos previstos nas letras b), c) e d) do parágrafo 1, a cooperação será prestada se for demonstrado que o acusado manifestou livremente seu consentimento.</p> <p>3. A parte requerida deverá informar prontamente à parte requerente a decisão de não atender, no todo ou em parte, o pedido de cooperação, indicando seus motivos.</p>

<p>PORTUGAL Decreto nº 1.320/94</p>	<p>Artigo 1 Objeto e âmbito do auxílio</p> <p>1. As partes Contratantes obrigam-se a prestar auxílio mútuo em matéria penal, segundo as disposições deste Tratado, na realização de diligências preparatórias e necessárias em qualquer processo penal por fatos cujo conhecimento caiba às entidades para o efeito competente de acordo com a lei de cada uma das partes.</p> <p>2. O auxílio compreende, nomeadamente:</p> <p>a) a notificação de documentos;</p> <p>b) a obtenção de meios de prova;</p> <p>c) exames de pessoas, lugares ou coisas, revistas, buscas e apreensões de bens;</p> <p>d) a notificação de suspeitos, arguidos ou indiciados, testemunhas ou peritos e a audição dos mesmos;</p> <p>e) as informações sobre o direito respectivo e as relativas aos antecedentes penais de suspeitos, arguidos ou indiciados e condenados.</p> <p>3. O auxílio não abrange os atos processuais posteriores à decisão judicial de recebimento da acusação ou de pronúncia do arguido.</p> <p>4. O auxílio é independente da extradição, podendo mesmo ser concedido nos casos em que aquela seria recusada.</p> <p>5. O presente Tratado não se aplica à execução de decisões de detenção ou de condenação, nem às infrações militares que não constituam infrações de direito comum.</p> <p>6. O auxílio relativo a processos por infrações em matéria de taxas, impostos, direitos aduaneiro e cambial só pode ser prestado mediante acordo das partes para cada categoria de infração.</p>	<p>Artigo 3 Recusa de Auxílio</p> <p>1. O auxílio será recusado se a parte requerida considerar que:</p> <p>a) o pedido respeita a uma infração política ou com ela conexas;</p> <p>b) o cumprimento do pedido ofende a sua soberania, segurança, ordem pública ou qualquer outro seu interesse essencial;</p> <p>c) existem fundadas razões para concluir que o pedido de auxílio foi formulado para facilitar a perseguição de uma pessoa em virtude da sua raça, sexo, religião, nacionalidade ou convicções políticas, ou que a situação dessa pessoa possa ser prejudicada por qualquer dessas razões;</p> <p>d) o cumprimento do pedido ofende os direitos e as liberdades fundamentais da pessoa humana.</p> <p>2. O auxílio pode ser recusado se a parte requerida entender que se verificam fundadas razões que tornariam desproporcionada a concessão desse auxílio.</p> <p>3. Antes de recusar um pedido de auxílio, a parte requerida deve considerar a possibilidade de subordinar a concessão desse auxílio às condições que julgue necessárias. Se a parte requerente aceitar o auxílio sujeito a essas condições, deve cumpri-las.</p> <p>4. A parte requerida deve informar imediatamente a parte requerente da sua decisão de não dar cumprimento, no todo ou em parte, ao pedido de auxílio e das razões dessa decisão.</p>
--	---	--

Do exposto, infere-se que os termos dos acordos são reiterados com os diversos países, observado que, salvo em determinados casos²², não há qualquer vedação expressa à produção de prova em favor da defesa.

No que pertine aos pedidos de cooperação com os Estados Unidos oriundos da Defesa, os princípios norteadores do sistema de *Common Law*, adotado no país, estabelecem que procedimentos de colheita de provas para a instrução de um processo devem ocorrer de acordo com um procedimento intitulado *discovery*²³.

Assim sendo, a produção das provas nessa modalidade é efetuada diretamente pelas partes, sendo que só haverá o envolvimento de um juiz caso haja algum desentendimento entre elas acerca do que deve ou não ser produzido, ou da forma de produção.

Assim, os gastos e esforços relacionados à colheita de provas no país são arcados integralmente pelas partes. O Estado estadunidense só arcará com os custos relacionados à colheita de provas da acusação, e os custos da colheita de provas da

defesa serão arcados pela defesa, sendo por representação privada ou por meio de defensor dativo.

Desse modo, conforme informação trazida pelo Manual do Ministério da Justiça sobre cooperação jurídica penal internacional²⁴, “o governo norte-americano não concorda em utilizar bens e esforços públicos para custear a oitiva de testemunhas arroladas pela defesa, a não ser que exista, concomitantemente, interesse específico por parte do juiz ou da acusação nesta diligência”. A existência de tal interesse revela-se suficiente para habilitar a execução da referida solicitação, que, neste caso, dar-se-ia em benefício não somente da defesa como também do juízo ou da acusação.

Interessante salientar que questão prejudicial se apresenta quando a Defensoria Pública patrocina a defesa, pois a parte notadamente não terá condições de arcar com o custo da produção da prova, bem como não seria apenas um particular *stricto sensu* a ter interesse na causa como pólo passivo, mas sim o próprio Estado, por meio dos seus agentes.

Desse modo, é que no desenrolar do trabalho serão apresentadas sugestões para a solução desse impasse.

A propósito, apenas a título de nota, interessante apresentar posição de Mueller²⁵ acerca da questão:

Absent treaty or statute, American courts, in general, have been reluctant to cooperate with foreign criminal tribunals. The reasons may be found in traditional isolationism, ignorance of foreign criminal law and procedure – which often is suspected of being inquisitorial – or simple unfamiliarity with a court’s own express or implied powers to grant judicial assistance.

²² Nos acordos com os EUA (MLAT Brasil/EUA - artigo I, item 5) e com a Colômbia (Artigo I, item 4, alínea “c”), há vedação expressa acerca da possibilidade de se prestar assistência a particulares. Dispositivo semelhante encontra-se no artigo 1º, item 2, do Protocolo de San Luis, que regula a cooperação penal no Mercosul. De igual modo, conforme informação prestada pelo DRCL, em caráter informal, a China também não aceita pedidos de cooperação em prol de particulares. Assim, diz-se que não podem tramitar por esta via pedidos de interesse exclusivo da defesa. Ocorre que situação peculiar que será tratada adiante, quando a Defensoria Pública patrocina a defesa, seria passível de excepcionar tal hipótese de denegação de cooperação.

²³ Conforme informações extraídas do Manual do Ministério da Justiça e Recuperação de Ativos, as principais formas de colheita de provas dentro de um procedimento de *discovery* são:

a) Interrogatórios escritos (interrogatories), por meio dos quais a parte solicita diretamente à testemunha a apresentação de respostas escritas às perguntas;

b) Oitiva de testemunhas (depositions), por meio da qual a parte realiza diretamente a oitiva de uma testemunha, com a presença da outra parte, mas sem a participação de um juiz ou envolvimento de um tribunal. Os custos e esforços relacionados à oitiva de testemunhas dentro de um sistema de *Common Law* são arcados integralmente pelas partes;

c) Solicitações de produção de provas (requests for discovery), onde uma parte solicita que a outra apresente provas que estão sujeitas ao processo de *discovery*, também sem a participação de um juiz ou envolvimento de um tribunal.

²⁴ MANUAL DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS. Cooperação em Matéria Penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008, p. 32.

Nesse panorama, caberia discorrer sobre as diferenças entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, inclusive, para os propósitos do presente trabalho, caberia discorrer sobre a diferença da assistência judiciária gratuita existente no Brasil, com o regime de Defensorias Públicas, e nos EUA, onde apenas em determinados Estados existe defensoria pública nos moldes do regime existente no Brasil. Temática essa que será objeto de outro estudo, haja vista os aprofundamentos teóricos que se fazem necessários para um adequado tratamento da questão.

IV. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PERSECUÇÃO PENAL LATO SENSU CONSIDERADA

Após todo o panorama apresentado, importante não perder de vista que o combate desenfreado à criminalidade transnacional não pode suprimir as garantias previstas na Constituição Federal e em Tratados e Declarações internacionais atinentes aos direitos humanos.

O processo de internacionalização e constitucionalização dos direitos humanos estende-se às garantias processuais. Segundo André de Carvalho Ramos²⁶, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um sistema de princípios e de normas, que regulam a cooperação internacional dos Estados, cujo objetivo é a promoção do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais universalmente reconhecidos, assim como o estabelecimento de mecanismos de garantia e proteção de tais direitos.

Os mecanismos de garantias e proteção dos direitos efetivam-se no pressuposto do devido processo legal²⁷, no âmbito formal e material.

Nesse sentido, deve-se ponderar a coexistência de princípios como o contraditório e a ampla defesa, aliados ao princípio da prevalência da dignidade da pessoa humana, e a garantia da segurança pública da sociedade globalizada.

²⁵ MUELLER, Gerhard O.W. "International Judicial Assistance in Criminal Matters" in MUELLER, Gerhard & WISE, Edward (eds). *International Criminal Law*. New Jersey: Rothman Ed., 1965. p. 415.

²⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁷ Esse conjunto de garantias pode ser sintetizado nas denominações devido processo legal, adotada nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição americana, ou processo justo, constante da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do recém reformado artigo 111 da Constituição italiana. Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório encontram previsão no art. 5º, inciso LV²⁸, da Constituição Federal de 1988. Tais princípios tem origem na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948²⁹ e no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969³⁰.

Referidos princípios possuem relação intrínseca com o Estado Democrático de Direito³¹, pois se afiguram mecanismos eficientes de implementação de inúmeros direitos fundamentais, observado que a finalidade principal do processo penal é a busca da verdade real, como condição para a aplicação da lei penal.

Nesse sentido, deve-se tentar conciliar a ambição estatal em punir acusados de praticar crimes de âmbito transnacional, praticados em organização criminosa ou não, sem violar direitos e garantias individuais, quando necessária a utilização da cooperação jurídica internacional.

Assim sendo, o princípio da paridade de armas recomenda que os meios postos à disposição do Ministério Público na fase processual sejam igualmente deferidos à defesa. No entanto, em matéria de assistência jurídica mútua em assuntos penais, os tratados têm previsto que os mecanismos ali elencados só podem ser utilizados pelo Estado, como ocorre no MLAT Brasil-EUA, analisado linhas acima.

Entretanto, teleologicamente, as partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa.

Dessa forma, é que se entende que os referidos acordos bilaterais, quando impossibilitam a produção de prova pela defesa, ferem a paridade de armas prevista na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, assim como ferem previsão insculpida no Pacto Interamericano de Direitos Humanos³², doravante denominado de Pacto de São José da Costa Rica.

²⁸ "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

²⁹ a) Art. 7º: garantia à igualdade das partes; b) Arts. 9º e 10: garantia ao devido processo legal; c) Art. 11.1: garantia à ampla defesa.

³⁰ a) Art. 8º.1: garantia ao acesso à justiça; b) Arts. 8º.2, alíneas "a", "b", "c", "d", "e", "f" e "g": garantia do contraditório e da ampla defesa; c) Art. 8º.2, alíneas de "a" a "h": garantia do devido processo legal.

³¹ Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Mauro Cappelletti e Denis Tallon, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè, Milano, 1973, págs.661/774; Luigi Paolo Comoglio, "Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)", in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, n. 90, págs.95/150; Luigi Paolo Comoglio,

Não se deve jamais olvidar que o processo penal acusatório deve ser equilibrado para ambas as partes, quer para crimes nacionais, quer para crimes de alcance global.

Ademais, segundo jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos o princípio fundamental e estrutural do processo com todas as garantias, é o da igualdade de armas, segundo o qual tanto a acusação quanto a defesa e o acusado devem contar com igualdade de possibilidades³³.

No dizer do professor Antônio Scarance Fernandes³⁴, autor e réu deverão ter os mesmos direitos, mesmos ônus e mesmos deveres. Dentro das necessidades técnicas do processo deve a lei propiciar a autor e réu uma atuação processual em plano de igualdade no processo, deve dar a ambas as partes análogas possibilidades de alegação e prova.

O princípio da igualdade de armas visa, sobretudo, a assegurar às partes a igualdade jurídica, não somente sob o aspecto formal, mas principalmente material, a partir da previsão de instrumentos e mecanismos que permitam a manutenção de uma relação de equilíbrio. É esse o sentido que se extrai da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos demais tratados internacionais pertinentes à matéria³⁵.

No caso da prova produzida no exterior, o respeito à paridade de armas implica assegurar a iniciativa em recorrer à cooperação jurídica internacional tanto

à acusação quanto à defesa. Nesse sentido, já na produção da prova, a igualdade de armas compreende a igualdade de oportunidades, de intenção de justiça, na medida em que as condições singulares dos indivíduos exigem tratamentos diversos³⁶.

Nesse sentido, é que exsurge a importância de se conferir meios de acesso à cooperação jurídica internacional, via auxílio direto, também à defesa e, em especial, meios específicos à Defensoria Pública, propiciando a sua interação com o sistema.

A seguir, serão apresentados os meios atualmente disponíveis à defesa, com o inafastável dever de análise crítica.

V. MEIOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL DISPONÍVEIS ATUALMENTE PARA A PRODUÇÃO DE PROVA PELA DEFESA: (IM)POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO AUXÍLIO DIRETO

Particulares podem efetuar a produção de prova diretamente no exterior, na medida em que o investigado, o acusado ou seu defensor podem obter documentos fora do País e legalizá-los perante as autoridades consulares nacionais. Tal prática consiste na cooperação com “consularização” ou legalização consular³⁷.

Como aduz Moro³⁸, o princípio básico que rege a cooperação jurídica internacional é o de que ela deve ser a mais ampla possível, obviamente, dentro de limites que devem ser observados. Entretanto, tais limites devem ser a exceção e não a regra.

Desse modo, entende-se que como exceção, devem estar expressos nos tratados que, eventualmente, os preveem. Como visto no capítulo anterior, na maioria dos casos, não há vedação explícita à utilização do auxílio direto para a produção de prova pela defesa.

Entretanto, países como os Estados Unidos, a China, a Colômbia e, mesmo no âmbito do Mercosul, entendem pela impossibilidade de aplicação do instituto para a defesa de particulares³⁹.

³⁷ ARAS, Vladimir; LIMA, Luciano Flores de. Cooperação Internacional Direta pela Polícia ou Ministério Público. In: BALTAZAR Jr. José Paulo e LIMA, Luciano Flores de Lima. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2010, p. 140.

³⁸ MORO, Sérgio Fernando. “Cooperação jurídica internacional em casos criminais: considerações gerais” in BALTAZAR Jr. José Paulo e LIMA, Luciano Flores de Lima. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2010, p. 16.

³⁹ Conforme Vladimir Aras, a utilização da via baseada em tratados de assistência jurídica mútua em penal (MLAT) não tem sido facultada à defesa. O atendimento de solicitações no interesse exclusivo do investigado ou denunciado tem sido rechaçado nesses tratados e na praxis cooperativa estatal. De igual modo, informação prestada informalmente pelo DRCI dão conta da existência de tal espécie de denegação.

³² A Constituição Federal inscreveu a prevalência dos Direitos Humanos como um dos princípios a reger o Brasil nas suas relações internacionais e o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, que notadamente no seu art. 8º dispôs sobre as garantias judiciais determinando:

“1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas, dentre outras: direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

³³ BACIGALUPO, Enrique. Justicia Penal y derechos fundamentales. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002. p. 136.

³⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4ª Ed. 2005. RT:São Paulo. p. 52. Idem. Ob. Cit. p. 256.

³⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: Eficácia da Prova Produzida no Exterior. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2009. p. 92

³⁶ BARRETO, Irineo Cabral. A Convenção Europeia dos Direitos do homem anotada. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 136 apud Ob. Cit.

Ainda que seja criticável tal posicionamento jurídico, por sua evidente limitação à ampla defesa, a eliminação de tal óbice dependeria do aperfeiçoamento da negociação de tratados internacionais do gênero, e não pode ser resolvida mediante imposição unilateral de qualquer dos Estados-partes.

Neste sentido, no atual contexto, não se apresentaria cabível a utilização de determinados acordos internacionais de colaboração mútua em matéria penal para atender pretensão de um particular.

Como antes assinalado, a prova poderá ser produzida diretamente pela parte no exterior e submetida a legalização consular, ou ainda pode-se utilizar o mecanismo de cartas rogatórias, que não encontra o mesmo óbice que os pedidos de mutual legal assistance (MLA)⁴⁰.

Ocorre que, hoje em dia, a via diplomática é cada vez menos utilizada para a obtenção de provas criminais, sendo empregada quando não existem tratados de assistência jurídica mútua, servindo para as hipóteses de formalização de compromissos de reciprocidade, ou para as situações em que a lei nacional ou o próprio tratado de cooperação vigente exigem a utilização de rogatórias.

Desse modo, a impossibilidade de utilização de determinados acordos bilaterais por si só já atua em prejuízo da defesa, a qual deverá utilizar a via morosa das cartas rogatórias ou a burocrática via diplomática, observado que a parte adversa tem mecanismos mais céleres e eficientes para obter ou produzir a prova.

Nesse sentido, cediço que a gênese do instrumento do auxílio direto encontra-se associado à ineficiência das cartas rogatórias, notadamente, pelo fato de que as medidas de caráter executivo solicitadas sempre foram consideradas atentatórias à soberania nacional. A partir do instante em que a autoridade nacional passa a agir por provocação da autoridade estrangeira tendo plena autonomia e controle sobre o mérito e formalidades do pedido, escusa-se do recurso à soberania como argumento de autoridade a impedir a cooperação⁴¹.

Nesse contexto, flagrante que tal limitação ofende o princípio da ampla defesa, no que diz respeito ao acesso aos meios e recursos a ela inerentes (artigo

5º, inciso LV, da Constituição) e qualquer tratado que assim disponha poderia ser submetido a controle de constitucionalidade para interpretação conforme.

Logo, a autoridade central brasileira não poderá recusar a tramitação de pedidos da defesa destinados ao exterior. Contudo, é quase certo que em muitos casos os Estados estrangeiros manifestarão recusa a solicitações desta ordem, porque os instrumentos de assistência recíproca são considerados privilégio dos órgãos estatais de persecução na luta contra a criminalidade transnacional.

Portanto, a não ser que haja permissão expressa no texto do MLAT ou que a praxe entre as nações cooperantes o admita, não terão seguimento no exterior os pedidos de exclusivo interesse e iniciativa da defesa para a utilização em ações penais em curso no Brasil.

Nesse ínterim, Vladimir Aras tenta apresentar solução que equilibraria o sistema :

brasileira por intermédio da autoridade legitimada no texto do acordo, isto é, pelo juiz, pelo membro do Ministério Público ou pela autoridade policial. Deste modo, ficará claro que a prova indicada pela defesa é de interesse da investigação criminal ou da instrução criminal, resguardando-se os princípios da verdade real, da comunhão da prova, da ampla defesa e do contraditório.

Ainda que assim não seja, a defesa de um acusado no Brasil não estará definitivamente prejudicada pela recusa do Estado estrangeiro em cooperar por MLA, tendo em vista que resta o caminho da legalização consular. A prova poderá ser obtida no exterior por qualquer meio e apresentada à representação consular brasileira no país de origem, para autenticação e regularização documental. Neste caso, não haverá a participação da autoridade central na produção probatória .

Todavia, o que se pretende como solução efetiva e concreta da *quaestio juris* é a de não ser mais necessário restar na dependência de o Judiciário e/ou do Ministério Público compreenderem as razões do pedido da defesa, transformando-o em causa própria do Juízo.

Não bastasse isso, situação peculiar, que não é levada em conta nos casos de denegação da produção de prova pela defesa, ocorre quando a defesa é patrocinada pela Defensoria Pública (da União) e, assim, ao se vislumbrar pleito de prova em outro Estado, não é um particular *stricto sensu* que o pretende, mas sim o Estado, por meio

⁴⁰ Seguindo linha de raciocínio de Aras, também espera-se que o sistema de MLA evolua e não seja mais prerrogativa da acusação.
⁴¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: Eficácia da Prova Produzida no Exterior. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, 2009. pp. 45-6.

⁴² ARAS, Vladimir. O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional. In: BALTAZAR Jr. José Paulo e LIMA, Luciano Flores de Lima. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2010, p. 84

de uma instituição legitimada a atuar em favor de réus hipossuficientes econômicos.

Assim sendo, um paradoxo se instala. De um lado, pessoa carente que sequer tem condições de constituir advogado no Brasil, precisando da assistência da Defensoria Pública da União (considerando se tratar de crime transnacional), e que tampouco poderia custear produção de prova no exterior e, de outro lado, um Estado instado a cooperar, mas que denega tal cooperação, sob o fundamento da impossibilidade da sua utilização por particular.

Nesse ponto, poderia se arguir que se o Estado já está arcando com os custos da assistência jurídico-processual da parte, deveria admitir a possibilidade de ser firmado acordo de cooperação jurídica internacional para a produção de prova pela defesa, sob pena de agravar o ônus estatal, aniquilando o princípio da igualdade entre acusação e defesa. É o que será visto adiante.

VI. O ACESSO INTERNACIONAL À JUSTIÇA E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

A Defensoria Pública é um instrumento de efetivação do acesso à justiça e de manutenção de uma ordem jurídica justa sendo que, no processo penal, passa a ocupar um lugar de destaque ao garantir aos seus assistidos e aos acusados em geral um provimento jurisdicional final justo e obtido em equidade de armas com a acusação. O fortalecimento da instituição é a única forma de afirmação da norma hipotética fundamental consistente no direito de defesa em sua plenitude no cenário jurídico brasileiro.

Nesse norte, a Defensoria Pública da União já manifestou intenção favorável em integrar o Projeto de Cooperação Jurídica Internacional proposto pelo DRCI/MJ⁴³, para, no âmbito de suas atribuições legais, prestar assistência jurídica gratuita aos estrangeiros residentes no exterior que comprovarem insuficiência de recursos. Já há parecer favorável do CONJUR/MJ⁴⁴, no intuito de estabelecer acordos de reciprocidade, observada a iminência da entrada em vigor da Convenção de Haia sobre Acesso Internacional à Justiça, que permitirá a tramitação desses pedidos para outros países europeus⁴⁵.

⁴³ A Defensoria Pública da União, por meio do memorando nº 31/2011/DPU/GTAL, de 15 de junho de 2011, manifestou anuência com o Projeto para assistência jurídica gratuita a estrangeiros no exterior.

⁴⁴ Parecer nº 94/2011/CEP/CGLEG/CONJUR/MJ, no processo nº 08099.005089/2011-21.

A Defensoria Pública é órgão essencial à função jurisdicional do Estado, conforme estabelece o artigo 134 da Constituição Federal, bem como o artigo 1º da Lei Complementar nº 80 de 1994⁴⁶, in verbis:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Possui os seguintes objetivos institucionais (art. 3º-A da LC 80/94):

- I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;**
- II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;**
- III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e**
- IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório**

E as seguintes funções pertinentes à temática em comento (art. 4º da LC 80/94):

- I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;**
- (...)**
- III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;**
- (...)**
- V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa**

⁴⁵ Veículo: DRCI/MJ. Acesso em 17 de junho de 2011.

⁴⁶ O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), do Ministério da Justiça (MJ), tem atuado na operacionalização dos acordos internacionais para a cooperação jurídica internacional. Dentre os tipos de pedidos possíveis na cooperação jurídica internacional em matéria civil e comercial, destacamos o Pedido de Assistência Judiciária, previsto em diversos normativos. O tema é conhecido como ‘Acesso Internacional à Justiça’.

Apesar de pouco conhecido, o Pedido de Assistência Judiciária permite que um brasileiro residente no Brasil possa solicitar assistência jurídica gratuita para se defender em ação judicial que corre em um país estrangeiro ou iniciar uma ação judicial no exterior.

A regra internacional para esse tipo de pedido é a seguinte: “Os nacionais e os habitualmente residentes em qualquer Estado Contratante terão o direito de receber assistência judiciária para procedimentos judiciais referentes à matéria civil e comercial em outro Estado Contratante, nas mesmas condições que receberiam caso fossem nacionais ou residentes habituais daquele Estado.” Dessa forma, quando o pedido chega ao exterior, ele é analisado para verificar se o solicitante preenche os requisitos no país estrangeiro para a assistência judiciária.

Para fazer uso dessa possibilidade, é preciso verificar a existência de acordo internacional entre o Brasil e o país estrangeiro, com previsão normativa para esse tipo de pedido. A lista de acordos que permitem a assistência judiciária gratuita encontra-se na página no Ministério da Justiça, no item ‘cooperação internacional’ do Menu. Resumindo podemos relacionar os seguintes países: Itália, Espanha, França, Argentina, Paraguai, Chile, Uruguai.

<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ4824E353ITEMID13E05ECCA5154723893874BD5A537563PTBRIE.htm>

Em breve, um acordo multilateral estará em vigência no Brasil, o que permitirá a tramitação desse tipo de pedido para outros países europeus. O acordo se chama ‘Convenção da Haia sobre Acesso Internacional à Justiça’.

⁴⁶ Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.

e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

(...)

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

(...)

Assim, com base nos objetivos e nas funções destacadas acima, bem como na preocupação já demonstrada pela Defensoria Pública da União quanto ao dever de acesso internacional à justiça, é que se defende a possibilidade de a Defensoria Pública da União, instituição atualmente vinculada ao Ministério da Justiça, atuar como autoridade central em futuros acordos bilaterais que versem sobre matéria de defesa.

Desse modo, pondo fim à querela acerca da possibilidade de utilização dos acordos bilaterais atualmente existentes para a produção de prova pela defesa.

Ainda que se entendesse pela exceção que se poderia efetuar para os assistidos da Defensoria, quando o próprio Juízo, de plano, poderia entender como questão do Juízo a prova proposta, tal solução não equalizaria o sistema, pois ainda assim, o Estado estaria, de certa forma, discriminando réus, sem cumprir o mandamento constitucional e internacional acerca da oportunização de iguais possibilidades à acusação e à defesa.

Assim, é que o presente trabalho vislumbra um futuro promissor para a defesa na cooperação jurídica internacional penal.

VII. FUTURO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATERIA PENAL: DESAFIOS

O Deus Janus, na mitologia romana, era o porteiro celestial, sendo representado com duas faces, uma que olhava para trás e outra para frente, representando os términos e os começos, o passado e o futuro.

Desse modo, reputa-se o momento atual de evolução do instituto da cooperação internacional como uma fase de transição, de certo modo, estamos em um portal, como Janus, olhando para o futuro.

Até agora, o instituto do auxílio direto evoluiu, primordialmente, para a facilitação da persecução penal, para a colheita de provas para a acusação, no intuito de coibir o avanço da criminalidade que atinge os países como um todo, que não respeita fronteiras e limites territoriais.

Entretanto, em contraponto, o respeito aos direitos humanos, em nível nacional e internacional, também apresenta grandes avanços, precisando angariar efetividade real no comportamento das nações.

Diante de tais constatações, o futuro da cooperação jurídica penal internacional está na disponibilização dos mesmo mecanismos postos à disposição da acusação, no procedimento de cooperação jurídica internacional, também à defesa, em plena e devida igualdade, haja vista não existir valor maior a ser respeitado que a dignidade da pessoa humana, que o homem em si mesmo.

Assim, não se justifica que a acusação tenha todos os meios mais céleres e efetivos para constituir sua prova e a defesa seja relegada a plano inferior, sendo-lhe apenas disponibilizados os meios mais custosos e burocráticos, sob pena de se instituir um verdadeiro direito penal do inimigo na cooperação jurídica internacional.

Por tudo isso é que se reputa plenamente razoável e pertinente a análise de tratativas, no intuito de se firmar acordos bilaterais em favor da defesa, nos quais a autoridade central, no Brasil, deveria ser a Defensoria Pública da União.

Enfim, suscitada a reflexão, espera-se que novas ideias surjam, com propostas hábeis a solucionar o impasse. O presente estudo, de forma modesta, apresentou proposta, que de forma alguma esgota o tema e suas repercussões, as quais merecem ser discutidas em oportunidades vindouras.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E. e CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

AMBOS, Kai. La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática. Tradução de Ezequile Malarino. Montevideo: Fundacion Konrad-Adenaur, 2005.

MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Orgs.). *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Urugüai: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

ARAS, Vladimir. O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional. In: BALTAZAR Jr. José Paulo e LIMA, Luciano Flores de Lima. Porto Alegre, Verbo Juridico, 2010, pp. 59-94.

LIMA, Luciano Flores de. Cooperação Internacional Direta pela Polícia ou Ministério Público. In: BALTAZAR Jr. José Paulo e LIMA, Luciano Flores de Lima. Porto Alegre, Verbo Juridico, 2010, p. 140.

ARAUJO, Nadia. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional in CARVALHO RAMOS, André e CASELLA, Paulo Borba (orgs). *Direito Internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 98-114.

Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 01-17.

ARAÚJO, Nádia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de Cooperação interjurisdiccional no MERCOSUL. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, p. 45, mai. 2005.

BACIGALUPO, Enrique. *Justicia Penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002. p. 136.

BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen (Org.). *O Direito Internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: Eficácia da Prova Produzida no Exterior*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2009.

BRAZ, Mário Sérgio A. Imunidade de jurisdição e negativa de exequatur a cartas rogatórias passivas. *Revista Forense*, v. 100, n. 376, p. 431, Nov/dez. 2004.

CAPELLETI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça: Tradução Ellen Gracie Northfleet, Sergio Antonio Fabris Editor*, Porto Alegre, 1988.

CARVALHO RAMOS, André de. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba, MEIRELLES, Elisabeth de Almeida e POLIDO, Fabricio B. Pasquot (Orgs.). *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade - Guido Fernando Silva Soares Amicorum Discipulorum Liber*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 461-468.

CASELLA, Paulo B. e SANCHEZ, Rodrigo E. (org). *Cooperação judiciária internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

CERVINI, Raúl e TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. In: D'ANGELIS, Wagner Rocha (Org.). *Direito Internacional do século XXI: Integração, Justiça e Paz*. Curitiba: Juruá, 2005.

DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. In: *MANUAL DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS*. Cooperação em Matéria Penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008, p. 32.

DIREITO, Carlos Alberto; PEREIRA, Antônio Celso; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Orgs.). *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DREYZIN DE KLOR, Adriana *Los Instrumentos De Cooperación Jurisdiccional Del Mercosur, ¿Útiles a la Asistencia?* *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009, n.o 3, pp. 608 e seguintes.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. 2ª Edição. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2006. p. 535.

FERRAJOLI, Luigi. A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do Estado nacional. Traduzido por Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

G., Rodrigo P. Correa. Chile. I CON International Journal of Constitutional Law. Nova Iorque, n. 1, vol. 1, 2002, p. 130-5.

GIL, Alicia Gil. Derecho Penal Internacional. Madrid: Edigrafos S.A., 1999.

G., Daniel Zovatto. Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: Recopilación de Instrumentos Básicos. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em xx de xxxxxxxx de xxxx.

HÄBERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo. Trad. de Marcos Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

JÚNIOR, Alberto do Amaral. A proteção internacional dos direitos humanos. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 155, ano 39, p.51-60, jul.-set. 2002.

KLEFFENS, E. N. Van. Sovereignty in International Law: Five Lectures. RCADI, t. 1, 1953. p. 108.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. In: LOSANO, Mário G. (Org.). Direito Internacional e Estado Soberano. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEÃO, André Carneiro. A Extradicação no Brasil: Uma Releitura a Partir das Garantias do Devido Processo Transnacional. Monografia de Pós-Graduação. Recife, 2011.

MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, fascículo 54, mai.-jun. 2005.

MANUAL DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS. Cooperação em Matéria Penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008.

MATIAS, Eduardo Felipe P. A Humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MUELLER, Gerhard O.W. International Judicial Assistance in Criminal Matters. In MUELLER, Gerhard & WISE, Edward (eds). International Criminal Law. New Jersey: Rothman Ed., 1965.

MOON JO, Hee; SOBRINO, Marcelo da Silva. Soberania no direito internacional: Evolução ou revolução? Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 163, ano 41, p. 7-29, jul.-set. 2004.

MORO, Sérgio Fernando. “Cooperação jurídica internacional em casos criminais: considerações gerais” in BALTAZAR Jr. José Paulo e LIMA, Luciano Flores de Lima. Porto Alegre, Verbo Juridico, 2010.

PETRUS, Christian Herrera. La obtención internacional de pruebas, asistencia jurisdiccional en Europa. Real Colégio de Espana: Bolonia, 2005, pp. 27-69.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional. Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo, n. 1, p. 147-161, jan.-jun. 2003.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REICHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado, teoria e prática. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 229.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. “Anotações sobre o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional” in Revista de Processo, nº 129, pp. 133-160.

Cooperação Jurídica Internacional e Auxílio Direto in BARROSO, Luis Roberto e TIBURCIO, Carmen (orgs.). O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, pp.797-809.

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE BRASILEIRO.

Leonardo Cardoso de Magalhães¹

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A Defensoria Pública como instituição constitucional essencial à função jurisdicional do Estado é, conseqüentemente, promotora dos direitos humanos e defensora dos carentes e tem importância salutar na integração dos usuários no sistema, seja atuando como difusora de informações, seja como demandante de melhorias e fiscalizadora das políticas públicas de saúde.

O conceito de saúde compreende o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade.

No Brasil, foi a partir do governo Getúlio Vargas (1934-1937) que as políticas sociais, inclusive a sanitária, foram (re)formuladas como propostas governamentais de considerável alcance. Identifica-se, assim, o passo precursor da institucionalização da saúde pública. Com o fortalecimento dos direitos trabalhistas, sobretudo dos trabalhadores urbanos, que garantiam sustentação política ao governo, foram criadas instituições previdenciárias, as quais incumbiam, também, a prestação de assistência médica aos seus segurados, centrado no modelo médico assistencial privatista e curativo.

Nessa perspectiva, estabeleceram-se no país duas fontes de regulamentação e prestação de serviços de saúde, uma a cargo do Ministério do Trabalho, no tocante à saúde do trabalhador vinculado ao sistema previdenciário e outra ao Ministério da Educação e Saúde, de caráter residual e com pouco investimento público.

¹ Defensor Público Federal em Minas Gerais, especialista em direito civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, membro do Comitê Regional de Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

SLAUGHTER, Anne-Marie. “Sovereignty and Power in a Networked World Order” in 40 Stanford Journal of International Law (2004) p.283-327.

SOUZA, Carolina Yumi de. A defesa na cooperação jurídica internacional - reflexões preliminares. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 214, p. 14-15, set., 2001.

SOUZA, Solange Mendes de. Cooperação Jurídica Penal no Mercosul: novas possibilidades. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

Princípios do Direito Internacional Contemporâneo. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. 268p.

TODOROV, Tzvetan. In: CASSESE, Antônio; DELMAS-MARTY, Mireille. (Orgs.). Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Traduzido por Sílvio Antunha. São Paulo: Manole, 2004.

VALLADÃO, Haroldo. “Da cooperação internacional em processos criminais” in Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. LXXXVII, Fasc. nº 400, 1933, pp. 463-488.

Durante o governo militar, com a unificação de institutos previdenciários e conseqüente criação do Instituto Nacional de Previdência Social (1966), encarregado de gerir as prestações e serviços de saúde de todos os trabalhadores formais, exceto para os trabalhadores urbanos, sem vínculo formal de trabalho e os rurais, restou reduzido o investimento em saúde pública, com graves reflexos para a população brasileira. Esse modelo, ao priorizar a medicina curativa, foi incapaz de responder às demandas naturais da saúde coletiva, tais como: as endemias, as epidemias e os indicadores de saúde (mortalidade infantil, o índice de desnutrição etc.).

Nesse contexto, percebeu-se a necessidade de reformulação do modelo de saúde pública adotado pelo Brasil, que deveria ser focado na medicina preventiva e no acesso amplo, universal e igualitário. No plano internacional, as discussões travadas no âmbito da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, em Alma-Ata (1978), reforçaram essa preocupação de sanitaristas brasileiros no fomento de uma nova política pública de saúde.

Foi em março de 1986, durante a VIII Conferência Nacional de Saúde, que se estruturou um novo sistema de saúde brasileiro, unitário, separado da previdência social, de caráter universal, gratuito e descentralizado. Adotou-se, dessa forma, um conceito amplo de saúde, tida como resultado de políticas econômicas e sociais, cuja análise deveria ser macrossistêmica e conjugada entre as diversas esferas governativas, dotada de relevância constitucional. Tais conclusões subsidiaram as deliberações da Assembléia Nacional Constituinte.

Com o advento da Constituição da República de 1988 fundou-se, formalmente, o sistema único de saúde-SUS, cujas bases remetem ao fracasso do modelo médico assistencial privatista, pelo qual a prestação de saúde era deferida a parcela da população brasileira. Por meio da normatização constitucional da seguridade social, tutelaram-se os direitos individuais no capítulo destinado à previdência, e os coletivos, na parte que cuida da saúde e da assistência social.

Define-se, assim, o SUS como um conjunto de ações e serviços de saúde sob gestão pública e estruturado nos seguintes princípios e diretrizes fundamentais: a universalidade de atendimento e alcance de suas ações; a integralidade; a descentralização e a participação da comunidade.

O acesso às ações e serviços de saúde é indiscriminado, isto é, qualquer cidadão, seja qual for sua renda, sexo, idade ou classe social, tem direito a esse atendimento público e gratuito.

A integralidade, ou atendimento integral, está correlacionado a prestação de medidas terapêuticas, tanto curativas, como preventivas, constante de uma carteira de serviços reputados sanitária ou socialmente necessários, para a população, por exemplo, a campanha de vacinação contra febre amarela no Brasil, cuja doença é endêmica.

A escolha do procedimento terapêutico é feita levando-se em consideração os estudos de carga das doenças; as prioridades da política nacional de saúde; a medicina de evidências; a avaliação tecnológica em saúde; os critérios bioéticos; as opiniões dos gestores e prestadores de saúde; as necessidades sociais; os impactos econômicos e organizativos e os custos das tecnologias. A partir daí, é possível que o usuário recorra, em caráter suplementar, a outros serviços não previstos na rede pública, como, por exemplo, aos procedimentos cirúrgicos eminentemente estéticos. É o caso, também, do Canadá, que, por meio dos sistemas provinciais, presta serviços indistintamente aos canadenses.

A descentralização, por sua vez, identifica o aspecto da direção setorial do sistema, levando-se em conta as três esferas governativas (federal, estadual e municipal), cujas responsabilidades e atribuições estão delineadas na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90) e, recentemente, no seu regulamento, o Decreto nº 7508/11.

O modelo de saúde brasileira, centrado na medicina preventiva e na ampla assistência médica e farmacêutica, tem por pilar fundamental o acompanhamento periódico da população, através do programa saúde da família e o suporte das campanhas profiláticas de vacinação e de diagnósticos.

Assim, é possível dividir a atenção à saúde em: a) primária: desenvolvida através dos sistemas locais de saúde, que visam ao atendimento holístico e geral do indivíduo e geralmente se referem à prevenção e ao tratamento de doenças corriqueiras e endêmicas; b) secundária: destinada ao tratamento específico de doenças intermediárias relacionadas às especialidades médicas; c) terciária: doenças complexas afetas às subespecialidades médicas.

Em síntese, no Brasil, além do atendimento médico, o sistema financia o diagnóstico; o tratamento curativo (internações e cirurgias); outros serviços de suporte à saúde (fisioterapia, psicologia, terapia ocupacional entre outros) e o fornecimento gratuito de medicamentos.

O financiamento da saúde é tripartite, isto é, são conjugados recursos públicos federais, estaduais e municipais para a manutenção do sistema. Assim, os municípios devem gastar 15% de suas receitas com saúde, os Estados, 12% e a União Federal tudo o que foi gasto no ano anterior mais a variação nominal do PIB, de acordo com a Emenda Constitucional nº 29/00. Por isso, a responsabilidade pela efetividade e execução das políticas públicas de saúde é solidária entre as três esferas governativas, embora se reconheça uma divisão administrativa de atribuições.

Em dezembro passado, o Congresso Nacional regulamentou a disposição constitucional que estabelece percentuais mínimos de aplicação de receita ao definir os gastos públicos em saúde, o que cominou na promulgação da Lei Complementar nº. 141/2012.

A regulamentação dos gastos em saúde representa um avanço para a efetiva implementação do sistema único de saúde na medida em que se define o que, de fato, significa investir em saúde. Não raro, prefeituras e alguns Estados brasileiros consideravam gasto em saúde uma miríade de despesas, que pouca ou nenhuma relação mantinham com o tema, tudo isso de forma a demonstrar que o percentual constitucional supracitado fora atendido.

Segundo dados do Ministério da Saúde, o Brasil gastou 3,6% do Produto Interno Bruto (PIB) com a saúde pública, em 2008. O valor equivale a quase US\$ 61 bilhões. De acordo com Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), 56% do que é investido em saúde no país vem de recursos públicos. Em 2010, gastou 4% do PIB, aproximadamente US\$ 71 bilhões.

Apesar de consideráveis do ponto de vista monetário, esses valores são, ainda, insuficientes para assegurar atendimento adequado à população, ainda mais ao se considerar as dimensões continentais do país, as desigualdades socioeconômicas e culturais entre as regiões brasileiras e os mais de 135 milhões de brasileiros, potenciais beneficiários do SUS. Estima-se que 28,6% são usuários exclusivos, 61,5% não exclusivos e 8,7% não-usuários, ou seja, valem-se apenas do serviço privado de saúde, conforme demonstra pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde, no ano de 2002.

Outra pesquisa², recém divulgada pela Confederação Nacional da Indústria, demonstra que 24% da população brasileira possui plano de saúde ou convênio e 68% tem a rede pública como única ou principal provedora de serviços de saúde.

O SUS é referência mundial no fornecimento de medicamentos e na prevenção e combate ao HIV/AIDS; na realização de cirurgias coronarianas e bariátricas; nas campanhas de vacinação e combate à dengue, na terapia renal, e no tratamento oncológico. Possui o maior programa público de transplantes, que envolve 555 estabelecimentos de saúde e 1376 equipes, responsáveis pela realização de 15.527 transplantes no ano de 2005. O programa nacional de imunizações propiciou a erradicação da febre amarela, da varíola e da poliomielite.

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

O direito público subjetivo à saúde é corolário lógico do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana e apresenta eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente de regramento legal. Assim considerado, é plenamente viável a exigência judicial da prestação material faltante, conforme lição de Luís Roberto Barroso:

“Eficácia jurídica ou simétrica é o nome pelo qual se convencionou designar a eficácia associada à maioria das regras. (...) a aplicação da eficácia positiva aos princípios ainda é uma construção recente. Seu objetivo, no entanto, seja quando aplicável a regras, seja quando aplicável aos princípios, é o mesmo: **reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal**. Ou seja: se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorreram – tenha a norma sido violada por ação ou por omissão –, a eficácia positiva ou simétrica pretende **assegurar ao interessado a possibilidade de exigi-los diretamente, na via judicial se necessário**”.³ (g.n.)

Além disso, o sistema normativo nacional albergou convenções internacionais referentes ao tema, conferindo direitos ao cidadão, que devem ser respeitados e promovidos pela sociedade e pelo Estado genérico, conforme segue:

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Artigo 12. 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa de **desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental**.

2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim

² Disponível em <http://www.portalconass.org.br/pdf/Retratos%20da%20Sociedade%20Brasileira%20Saude%20Pu%CC%81blica%20Janeiro%202012.pdf>, acesso em 10.01.2012.

de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias de assegurar:

(...)

d) *A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.*

O Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, assim dispõe:

Convenção Americana de Direitos Humanos

Artigo 4º - Direito à vida.

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção (...)

Esses diplomas internacionais em matéria de direitos humanos possuem **status normativo supralegal**, de sorte que suplantam qualquer norma jurídica infraconstitucional tendente a esvaziar o conteúdo da proteção veiculada pela norma internacional, como decidido pelo **Supremo Tribunal Federal**, no **Recurso Extraordinário nº. 466.343**, publicado na Ata nº 33, de 03/12/2008 - DJE nº 236, e **Habeas Corpus 87.585**, no informativo de jurisprudência nº. 531.

Outrossim, dispõe a Lei nº 8.080/90, que trata das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e funcionamento dos serviços correspondentes, em seu art. 2º, *caput*, que:

“Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Garante a Lei Orgânica da Saúde que todos, indistintamente, terão acesso à assistência farmacêutica, que abrange as etapas do abastecimento de medicamentos, do atendimento ambulatorial/hospitalar e do fornecimento dos remédios para tratamento prescrito por médico responsável.

Nesse contexto, considerando que os recursos investidos, apesar de ampliados nos últimos anos, ainda são insuficientes para atender à demanda real; que o sistema único como estruturado prevê uma carteira de serviços, cuja atualização e incorporação de novas tecnologias não acompanha, na mesma velocidade, a evolução dos procedimentos e técnicas da medicina; que o usuário tem direito a tratamento integral e gratuito, a judicialização de pedidos de internação; a concessão de

medicamentos; a realização de tratamento no sistema privado e, até mesmo no exterior (como ocorria com o tratamento da retinose pigmentar em Cuba), tem se desvelado como um das questões preocupantes enfrentados nas últimas décadas pelos gestores de saúde. E, de certa forma, entranha para o efetivo fortalecimento do sistema, pois ao redirecionar recursos públicos para o atendimento às demandas judiciais, deixa-se de atender outros setores da saúde que demandam melhoria ou maior investimento.

Combate-se aqui, não a necessidade de correção judicial de uma omissão estatal na consecução da política pública de saúde, mas sim o exagero na judicialização de demandas para tratamentos que sequer foram aprovados pelos órgãos sanitários brasileiros e sob os quais ainda pairam dúvidas acerca da sua eficácia curativa. Estima-se que o governo federal gaste mais de US\$ 138 milhões por ano para atender às demandas judiciais.

Por outro lado, cabe salientar que a judicialização dessas questões também está ligada à falta de informações a respeito da política pública de saúde perseguida. Essa falta recai sobre normas básicas do sistema, tais como: os locais de dispensação de medicamentos; o caminho procedimental a ser trilhado para a obtenção de uma consulta, exame ou internação hospitalar; a necessidade de registro nas equipes do programa saúde da família, encaradas como portas de entrada do sistema público de saúde. O desconhecimento e/ou desinteresse, diga-se de passagem, generalizado, abrange tanto os usuários como os próprios Defensores, Advogados, Procuradores, Juízes, médicos e profissionais da saúde que, em alguns casos, sequer conhecem o funcionamento administrativo do sistema único e a sua rede de atendimento, o que leva a decisões desencontradas da realidade local.

A Defensoria Pública, se de um lado é responsável por deflagrar demandas que visem à efetividade do direito à saúde, no exercício de sua missão constitucional de assistência jurídica do carente, por outro, tem o dever de atuar na melhoria e no êxito do sistema único de saúde, seja fomentando o debate interinstitucional, seja fiscalizando a execução dessas políticas públicas, promovendo-se, em todo o caso, a participação do usuário na tomada de decisão em saúde.

Para tanto, a Defensoria deve ter assento e voz nos Conselhos de Saúde, órgãos, segundo a organização político-administrativa brasileira, incumbidos da formulação e da discussão de políticas públicas de saúde. Despontam-se, dessarte, duas necessidades básicas: **1) Atuação intersetorial e interdisciplinar; 2) a Integração e a interlocução entre órgãos, gestores e usuários.**

³ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6. ed. 4. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377.

A Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/94) estabelece que o Defensor Público deve primar pela solução extrajudicial dos conflitos.

A **assistência jurídica integral** e gratuita outorgada como função primordial da Defensoria Pública pela Constituição da República compreende a orientação, a defesa extrajudicial e judicial e atuação conciliatória, quando relacionada a interesses e direitos de necessitados, ainda incluídos os idosos, o consumidor, a criança e o adolescente, o apenado e outros grupos socialmente vulneráveis.

Objetiva-se, no âmbito da **função institucional conciliatória, a integração da DP com os demais órgãos afetos ao sistema único de saúde para o fim de viabilizar uma câmara de conciliação em saúde**, na qual serão resolvidas demandas (fornecimento de medicamentos; acesso ao sistema de leitos e internações) sem a necessidade de deflagrar ações judiciais.

Essa câmara conciliatória seria integrada, de um lado, pelos gestores de saúde e, de outro, pelos usuários, através da qual seriam discutidas formas para o atendimento personalizado da necessidade apontada. Assim, somente seriam judicializadas aquelas demandas cuja conciliação prévia restou infrutífera. É o que denomino de judicialização consciente das demandas de saúde.

Em outras palavras, impõe-se a mudança de foco como forma de minimizar os gastos com demandas cujas alternativas terapêuticas, em boa parte dos casos, compõem o próprio sistema.

Não se pode olvidar, ainda, que demandas judiciais são iniciadas para discutir o uso de medicamentos que, embora fornecidos pelo Estado genérico, não são para a doença da qual padece o usuário-autor. Isto é, apesar da prescrição médica específica, o gestor de saúde recusa o fornecimento de medicamento apenas porque não previstos, em regramentos internos (diretrizes e protocolos terapêuticos) da respectiva Secretaria de Saúde. Essa questão também poderia ser objeto de deliberação pela câmara conciliatória em saúde.

Judicializar sempre não resolve o problema da população, que necessita não só da prestação médico-farmacêutica, mas, sobretudo, de informação sobre a estrutura de funcionamento do SUS, de seus direitos e deveres. Nesse sentido, a Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo controle das atividades judiciárias no país.

O ativismo judicial não melhorou o problema de acesso aos serviços e prestações de saúde exatamente porque faltam aos magistrados uma visão macrossistêmica e colegiada da saúde brasileira.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 sinalizou pela prevalência e importância do sistema público de saúde.

Assim, são tarefas da Defensoria Pública em relação aos usuários do SUS:

1- Organizar a comunidade para o efetivo controle/fiscalização social da gestão do sistema, desde o momento de escolha da política pública e alocação de recursos financeiros até a fase final de execução; - Racionalização das ações e dos gastos – maior transparência;

2- Atuar como agente difusor de direitos e fomentar a efetividade da cidadania;

3- Dirigir e estimular a pesquisa em saúde como forma de difundir o estudo do direito sanitário e, num momento futuro, sugerir políticas públicas;

4- Convocar audiência pública para discussão de temas relevantes, tendo como público-alvo os usuários do SUS – função institucional – art. 4º, XXII, da LC 80/94;

5- Fomentar e participar de reuniões nas comunidades com apoio das associações de bairro e, assim, experimentar as necessidades locais e receber reclamações sobre o funcionamento do serviço público de saúde e adotar as medidas administrativas e judiciais cabíveis (Projeto DPU na Comunidade, DPU Pólos da Cidadania);

6- Prestar informações sobre o funcionamento do sistema de saúde pública e formular cartilhas nesse sentido; Ex. medicamentos constantes da RENAME (relação nacional de medicamentos) e da farmácia básica devem ser dispensados sem demanda judicial;

7- Responsabilizar pela aproximação dos órgãos, gestores e demais agentes públicos.

Em direito democrático, a participação do cidadão no procedimento, seja administrativo ou judicial decorre do devido processo legal e é requisito de legitimidade de decisões adotadas em sede de políticas públicas de saúde e demandas judiciais relacionadas ao direito sanitário.

O processo é, na teoria do discurso democrático, uma instituição constitucionalizada, balizadora da soberania popular e da cidadania; condicionante do exercício da jurisdição na solução dos conflitos e validadora da tutela judicial. Nesse sentido, preconiza Rosemiro Pereira Leal:

Não há **Processo**, nos procedimentos, quando o processo não estiver, antes, institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, e isonomia, ainda que o procedimento se faça em contraditório, porque o contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento, e não atributo consentido por leis ordinárias processuais (codificadas ou não) ou dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador⁴.

A viabilização da democracia (que pressupõe participação popular) passa necessariamente pelo aprimoramento do processo e respeito impostergável aos seus princípios institutivos do contraditório, ampla defesa, isonomia, gratuidade na defesa de direitos fundamentais e no direito ao seu exercício, seja pelo advogado, seja pela Defensoria Pública.

A participação social pressupõe, além da mera oitiva do usuário, a sua integração permanente no processo de tomada de decisões quanto aos serviços que integrarão a carteira do SUS; quais ações serão priorizadas; enfim, direciona as ações e serviços sanitários ao atendimento das necessidades e expectativas da população brasileira.

A participação do usuário pressupõe três distintas, mas interligadas, abordagens. Primeiro, o usuário, como destinatário da política de saúde, tem o direito à ampla informação sobre o funcionamento do serviço; como financiador do sistema, o direito a fiscalizar a aplicação dos recursos financeiros e, por fim, como decorrência dos dois primeiros, decisor os **direitos de participar do procedimento de tomada de decisões** referentes a sua saúde, através da Defensoria Pública como interlocutora; de **serviço adequado** e personalizado, **de reclamar** da má-prestação e de ser ressarcido por eventual dano.

Enfim, é através do processo, que se permite a fiscalidade irrestrita da constitucionalidade dos provimentos como decorrência da participação discursivo-

construtiva das partes envolvidas no conflito (agentes de efetivação da cidadania)⁶ e, sobretudo, das bases democráticas do Estado. Há, nesse espaço de contenciosidade, a adoção de um critério crítico-discursivo (devido processo legal) que possibilita a fixação de igualdade interpretativa para todos.

Por isso, a implementação do SUS como política nacional de saúde é responsabilidade também da Defensoria Pública que tem o dever de zelar pela efetividade constitucional do direito à saúde universal, integral e gratuita do brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6. ed. 4. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 08 out. 2009.

BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jan. 1994.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional. Del Rey: Belo Horizonte, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: Temática Processual e Reflexões Jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – primeiros estudos. 8ª ed; rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 38.

⁵ Idem, p. 39.

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Landy, 2002, pp. 109/111.

GARANTÍAS DEL DEFENSOR PÚBLICO PENAL PARA EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN EN EL PARAGUAY

Carlos Flores Cartes¹

Permítanme utilizar el espacio que me brinda la Revista de la REDPO para comentarles que algunas de las garantías que tenemos los Defensores Públicos para el ejercicio de nuestra labor en mi país, el Paraguay, son las mismas que las tienen los colegas de otras naciones de la región, como por ejemplo la AUTONOMIA FUNCIONAL O LA INDEPENDENCIA y ABSOLUTA LIBERTAD en el desempeño de nuestras funciones, sin estar sometidos a órganos extraños y solamente con estricto apego a las leyes que integran el ordenamiento jurídico vigente. Ni siquiera las instrucciones o recomendaciones de un superior jerárquico debe afectar el criterio personal y profesional que tenemos de cada caso durante su tramitación. De hecho, no se conoce de ningún antecedente que un Defensor Público ha recibido instrucciones de cómo actuar o tramitar su expediente por ninguna autoridad superior, llámese Defensora General o Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Quizás recalcar algunas garantías muy importantes, y a las que podríamos llamar “GARANTIAS INTEGRALES” porque abarcan a la INSTITUCION Y A SUS AGENTES, toda vez que nosotros los Defensores Públicos actuamos en representación de aquella. En la medida que las garantías se complementen, las ventajas de su armonización se proyectará en beneficio de los usuarios del sistema. Pero quisiera concluir este artículo con algunas garantías que NO TENEMOS en mi país, en la esperanza de que compartir con los lectores nuestras fortalezas y debilidades pueda servir para comparar, mantener, afianzar o mejorar estas garantías tan importantes en nuestro quehacer diario.

Un par de líneas para hablar sobre el PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL entre las partes, consagrada normativamente en nuestro Código procesal penal con el título: “IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PROCESALES” al

¹ Carlos Flores Cartes, Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Asunción en el año 1.978, post-graduado en Didáctica Universitaria en la Facultad de Filosofía de la misma Universidad. Egresado de la Escuela Judicial del Paraguay, promoción 2.009. Nombrado Defensor Público en el año 2.000 y confirmado en el año 2.006. Actualmente trabajando como Defensor Público de ejecución penal en Asunción. Expositor o participante en numerosos Congresos de Defensores Públicos del MERCOSUR, como los de Río de Janeiro, Montevideo, Buenos Aires, Guatemala, Asunción, Aracayú, Campo Grande, etc. Ha participado desde sus inicios de las actividades de la REDPO (Reunión especializada de Defensores públicos del MERCOSUR), del Bloque de Defensores públicos del MERCOSUR y de la AIDEF (Asociación Inter-Americana de Defensores Públicos).

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

SAÚDE, Conselho Nacional de Secretários de. SUS: avanços e desafios. Brasília: CONASS, 2006.

SAÚDE, Conselho Nacional de Secretários de. Sistema Único de Saúde. Brasília: CONASS, 2007.

SAÚDE, Conselho Nacional de Secretários de. Legislação Estruturante do SUS. Brasília: CONASS, 2007.

establecer: *“Se garantiza a las partes el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución, en el Derecho internacional vigente y en éste código. Los jueces preservarán éste principio debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten”*.

El mismo código, al hablar específicamente del Defensor público ordena que éste *“Tendrá todas las facultades y deberes previstos por éste código”*

Principio según el cual la acusación y la defensa se encuentran HORIZONTALMENTE situadas entre sí en el desarrollo contradictorio y subordinadas a las decisiones del órgano jurisdiccional, imparcial e independiente. Implica una notoria superación de las tradicionales restricciones a la defensa pública y el carácter en gran medida subordinado que se presentaba en los modelos inquisitivos. Asimismo, tiene que ver con el reconocimiento de la jerarquía del Defensor y asegura que el debate se realice lealmente con idénticos poderes y obligaciones entre los representantes de los diversos intereses comprometidos.

Otro aspecto de éste mismo tema es asimilar categóricamente las figuras del Defensor público con la de cualquier otro Abogado particular. Durante mucho tiempo se ha considerado al Defensor Público como una “RESERVA” al cual recurrir en última instancia si el imputado no designaba un Defensor particular. La designación de un Defensor Público era considerada como una especie de “CONCESIÓN GRACIOSA” que el sistema otorgaba al imputado, y bastante lamentable era la época en que se consideraba la presencia del Defensor público sólo para “BLANQUEAR” el proceso, a las ordenes del Juez.

Como un ejemplo les puedo mencionar que en el código procesal penal vigente antes del actual denominaba al Defensor Público “DEFENSOR DE REOS POBRES” denominación bastante peyorativa, tanto para el Defensor como para el imputado, pues bastante desgracia tenía ya el mismo al llamarlo REO y encima agregarle el calificativo de POBRE, que ya de entrada se introducía al sistema penal entonces vigente a un ciudadano de tercera clase.

Hoy no existe entre los Juzgado de garantía ni en los de sentencia o ejecución ninguna discriminación y a veces compartimos un trabajo con Abogados particulares procesos con varios imputados y nunca ha existido diferencia alguna, siendo la única diferencia que a los asistidos por Defensores Públicos no se les cobra un solo centavo en concepto de honorarios profesionales, y tampoco gastos de Ujieres, Trabajadores sociales o Psicólogos.

Otro par de líneas para comentar el tema de la INVIOABILIDAD DE LA DEFENSA consagrado también en nuestro Código procesal penal al ordenar: *“Será inviolable la defensa del imputado y el ejercicio de sus derechos. El derecho a la defensa es irrenunciable y su violación producirá la NULIDAD ABSOLUTA de las actuaciones a partir del momento en que se realice”*. Si bien a primera vista esto deba entenderse como una garantía del IMPUTADO, éste y su DEFENSOR van tan estrechamente relacionados entre sí que es impensable separarlos.

Cual es el efecto que se produce sobre el proceso si se realizan diligencias sin la presencia del Defensor ?

Una de las manifestaciones principales del derecho a la defensa es la posibilidad de intervenir en cualquier acto del procedimiento que incorpore pruebas. Únicamente a través de la Defensa podrá haber un control efectivo de los actos que realizan las partes. Se entiende por ello que la inobservancia del derecho a la defensa durante ciertos actos, por Ej. anticipos jurisdiccional de prueba, declaración del imputado mediante apremios físicos o simplemente sin Defensor, o allanamientos realizados sin orden judicial – por citar algunas de las violaciones de mayor relevancia - deben ser eliminadas del proceso por la vía de la nulidad absoluta.-

Otra garantía importante que merece algún comentario lo constituye sin dudas lo establecido también en el Código procesal penal al ordenar: *“El nombramiento del defensor no estará sujeta a NINGUNA FORMALIDAD. Una vez designado por el imputado por cualquier medio – oral o escrito – aceptará el cargo ante la autoridad que corresponda”* complementado por otro artículo que dispone: *“Para el ejercicio de sus funciones, los defensores serán reconocidos de inmediato y sin ningún trámite por la policía, el Ministerio público o el Juez según el caso”*.

La falta de formalidad alguna para la designación del Defensor es – sin dudas – una garantía importante toda vez que ningún funcionario judicial o Magistrado puede exigir tal o cual forma exquisita para darle intervención, y a partir del nombramiento tiene acceso al expediente y desempeñar el cargo del mejor modo posible, buscando en las diversas situaciones las más favorables para su defendido.-

El Código también prevé que en casos de urgencia – cuando el imputado esté privado de su libertad – CUALQUIER PERSONA puede proponer ante la autoridad competente la designación de un Defensor Público, designación que será

ratificada posteriormente por el mismo imputado o algún familiar cercano. Aquí vale la pena aclarar que un mismo Defensor Público NO puede defender a procesados que asuman posiciones incompatibles o contradictorias entre sí, así como tampoco se permite que una misma persona tenga en forma simultánea un Abogado particular y un Defensor Público.

Otra garantía que tenemos los Defensores Públicos en el Paraguay – fundamentalmente en la capital Asunción y cabeceras de Departamentos – es la ESPECIALIZACION por áreas específicas. Tenemos Defensores en lo civil, laboral, Defensores que representan a los niños o a sus padres, y en lo penal tenemos Defensores públicos en el área penal ordinario, para juicios orales, para los Juzgados penales de la adolescencia y para los Juzgados de Ejecución.

Ante la globalización del derecho, la función de la Defensa Pública abarca – con sus particularidades propias – las diferentes ramas del derecho a través de agentes especializados y preparados para cada área. Ante la vigencia del Código de la niñez y la adolescencia en el año 2.001 o ante la creación de los Juzgados penales de Ejecución, rápidamente la Defensora General reacciona y crea la Defensa especializada para cada área.

Esta especialización es apoyada por una permanente CAPACITACION y la consecuencia de esto: una mayor profesionalización y un mayor compromiso con los intereses de los representados.

Como decía al inicio del presente artículo, es bueno aprovechar la oportunidad que me brinda la Revista de la REDPO para compartir con los lectores cuales son las garantías que NO TENEMOS en el Paraguay:

NO SOMOS INAMOVIBLES EN EL CARGO. Todos los cargos del Poder Judicial son nombrados por periodos de cinco años y al finalizar dicho periodo debemos nuevamente concursar por nuestros respectivos cargos, es decir, postularse ante el Consejo de la Magistratura, lograr integrar la terna correspondiente y esperar la designación por la Corte Suprema de Justicia. Si bien en la práctica generalmente se respeta a quien está en cargo, con muy pocas excepciones- el sólo hecho de saber que se aproxima el vencimiento del cargo, ya crea una atmósfera rara muy difícil de superar por la preocupación que naturalmente causa la sola posibilidad de quedar fuera y perder 5 o 10 años de dedicación.

FALTA DE AUTONOMIA NORMATIVA. En el Paraguay, el Ministerio

de la defensa pública es componente del Poder Judicial y jerárquicamente dependiente de la Corte Suprema de Justicia. Funciona regulada por Acordadas de la Corte, quien creó en el año 1997 las figuras de un Defensor General y dos Defensores adjuntos – uno en lo civil y otro en lo penal. A ninguno – desde la Defensora General hasta el último Defensor del interior del país – se nos reconoce la categoría de MAGISTRADO JUDICIAL porque según el Cód. de organización judicial vigente hasta hoy se nos ubica – junto a los agentes Fiscales y los Síndicos de quiebra - en la categoría de “AUXILIARES DE LA JUSTICIA” y en consecuencia el sometimiento de sus agentes a la Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, y no al Jurado de enjuiciamiento de Magistrados.

Aquí vale una anécdota jocosa: No somos MAGISTRADOS pero el importe de la cuota de la “Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay” de la cual somos asociados (poco más de 15 dólares) se descuenta sistemáticamente del sueldo mensual que percibimos.

Esta falta de autonomía hace que numerosas cuestiones cuyo entendimiento corresponde - según las Acordadas – a la Defensoría General, fueron resueltos directamente por la Corte Suprema de Justicia sin dar participación alguna al titular a quien concernía la cuestión decidida.

Similar situación se da en materia del ejercicio de las potestades disciplinarios, puesto que la Defensoría General no ha iniciado un solo sumario administrativo a los funcionarios o Defensores – no porque no existen razones que lo ameriten o falta de voluntad de hacerlo – sino simplemente porque tal actividad es absorbida por la Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia.

Sumamos también a ello la falta de autonomía administrativa, habida cuenta que no se le permite designar sus propios funcionarios o crear órganos internos según las exigencias que el buen servicio reclama. Estas facultades están exclusivamente en manos de la Corte Suprema de Justicia, que a la hora de adoptar decisiones sobre la materia por ejemplo en designar a funcionarios, no siempre son justos porque se dejan de lado a funcionarios de larga trayectoria y experiencia dentro de la Defensa Pública para designar a personas totalmente extrañas a la institución, truncando el legítimo anhelo de todo funcionario de ir escalando posiciones en su ámbito laboral.

FALTA DE AUTARQUIA PRESUPUESTARIA. En el esquema actual de la Defensa Pública, le es totalmente desconocido el tema de la autarquía presupuestaria, toda vez que los recursos que se le asignan son manejados por la Corte Suprema de

Justicia, quien funge por medio de sus órganos financieros como ordenador de gastos de la institución.

Por lo tanto, todas las necesidades de la Defensa pública, cualquiera sea su naturaleza – cuantitativa o cualitativa – debe necesariamente ser satisfecha por la máxima instancia judicial, precedido de los trámites burocráticos que frecuentemente conducen a tardías respuestas.

La consecuencia de ésta falta de autarquía es que la Defensa pública no cuenta con los rubros necesarios para asignar o mejorar las remuneraciones de los Defensores Públicos, y esto tiene su consecuencia nefasta: Nosotros estamos en el último peldaño en materia de sueldos de todo el sistema Judicial, empezando por arriba: Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Camaristas, Jueces, Fiscales y último Defensores públicos, esta diferencia hace que muchos de los nombrados estén en la Defensa pública solamente “DE PASO” esperando alguna promoción a Fiscal o Juez, y a los pocos meses de ser nombrados ya comienzan a buscar en los diarios los edictos del Consejo de la Magistratura para “ASCENDER”, siendo esto muy pernicioso porque un Defensor Público formado en la institución durante años, pasa a otras con la experiencia empírica y científica recogida en la Defensoría.

Ya que se menciona el tema económico, es oportuno hacer saber a los lectores que la diferencia presupuestaria con el MINISTERIO PUBLICO FISCAL es cada vez más abismal, por lo que la supuesta “paridad de armas” es ilusoria y muy lejana de la realidad, pues mientras la Fiscalía avanza a pasos agigantados en infra-estructura, vehículos, personal, laboratorios, auxilio de profesionales como Médicos, Psicólogos o Asistentes Sociales, en la Defensa Pública debemos recurrir a los dependientes de la Corte Suprema de Justicia.

Todas estas limitaciones pretendemos superar impulsando desde años una Ley en el Parlamento Nacional: LA LEY ORGANICA DEL MINISTERIO DE LA DEFENSA PUBLICA, la que acaba de ser sancionada por el Parlamento Nacional y actualmente a consideración del Presidente de la República para su promulgación (con seguridad cuando el lector tenga en sus manos esta Revista, la Ley estará ya promulgada y solamente esperaríamos el plazo para su entrada en vigencia en el año 2.012) La LEY pretende transformar en normas las ideas rectoras en las que se asientan la nueva concepción de la Defensa Pública que tienen como fin enfrentar los crecientes requerimientos del servicio.

En el proyecto forjado por Defensores Públicos se ha tomado como

modelo las leyes análogas de la Argentina y del Brasil- principalmente- y sometido a examen por especialistas en Derecho constitucional y administrativo sin haber merecido reparos de importancia, lo cual demuestra que el proyecto se adecua a las exigencias legales, pero sobre todo a las exigencias del pueblo, que cada vez más gente recurre a la Defensa pública por las dificultades económicas que soportamos en todo el país, y dar respuesta a miles de ciudadanos que buscan en la Defensa pública el tan anhelado ACCESO A LA JUSTICIA y para que seamos también – como ordena las 100 Reglas de Brasilia y lema de nuestro trabajo: GARANTIA de la vigencia plena de los Derechos humanos y GARANTIA de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

Con seguridad se cumplirán los anhelos y la LEY permitirá – sin lugar a dudas - un crecimiento institucional del MINISTERIO DE LA DEFENSA PUBLICA y de sus miembros: funcionarios y Defensores Públicos. Que así sea.

Marino Daniel Mendez Hermosilla¹

INTRODUCCION

Quiero empezar, definiendo que se entiende por privación de libertad, desde el punto de vista del Derecho Penal Adolescente y en ese sentido tenemos que la misma consiste en la orden emanada por órgano jurisdiccional competente mediante resolución judicial en la cual se ordena la permanencia obligatoria de una persona adolescente en un centro de control bajo la supervisión y asistencia de personal especializado, limitando de esta manera su derecho a la libre locomoción, esta puede ser impuesta como, ya sea como medida cautelar durante la tramitación de procesos judiciales o como sanción.

Los Objetivos de esta privación de Libertad, en los adolescente son muy diferentes que los objetivos para los mayores privados de libertad, pues, en el caso de los adolescentes estos consisten en brindar educación integral a los adolescentes, así como su cuidado y protección.

Brindar un tratamiento que fomente la dignidad y el valor para fortalecer el respeto por los derechos inherentes a las personas. Promover la integración y reintegración a la sociedad y a la familia, garantizar el cuidado y protección de las personas adolescentes y promover el desempeño de un papel constructivo y productivo en la sociedad.

Como ya veremos en el desarrollo de esta Monografía, al abordar la legislación comparada, nos encontramos con que existen varias modalidades de privación de libertad y estas son: Privación de Libertad como Medida de Cautelar, Sanción de Privación de Libertad en Tiempo Libre Sanción de Privación de Libertad

¹Marino Daniel Mendez Hermosilla, Abogado, Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (UNA) Promoción 2.002, Notario y Escribano Publico, Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (UNA) Promoción 2.007, realizo cursos de Post – Grado, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Egresado de la Escuela Judicial del Paraguay, Octava Promoción. Asistió a diversos encuentros y Seminarios, a nivel nacional e internacional. Actualmente realizando el curso de Maestría en “Ciencias Penales” en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (UNA). Desempeña, actualmente el cargo de Defensor Publico Penal, designado para intervenir en las causas sometidas a la jurisdicción del Juzgado de Ejecución Penal N° 3 de la Ciudad de Asunción.

en Fin de Semana Sanción de Privación de Libertad en Régimen Abierto, Semi-Abierto y Cerrado, etc.

La Legislación paraguaya prevé la privación de libertad como medida cautelar, la cual es aplicada a los y las adolescentes procesados con el objetivo, en resumidas cuentas, de asegurar y garantizar su presencia en el proceso, asegurar las pruebas proteger a la víctima, al denunciante o testigos, etc.

En este mismo sentido, nuestra legislación contempla la privación de libertad en Régimen cerrado, el cual consiste en que el adolescente residirá en el centro, estableciéndose en su plan individual y proyecto educativo que todas sus actividades socio-educativas serán desarrolladas dentro del propio centro.

Otras legislaciones contemplan, figuras como, la privación de libertad durante el tiempo libre. La privación de libertad durante el tiempo libre debe cumplirse en un centro especializado, durante el tiempo libre de que disponga el adolescente en el transcurso de la semana. Estableciendo que la duración de este internamiento no podrá exceder de ocho o seis meses, según cada legislación. Se considera, generalmente, el tiempo libre aquel durante el cual el adolescente no debe cumplir con su horario de trabajo ni asistir a un centro educativo.

También otras legislaciones prevén, la privación de libertad durante los fines de semana, debiendo cumplirse esta durante los fines de semana, en un centro especializado, durante ese período se programarán actividades individuales para promover el proceso de responsabilización del adolescente. la duración máxima de esta sanción será de seis o ocho meses, según cada legislación.

Además, se ve en la leyes de otros países, la privación de Libertad Régimen abierto, consiste en que el adolescente tendrá como residencia habitual el centro, estableciéndose en su plan individual y proyecto educativo que todas sus actividades socio-educativas se llevaran a cabo fuera del centro, en los servicios del entorno y por ultimo la privación de libertad en régimen Semi-abierto, el cual consiste en que el adolescente tendrá como residencia habitual el centro, estableciéndose en su plan individual y proyecto educativo que algunas de sus actividades formativas, educativas, laborales y de descanso se llevarán a cabo fuera del Centro.

Las Áreas en las que debe girar el apoyo especializado de los adolescentes privados de libertad son generalmente las siguientes: Atención Familiar: Su función es la de velar por el mantenimiento y mejoramiento de las relaciones de las personas

adolescentes con su núcleo familiar. Así mismo, velará porque el personal de la sanción, el adolescente y su familia cuenten con información acerca del proceso de ejecución de sanción, los avances en la ejecución del plan individual y proyecto educativo y las incidencias legales durante el cumplimiento. Deberá estar integrada por las áreas de Trabajo Social, Psicología y Procuración; Educación: Su función principal es la de velar por la formación técnico-profesional de las personas adolescentes. Deberá estar integrada por Maestros, Instructores Ocupacionales y Pedagogos, Recreación y Deporte: Su función es la de velar por el esparcimiento y acceso a la cultura de las personas adolescentes privadas de libertad, así como su desarrollo físico a través del deporte y Orientación: Su función es la de velar por la formación de valores y principios morales y éticos, respetando las creencias espirituales de las personas adolescentes.

LEGISLACION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY

La Legislación del Paraguay, acerca de los Adolescentes, en materia Penal esta regida por lo dispuesto en el Libro V del Código de la Niñez y Adolescencia (Ley 1680).

En tal sentido el artículo 192, dispone **DE LOS INFRACTORES DE LA LEY PENAL**. Las disposiciones de este libro se aplicarán cuando un adolescente cometa una infracción que la legislación ordinaria castigue con una sanción penal.

Para la aplicación de este Código, la condición de adolescente debe darse al tiempo de la realización del hecho, conforme a lo dispuesto en el art. 10 del Código Penal.

También dispone el artículo 193 **DE LA APLICACION DE LAS DISPOSICIONES GENERALES**. Las disposiciones generales se aplicarán solo cuando este Código no disponga algo distinto. El Código Penal y el Código Procesal Penal tendrán carácter supletorio.

En cuanto a la **RESPONSABILIDAD PENAL** el artículo 194. La responsabilidad penal se adquiere con la adolescencia, sin perjuicio de la irreprochabilidad sobre un hecho, emergente del desarrollo psíquico incompleto y demás causas de irreprochabilidad, previstas en el art. 23 y concordantes del Código Penal.

Un adolescente es penalmente responsable solo cuando al realizar el hecho tenga madurez sicosocial suficiente para conocer la antijuridicidad del hecho

realizado y para determinarse conforme a ese conocimiento.

Con el fin de prestar la protección y el apoyo necesarios a un adolescente que en atención al párrafo anterior no sea penalmente responsable, el Juez podrá ordenar las medidas previstas en el art. 34 de este Código, esta disposición concuerda con lo establecido por el artículo 37 Convención Naciones Unidas para los Derechos del Niño.

En cuanto a la **DE LA CLASIFICACION DE LOS HECHOS ANTIJURIDICOS**, el artículo 195, dispone que para determinar la calidad de crimen o delito de un hecho antijurídico realizado por un adolescente, se aplica lo dispuesto en el Código Penal.

De las **SANCIONES APLICABLES**, el artículo 196, dispone **DE LAS MEDIDAS**. Con ocasión de un hecho punible realizado por un adolescente, podrán ser ordenadas medidas socioeducativas.

El hecho punible realizado por un adolescente será castigado con medidas correccionales o con una medida privativa de libertad, solo cuando la aplicación de medidas socioeducativas no sea suficiente.

El Juez prescindirá de las medidas señaladas en el párrafo anterior cuando su aplicación, en atención a la internación del adolescente en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento de desintoxicación, sea lo indicado, concordante con el artículo 40 de la Convención de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño.

Posteriormente; los artículos 198, dispone acerca **DE LAS MEDIDAS DE VIGILANCIA, DE MEJORAMIENTO Y DE SEGURIDAD**; el artículo 199 acerca de **DE LA COMBINACION DE LAS MEDIDAS**; el artículo 200 **DE LAS NATURALEZAS DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**; el artículo 201 **DE LA DURACION DE LAS MEDIDAS Y SU APLICACIÓN**; el artículo 202 **DE LAS MEDIDAS DE PROTECCION Y APOYO**; el artículo 203 **DE LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CORRECCIONALES**; el artículo 204 **DE LA AMONESTACION** y el artículo 205 **DE LA IMPOSICION DE LAS OBLIGACIONES**.

Finalmente tenemos las disposiciones acerca de nuestro tema en los siguientes artículos; el 206 **DE LA NATURALEZA DE LA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD**. La medida privativa de libertad consiste en la internación del adolescente en un establecimiento especial, destinado a fomentar su educación y su

adaptación a una vida sin delinquir.

La medida será decretada solo cuando:

- a) las medidas socioeducativas y las medidas correccionales no sean suficientes para la educación del condenado;
- b) la internación sea recomendable por el grado de reprochabilidad de su conducta;
- c) el adolescente haya reiterada y gravemente incumplido en forma reprochable medidas socioeducativas o las imposiciones ordenadas;
- d) anteriormente se haya intentado responder a las dificultades de adaptación social del adolescente mediante una modificación de las medidas no privativas de libertad; o,
- e) el adolescente haya sido apercibido judicialmente de la posibilidad de la aplicación de una medida privativa de libertad en caso de que no desistiese de su actitud.

En este caso la duración de la medida privativa de libertad será de hasta un año, concordante con el artículo 11 de la Constitución Nacional y los artículos 37 y 40 de la Convención de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño.

El artículo 207 **DE LA DURACION DE LA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD**. La medida privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de cuatro años. En caso de un hecho calificado como crimen por el Derecho Penal común, la duración máxima de la medida será de ocho años.

A los efectos de la medición de la medida, no serán aplicables los marcos penales previstos en las disposiciones del Derecho Penal común.

La duración de la medida será fijada en atención a la finalidad de una internación educativa en favor del condenado.

El artículo 208 **DE LA SUSPENSION A PRUEBA DE LA EJECUCION DE LA MEDIDA**. En caso de una condena a una medida privativa de libertad de hasta un año, el Juez ordenará la suspensión de su ejecución cuando la personalidad, la conducta y las condiciones de vida del adolescente permitan esperar que éste, bajo la impresión causada por la condena y por medio de obligaciones, reglas de conducta o sujeción a un asesor de prueba pueda, aun sin privación de libertad, adecuar su conducta a las normas sociales y a una vida sin delinquir.

Bajo las condiciones establecidas en el párrafo anterior, el Juez podrá suspender la ejecución de una medida privativa de libertad, cuya duración no exceda de dos años, cuando la ejecución con miras al desarrollo del adolescente no sea necesaria.

La suspensión no podrá ser limitada a una parte de la medida, y a este efecto no se computará la privación de libertad compurgada en prisión preventiva u otra forma de privación de libertad.

El Juez determinará un período de prueba no menor de un año, que deberá contarse desde la sentencia firme. El período de prueba podrá ser posteriormente reducido o ampliado.

El Artículo 209 **DE LAS REGLAS DE CONDUCTA Y LAS IMPOSICIONES**. Con el fin de ejercer una influencia educativa sobre la vida del adolescente, el Juez ordenará para la duración del período de prueba reglas de conducta. El Juez también podrá imponer obligaciones. Estas medidas podrán ser decretadas o modificadas posteriormente.

Cuando el adolescente prometa respetar determinadas reglas de vida u ofrezca determinadas prestaciones destinadas a la satisfacción de la víctima o de la sociedad, el Juez podrá suspender la aplicación de reglas de conducta y de imposiciones, cuando sea de esperar el cumplimiento de la promesa.

El artículo 210 **DE LA ASESORIA DE PRUEBA**. El Juez ordenará que el adolescente esté sujeto a la vigilancia y dirección de un asesor de prueba. La asesoría tendrá una duración máxima de dos años. Durante el período de prueba, la orden podrá ser repetida, sin que la duración total de la asesoría pueda exceder de dos años.

El asesor de prueba prestará apoyo y cuidado al adolescente. Con acuerdo del Juez supervisará el cumplimiento de las reglas de conducta y de las imposiciones, así como de las promesas. Además presentará informe al Juez en las fechas determinadas por éste y le comunicará las violaciones graves o repetidas de las reglas de conducta, imposiciones y promesas.

El asesor de pruebas será nombrado por el Juez, el cual podrá darle instrucciones para el cumplimiento de sus funciones.

La asesoría será ejercida generalmente por funcionarios. Sin embargo, el Juez podrá nombrar también a representantes de entidades o personas fuera del

servicio público.

El artículo 211 **DE LA REVOCACION**. El Juez revocará la suspensión, cuando el adolescente:

- a) durante el período de prueba o el lapso comprendido entre el momento en que haya quedado firme la sentencia y el de la decisión sobre la suspensión y, haya realizado un hecho punible, demostrando con ello que no ha cumplido la expectativa que fundaba la suspensión;
- b) infringiera grave o repetidamente reglas de conducta o se apartara del apoyo y cuidado de su asesor de prueba, dando con ello lugar a la probabilidad de que vuelva a realizar un hecho punible; o,
- c) incumpliera grave o repetidamente las obligaciones.

El Juez prescindirá de la revocación cuando sea suficiente:

- a) ordenar otras reglas de conducta o imponer otras obligaciones;
- b) prolongar el período de prueba hasta el máximo de la condena; o,
- c) volver a ordenar, antes del fin del período, la sujeción a un asesor de prueba.

No serán reembolsables las prestaciones efectuadas por el condenado en concepto de cumplimiento de las reglas de conducta, obligaciones o promesas.

El artículo 212 **DE LA EXTINCION DE LA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD**. Transcurrido el período de prueba sin que la suspensión fuera revocada, la medida se tendrá por extinguida.

El artículo 213 **DE LA SUSPENSION DE LA CONDENA A LA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD**. Cuando, agotadas las posibilidades de investigación, no conste con seguridad si el hecho punible realizado por el adolescente demuestra la existencia de tendencias nocivas, que señalan la necesidad de la medida privativa de libertad, el Juez podrá emitir un veredicto de reprochabilidad y postergar la decisión sobre la medida privativa de libertad por un período de prueba fijado por él.

El período de prueba será no menor de un año y no mayor de dos años.

Durante el período de prueba el adolescente será sometido a un asesor de prueba.

El artículo 214 **DE LA APLICACION Y DE LA EXTINCION DE LA MEDIDA**. Cuando, en especial por la conducta mala del adolescente durante el período de prueba se demuestre que el hecho señalado en el veredicto sea vinculado

con tendencias nocivas de tal grado que la medida sea necesaria, el Juez ordenará su aplicación para el plazo que hubiera determinado teniendo al tiempo del veredicto la seguridad sobre la existencia de estas tendencias.

Cuando al final del período de prueba no se dieren los presupuestos señalados en el párrafo anterior, la medida se tendrá por extinguida.

El artículo 215 **DE LA EJECUCION DE LA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD**. La medida privativa de libertad se ejecutará de acuerdo con las necesidades y posibilidades pedagógicas en regímenes cerrados o semiabiertos, procurando favorecer un tratamiento que permita al adolescente aprender a vivir en libertad sin la realización de hechos punibles. Con esta finalidad, se fomentarán los contactos del adolescente con el ámbito exterior del establecimiento y su incorporación en programas educativos y de entrenamiento social.

El artículo 218 **DE LA VIGILANCIA DE LAS MEDIDAS**. El Juez Penal de Ejecución de Medidas vigilará el cumplimiento de las medidas y sus efectos para el logro de sus objetivos. Cuando sea necesario para el bien del adolescente, podrá, previo informe de expertos en la materia y en las condiciones establecidas en este Código, modificar, sustituir o revocar las medidas ordenadas.

La vigilancia se ejercerá de oficio y, al menos, cada tres meses.

El Juez Penal de Ejecución de Medidas actuará también a solicitud del adolescente, de su padre, madre, tutor o responsable y a solicitud del director de la institución en que el adolescente se encuentre ubicado. La repetición de una solicitud se admitirá solo cuando se alegan nuevos hechos, que la justifican.

El artículo 219 **DE LA PERSISTENCIA DE LAS MEDIDAS**. Al cumplir el adolescente diez y ocho años de edad:

- a) una medida socioeducativa vigente será revocada, cuando no exista necesidad de su continuación por razones del cumplimiento de sus objetivos. En todos los casos, la medida socioeducativa terminará, cuando el adolescente cumpla veinte años de edad y,
- b) una medida de imposición de obligaciones continuará hasta su cumplimiento total, cuando el Juez Penal de Ejecución de Medidas no la revoque por el mayor interés del adolescente.

La medida privativa de libertad durará el tiempo máximo fijado en la

sentencia respectiva, aunque el adolescente cumpla diez y ocho años de edad.

En caso de una medida privativa de libertad, el Juez Penal de Ejecución de Medidas vigilará la posibilidad de ordenar una libertad condicional y la concederá, aplicando en lo pertinente el art. 51 del Código Penal.

El artículo 220 DE LA EXTINCIÓN. Las medidas impuestas al adolescente se extinguirán:

- a) por llegar a su término;
- b) por cumplimiento;
- c) por fallecimiento del adolescente;
- d) por amnistía o por indulto y,
- e) por prescripción.

LEGISLACION COMPARADA

Vemos que en la Región, básicamente todas las legislaciones ha sufrido sustanciales modificaciones, amparadas en su gran mayoría por el cambio de filosofía, en cuanto a los adolescentes infractores de la ley penal, pasaremos a bordar someramente las condiciones de cada país. Observamos sobre todo que el sistema de sanciones es similar al de la República del Paraguay.

REPUBLICA ARGENTINA

Podemos observar con satisfacción de que se ha aprobado el proyecto de ley sobre la responsabilidad penal de los menores, en el que se establecen límites para dicha responsabilidad y los procedimientos que deben aplicarse, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención. En cambio, existe profunda preocupación, entre los profesionales, por el hecho de que la Ley N° 10.903, de 1919, y la Ley N° 22.278, que están vigentes y se basan en la doctrina de la “situación irregular”, no distingan claramente entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia. A este respecto, se observa que el Congreso está debatiendo varios proyectos de ley para reformar el sistema de justicia de menores, en virtud de los cuales un juez puede ordenar la detención de un niño sin las debidas garantías procesales únicamente por su condición social, y que esa decisión no puede apelarse. Además, existe la preocupación por el hecho de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 205 del Código Procesal Penal, un niño puede

permanecer incomunicado hasta 72 horas. También observamos con preocupación las precarias condiciones en que se encuentran los niños privados de libertad, entre las que cabe citar la falta de servicios básicos adecuados, como los de educación y salud, la ausencia de personal debidamente formado y el recurso a los castigos corporales y al aislamiento.

Se observa una gran tarea de los legisladores argentino para la Revisión de sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores a fin de lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los artículos 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad);

En este afán, se espera que se legisle, en cuanto a la medida de prisión preventiva, únicamente como medida extrema, por períodos que sean lo más breves posible y no superen la duración del período previsto por la ley, y garanticen que los niños siempre estén separados de los adultos; se apliquen medidas alternativas a la prisión preventiva y otras formas de privación de la libertad, cuando ello sea posible; incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, sobre todo para que esos menores puedan utilizar procedimientos de denuncia eficaces que abarquen todos los aspectos del trato que reciban; adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento; teniendo en cuenta el artículo 39, adopte las medidas apropiadas para promover la recuperación y la reintegración social de los niños que han pasado por el sistema de justicia de menores; y olicite asistencia, entre otras entidades, al ACNUDH, el Centro de las Naciones Unidas para la Prevención Internacional del Delito, la Red internacional sobre justicia de menores y el UNICEF, por conducto del Grupo de Coordinación sobre Asesoramiento y Asistencia Técnicos en Materia de Justicia de Menores.

REPUBLICA DE BOLIVIA

Se observa con satisfacción las mejoras legislativas introducidas en la normativa aplicable a los niños que se hallan en conflicto con la ley. Sin embargo, le preocupan las graves deficiencias de que aún adolece en la práctica el sistema de justicia de menores, por ejemplo la falta de alternativas apropiadas para la prisión

preventiva y otras formas de detención, las condiciones de vida sumamente deficientes de los menores detenidos en las comisarías u otras instituciones, la duración de la prisión preventiva y el hecho de que, de acuerdo con la información facilitada en las respuestas dadas por escrito, menores de 18 años se hallen detenidos con adultos.

Sería importante que la República de Bolivia, adopte las medidas necesarias para asegurar que las normas, reglamentos y prácticas del sistema de justicia de menores se hallen en conformidad con los artículos 37, 39 y 40 de la Convención y otra normativa internacional pertinente y se apliquen con respecto a todas las personas menores de 18 años que se hallen en conflicto con la ley.

Prevea y ponga en práctica alternativas para la prisión preventiva y otras formas de detención de manera que la privación de libertad sea realmente la medida de último recurso y se utilice durante el período más breve posible;

Elabore y ponga en práctica programas socioeducativos adecuados, así como un régimen apropiado de libertad provisional y bajo palabra para los menores delincuentes juveniles;

Adopte las medidas necesarias para mejorar de manera significativa las condiciones de vida de los menores privados de libertad y velar por que estén separados de los adultos;

REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

Se observa que se han establecido tribunales de menores. Con todo, es motivo de preocupación la falta de garantías claras de un proceso justo sin dilación y de cumplimiento de la normativa sobre la puesta a disposición judicial. También le preocupa que no se apliquen con frecuencia medidas socioeducativas y, por ende, estén retenidos muchos menores de 18 años, así como las pésimas condiciones de retención. También son motivo de preocupación las muchas denuncias de abuso de los menores recluidos, sus posibilidades de rehabilitación y reinserción tan limitadas tras actuaciones judiciales, y la esporádica capacitación de los jueces, fiscales y guardias de prisiones para que conozcan los derechos del niño.

Es importante que el Brasil siga procurando mejorar el sistema de justicia de menores en todos los Estados federados en consonancia con la Convención, en particular los artículos 37, 40 y 39, y otras normas de las Naciones Unidas en la materia, como las Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores

(Reglas de Beijing), las Directrices para la prevención de la delincuencia de menores (Directrices de Riad), las Reglas para la protección de los menores privados de libertad y las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal.

Además cumpla a cabalidad la normativa pertinente a la justicia de menores, como la adopción de medidas socioeducativas, en todo el territorio del Estado Parte;

Piense en la privación de libertad en último recurso y por el menor tiempo posible, limite por ley la duración de la puesta a disposición judicial y se asegure de que un juez verifique sin demora y con regularidad la legitimidad de los casos de retención;

Proteja los derechos de los menores de 18 años privados de libertad y mejore sus condiciones de detención y prisión, sobre todo estableciendo instituciones especiales para ellos en condiciones apropiadas a su edad y sus necesidades y asegurando el acceso a servicios sociales como la salud y la educación en todos los centros de detención, y entretanto garantice que estén separados de los adultos en todas las cárceles y los centros de retención en todo el país;

Investigue los casos de abuso por los agentes del orden, como los guardias de prisiones, instruya sumario y sancione a los autores, y establezca un sistema independiente y asequible, respetuoso del niño, que reciba y tramite las denuncias;

Haga todo lo posible para instituir un programa de recuperación y rehabilitación social de los menores después de las actuaciones judiciales.

REPUBLICA DEL URUGUAY

Existe una gran preocupación por que en el país prevalezca la doctrina de la existencia de “niños en situación irregular”, que sienta las bases de su posible estigmatización y frecuente internamiento y privación de libertad de niños basándose en su situación económica y social desfavorable. Es un gran atraso el hecho que no se haya prestado suficiente atención, ni en la legislación ni en la práctica, a la aplicación de las disposiciones y principios de la Convención en materia de administración de justicia de menores. Al respecto, es alarmante las insuficientes medidas adoptadas para velar por que, entre otras cosas, la privación de libertad sea sólo una medida de último recurso; se trate a los niños privados de libertad con humanidad y de forma que tenga en cuenta las necesidades de las personas de su edad y, conforme a lo dispuesto

en el artículo 40 de la Convención, se asegure su derecho a mantener contacto con las familias y a un procesamiento justo. Además, preocupa el número elevado de niños internados y las insuficientes medidas adoptadas para asegurar alternativas eficaces al internamiento y para promover su reinserción social.

Es importante, que en este país, se establezca un sistema de administración de justicia de menores en el marco de los principios y disposiciones de la Convención, en particular sus artículos 37, 39 y 40, y otras normas de las Naciones Unidas en ese terreno, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (las Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (las Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. En ese sentido se recomienda que la Republica del Uruguay estudie la conveniencia de solicitar asistencia internacional para ello del Alto Comisionado y el Centro de Derechos Humanos y de la División de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas.

REPUBLICA DEL ECUADOR

Es importante el establecimiento del sistema especializado de justicia de menores previsto en el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia. Sin embargo, existe aun la preocupación acerca de la privación de libertad pueda utilizarse sistemáticamente, y no sólo como último recurso, además de la lentitud con que se tramitan las causas.

Es de suma importancia que la Republica del Ecuador, garantice la plena aplicación de las normas de la justicia de menores, en particular el párrafo b) del artículo 37 y los artículos 40 y 39 de la Convención, así como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) (Resolución 40/33 de la Asamblea General) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) (Resolución 45/112 de la Asamblea General) y a la luz del día de debate general sobre la administración de la justicia de menores.

Refuerce sus medidas socioeducativas en todos los territorios del Estado Parte; considere la aplicación de penas privativas de libertad sólo como último recurso y por el período más corto posible;

CRITERIOS DOCTRINALES FUNDAMENTALES EN MATERIA

PENAL ADOLESCENTE

Debemos decir primeramente, que la legislación especial para los adolescentes, establece un tratamiento diferenciado del que se aplican a los adultos, en consideración a la condición jurídico – social del menor de edad, en este sentido cabe aclarar que adolescente es toda persona humana desde los catorce hasta los diecisiete años de edad, así pues hasta los catorce años de edad, el sistema prescinde totalmente de la intervención de la justicia penal de la adolescencia y el niño es puesto a disposición de la CODENI, por ser inimputable. Se excluye de responsabilidad penal, al niño por no reunir los requisitos de madurez psico- social como para ser considerado imputable.

Según el diccionario de ciencias penales de Rogelio Moreno Rodríguez, imputabilidad; es la condición que debe reunir un sujeto para que responda por su acción. En otras palabras es la capacidad de un sujeto para conocer el acto y dirigir sus acciones, este concepto contempla la existencia de madurez y salud mental por un lado y libre determinación por el otro.

Asimismo MIR Puig señala que la imputabilidad requiere dos elementos: capacidad de comprender lo injusto del hecho y la capacidad de dirigir la acción conforme a dicho entendimiento.

Reiteramos, el niño a quien se atribuye la comisión de in hecho punible, esta exento de responsabilidad penal, al no revestir calidad de imputable, escapa al Ius Puniendi del estado e ingresa al régimen de protección.

El ingreso al sistema penal de la adolescencia es a partir de los catorce años de edad hasta los dieciocho años de edad y al penal de adultos es a partir de los dieciocho años de edad. Desde esta edad, las personas están sometidas a las normas sustantivas y procesal penal común.

Para determinar la responsabilidad penal del menor de edad han de concurrir ciertos presupuestos. Uno de ellos es la edad y el otro la madurez psicosocial.

El legislador considera imputable al sujeto a partir de los catorce años de edad y es penalmente responsable solo cuando al realizar el hecho tenga madurez psicosocial suficiente para conocer la antijuridicidad del hecho realizado y para determinarse conforme a ese conocimiento. En otras palabras, la responsabilidad penal depende de la madurez psicosocial que debe darse al tiempo de la realización del hecho.

En cuanto al sistema de sanciones el adolescente, que infringe las normas jurídicas, es básicamente una persona en desarrollo que no ha tenido tiempo de conocer e internalizar las leyes penales, por encontrarse en una etapa de transición al mundo adulto para lograr su integración en la sociedad y asumir una función constructiva, necesita una respuesta claramente diferenciada del sentido punitivo con que el estado expresa su reproche respecto de los mayores de edad.

En esa inteligencia el legislador ha regulado un amplio catalogo de sanciones, bajo la denominación de medidas, cuya aplicación por el juez en cada caso particular debe ajustarse no solo a la gravedad del hecho punible cometido, sino bajo los principios de interés superior del adolescente, intervención mínima, racionalidad y proporcionalidad. Establece un criterio flexible, con posibilidad de dejar sin efecto o sustituirlas anticipadamente por otras menos severas, con control jurisdiccional de la ejecución para asegurar los derechos del adolescente y el cumplimiento efectivo de las mismas.

Es importante señalar que para el efecto se necesita de la interdisciplina. Es decir de equipos auxiliares especializados que brinden al juez la información necesaria acerca de las circunstancias personales del adolescente que le permitan llegar a la decisión justa.

Debemos reiterar que la norma utiliza la denominación debida en vez de pena a fin de evitar el etiquetamiento y estigmatización del adolescente, las medidas son las consecuencias jurídicas a la conducta transgresora de la ley penal realizada por el adolescente y debe tener contenido educativo, dado que el sujeto a quien se le aplica esta en proceso de desarrollo con la finalidad de reintegración social, anclada en un concepción proteccionista que dimana de la convención de los derechos del niño.

Nuestra legislación paraguaya, prevé las siguientes medidas: las medidas de vigilancia, de mejoramiento y de seguridad; las medidas de protección y apoyo; las medidas socioeducativas; las medidas correccionales, la amonestación y finalmente la medida privativa de libertad.

La medida privativa de libertad, tema central del presente trabajo practico, como ya lo habíamos adelantado en la introducción, consiste en la internación del adolescente en un establecimiento especial, destinado a fomentar su educación y su adaptación a una vida sin delinquir, la misma apunta a una meta inconfundible: preparar al adolescente para ser una persona responsable, apta para la normal convivencia y reinserción social. Tiene un sentido responsabilizador y pedagógico.

La medida privativa de libertad será decretada solo cuando; a) las medidas socioeducativas y las correccionales no sean suficientes para la educación del condenado. b) la internación sea recomendable por el grado de irreprochabilidad de su conducta c) el adolescente haya reiterada y gravemente incumplido en forma reprochable medidas socio educativas o las imposiciones ordenadas d) anteriormente se haya intentado responder a las dificultades de adaptación social del adolescente, mediante una modificación de unas medidas no privativas de libertad f) el adolescente haya sido apercibido judicialmente de la posibilidad de la aplicación de una medida privativa de libertad en caso de que no desistiese de su actitud. En estos casos la duración de la medida privativa de libertad será de hasta un año.

La disposición fija pautas para orientar la decisión del juez y a la vez al utilizar los vocablos “solo cuando”, esta demostrado que no cuenta con margen de discrecionalidad para la adopción de la misma. Es decir, esta delineando los casos en que debe aplicar, eligiendo el grado de reprochabilidad como uno de los fundamentos de la necesidad d de la medida.

Esto importa la consagración del principio de subsidiariedad de la privación de libertad y de opción por las alternativas, la medida privativa de libertad se aplicara excepcionalmente, solo cuando se haya agotado la posibilidad de aplicar otras formas de reacción estatal.

Lo dispuesto concuerda y otorga debida respuesta a lo establecido por la convención sobre los derechos del niño, en cuanto expresa que la atención se utilizara tan solo como medida de ultimo recurso y por el mas breve plazo posible a cuyo efecto ha colocado, las medidas alternativas en la cima de su exigibilidad, en cuanto estas fomentan el trato apropiado para el bienestar del adolescente y la infracción verificada.

En el mismo sentido las reglas de Beijín establecen, cuando se trata de ordenes restrictivas de derechos, es la proporcionalidad, considerando no solo las circunstancias de cómo se cometió el hecho y la gravedad del delito, sino también las circunstancias y la necesidad del adolescente y de la sociedad.

En cuanto a la duración de la medida privativa de libertad la escala en los casos de delitos es de seis meses hasta cuatro años y en los casos de hechos calificados como crimen por el derecho penal común, la duración máxima de la medida será de ocho años.

En la pauta mensurativa no serán aplicables los marcos penales previstos

en las disposiciones del derecho penal común sino no esta subordinada la resultante del hecho punible con el panorama global y completo de las circunstancias del infractor y la necesidad educativa del mismo; a este efecto se debe merituar los informes de los auxiliares especializados (psicólogo y trabajadora social, medico, psiquiatra, etc)

Conviene aclarar, que en el derecho penal común, los márgenes en que se desenvuelve el juez para la fijación de la pena son rígidos pues la propia norma fija el marco penal para cada hecho punible, sin embargo el fuero penal de la adolescencia se caracteriza por la flexibiidad en cuanto a la medida de aplicar y su duración. No contempla que un determinado hecho punible debe responderse con la imposición de una sanción determinada. La medida se aplica en atención a la necesidad educativa del adolescente infractor.

En cuanto a la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad cuando opera como medida cautelar durante el proceso penal adolescente podemos manifestar que se ha reconocido ampliamente la necesidad de crear un sistema judicial especializado que permita resolver el problema de la delincuencia juvenil desde las perspectivas de la resocialización, evitando que el menor desvíe su proceso de adaptación y trunque su desarrollo físico y moral base del desarrollo de la sociedad moderna. Estos objetivos deben perseguirse, evitando en lo posible, la privación de la libertad del infractor recurriendo a otras alternativas.

En este sentido la convención sobre los derechos del niño consagra claramente que la detención se utilizara tan solo como medida de ultimo recurso y por el mas breve plazo posible (Art. 37), en el mismo sentido las reglas de Beijing dispone que el objetivo de la justicia de menores será el bienestar de estos y garantizara que cualquier respuesta a los menores delincuentes serán en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito (regla 5).

Además las reglas de Beijing esclarecen los objetivos precisos que deben perseguirse con la reclusión del menor en centros de internamientos, sugiere diferentes opciones para el tratamiento de los menores infractores.

En cuanto a la ejecución de la medida privativa de libertad aplicada como condena la misma se ejecutara de acuerdo con las necesidades y posibilidades pedagógicas en regimenes cerrados o semi abiertos procurando favorecer un tratamiento que permita al adolescente aprender a vivir en libertad sin la realización de hechos punibles.

Con esta finalidad se fomentaran los contactos del adolescente con el ámbito exterior del establecimiento y su incorporación en programas educativos y de entrenamiento social.

El juez penal de ejecución de medidas vigilara el cumplimiento de las medidas y sus efectos para el logro de sus objetivos; cuando sea necesario para el bien del adolescente, podrá, previo informes de expertos en la materia, modificar sustituir o revocar las medidas ordenadas. Las vigilancia se ejercerá de oficio y al menos cada tres meses.

Las medidas privativas de libertad se extinguirán: por llegar a su termino, por cumplimiento, por fallecimiento del adolescente, por amnistía o por indulto y por prescripción.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES FUNDAMENTALES EN MATERIA PENAL ADOLESCENTE EN LA REPUBLICA DEL PARAGUAY

En cuanto a criterios jurisprudenciales sobre la privación de libertad queremos destacar la tesis sostenida por el excelentísimo tribunal de apelaciones penal de la adolescencia de la ciudad de Asunción y de los demás tribunales de Apelación de la Republica del Paraguay, quienes en mayoría cuanto afirman: “no debe perderse de vista que la medida y su dosificación es la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito, según clase, perjuicio causado, gravedad, forma de ejecución, personalidad y necesidad educativa del adolescente infractor. La aplicación de la medida privativa de libertad procede cuando la internación sea recomendable por el grado de irreprochabilidad de la conducta del infractor (Art. 206 del cod. De la niñez de y de la adolescencia). En el mismo sentido la convención sobre los derechos del niño establece que la respuesta que se de al delito debe ser proporcional a la gravedad del mismo. Es decir, la respuesta penal esta directamente relacionada con la conducta del sujeto activo. Las reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de la justicia de menores (reglas de Beijing) establecen que solo se impondrá la privación de la libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona (regla 17 inciso c), situación que plenamente se verifica en la especie (gravedad y violencia). En efecto, el contexto de tiempo, modo y lugar en que la victima fue atacada restándole capacidad de defensa muestran en el caso en estudio un mayor nivel de disvalor del que hacer delictivo co protagonizado por NN, mostrando gran

desprecio por la vida humana, aspectos debidamente desarrollados en la sentencia, que me llevan a considerar que la dosificación impuesta ha sido tan benigna, pues desde el cristal en que se lo mire no guarda proporcionalidad alguna entre el móvil que lo haya impulsado para cometerlo, así como la forma de llevarlo a cabo, si se quiere a sangre fría en su propio recinto y así acabar con la vida de MS al recibir dos impactos de bala calibre 22, que a estar por la versión de XX en su testifical de fs. 66/63 de autos provinieron precisamente del incoado; versión que a su vez coincide con la realizada en oportunidad del reconocimiento judicial de personas en sede judicial, incluso a ella misma le amenazo con su arma para que guardara silencio. Cabe mencionar que NN registra varias fugas durante el proceso la primera de ellas consta a fijas 76 recapturado a fijas 79 la otra conforme registro de fojas 193 a esto se debe agregar el traslado a la institución Panchito López a embocada actitudes que sugieren su tendencia refractaria a acatar las normas de convivencia social los cuales ponderados y merituados en esta sede juegan en desfavor”.

CASUÍSTICA

CASO N°: 1 “MINISTERIO PÚBLICO C/ TOMAS ROJAS Y LIZ MABEL LESME OLMEDO S/ HOMICIDIO DOLOSO Y ROBO AGRAVADO”

S.D.N°: 161 de fecha 03 de Junio de Dos Mil Siete

En la presente causa los jueces de primera instancia se reunieron en tribunal con el objeto de dar lectura a la anterior sentencia definitiva recaída en estos autos de fecha 5 de junio de 2007 del proceso penal seguido a la adolescente Liz Mabel Lesme Olmedo.

El objeto de la constitución del tribunal es de acuerdo a lo prescripto por el artículo 398 de l Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay, y concordantes del código procesal penal, en síntesis el objeto es el reenvió de la causa a los efectos de que el tribunal se pronuncie con respecto a la **dosificación de la medida privativa de libertad** impuesta a la adolescente Liz Mabel Lesme Olmedo.

El tribunal de sentencia conformado se aboco a establecer la duración de la medida privativa de libertad, que corresponde sea aplicada a la misma, dentro de la calificación ya determinada en el juicio oral y publico, llevada a cabo en fecha 18 de agosto de 2006 donde recayó la SD N°: 288 por la cual se condeno a la adolescente a 7 años de medida privativa de libertad.

La sentencia mencionada fue apelada por la defensa técnica de la adolescente, resolviendo el tribunal penal de la adolescencia por acuerdo y sentencia N° 20 de fecha 16 de noviembre de 2006, anular el punto 6 de la sentencia del tribunal colegiado disponiendo en consecuencia la presente causa al tribunal de sentencia a los efectos previstos en el art. 473 del Código Procesal Penal (reenvió).

El fundamento del tribunal de apelaciones penal de la adolescencia al anular el numeral 6 de la sentencia recurrida menciona que la misma quedo entrapada en el análisis del artículo 65 del código penal, sin apelar de inmediato como es de rigor, a los principios rectores atinentes a la responsabilidad penal de la adolescente, dicho argumento se consolida considerando que el tribunal de merito ignora los informes del perfil psicológico y social obrantes en el expediente judicial; en otras palabras en la valoración no fueron observadas las pautas mensurativas de las leyes especiales que establecen que la sanción esta subordinada a la necesita educativa del infractor configurándose así una violación a la voluntad del legislador; es así que el tribunal de apelaciones estableció como objeto de reenvió, determinar la duración de la medida privativa de libertad impuesta a la adolescente.

Argumenta el nuevo tribunal conformado, que pedir una sanción al juez es establecer el reproche que se le hace como sociedad al encauzado por su conducta, y en ese sentido, menciona lo establecido por la constitución nacional en su artículo 20 y por el código penal en su art. 3 en cuanto a la prevención, que el objeto de las penas en la protección de los bienes jurídicos, y que en el presente caso es la vida y propiedad de los ciudadanos, considerando que la vida es el bien maspreciado; también dispone la ley sobre la readaptación el cual constituye que el encausado decida no realizar mas hechos punibles o mejore su vida. Operando así que mediante la prevención general se opere la prevención especial.

Primeramente el tribunal distingue que la adolescente participo en calidad de cómplice en el hecho punible de homicidio doloso y en calidad de autora en el hecho punible de robo agravado, la cual al tiempo de la comisión tenia 16 años de edad (art.192 del código de la niñez y la adolescencia), los mencionados hechos punibles revisten la categoría de crimen, legislado por el código penal, cuerpo legislativo el cual se remite al art.195 del código de la niñez y la adolescencia, lo que tenemos entonces que la duración de la medida privativa de libertad se ve limitada conforme lo establece el art. 207 del código de la niñez y la adolescencia, en síntesis cuando el hecho es calificado como

crimen por el código penal, la duración máxima de la medida privativa de libertad será de 8 años.

En este contexto es que el tribunal de sentencia conformado debe expedirse sobre el quantum de la duración de la medida privativa de libertad, dentro de los parámetros establecidos por el art. 207 del código de la niñez y la adolescencia, que textualmente dice “... a los efectos de la medición de la medida no serán aplicables los marcos penales previstos en las disposiciones del derecho penal común. La duración de la medida será fijada en atención a la finalidad de una internación educativa a favor del condenado...” todo lo mencionado en razón a que el tipo de sanción aplicable por los hechos punibles cometidos por la adolescente no fueron impugnados lo que fue determinado conforme al art. 206 de la niñez y de la adolescencia, al calificar las conductas desplegadas por la misma.

El tribunal colegiado de sentencia sigue sustentando en lo dispuesto por el art. 193 del código de la niñez y de la adolescencia el cual textualmente dice “*DE LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES. Las disposiciones generales se aplicaran solo cuando este código no disponga algo distinto. El código penal y el código procesal penal tendrán carácter supletorio*”

El tribunal sigue argumentando que teniendo en cuenta el principio rector atinente a la responsabilidad penal de la adolescente y en este sentido lo dispuesto por el art. 194 del código de la niñez y a la adolescencia que establece cuanto sigue: “*DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. La responsabilidad se adquiere con la adolescencia, sin perjuicio de la irreprochabilidad sobre un hecho emergente del desarrollo psíquico incompleto y demás causas de irreprochabilidad, previstas en el art. 23 y concordantes del código penal. Un adolescente es plenamente responsable solo cuando al realizar el hecho tenga madurez psicosocial suficiente para conocer la antijuricidad del hecho realizado y para determinarse conforme a ese conocimiento*”

También argumenta el tribunal lo establecido en art. 23 del código penal, que establece, en su inciso segundo: “*TRASTORNO MENTAL, cuando por las señaladas en el inciso anterior el autor haya obrado con un considerable disminución de su capacidad de conocer la antijuricidad del hecho o de determinarse conforme a este conocimiento, la pena será atenuada con arreglo al art. 68*”. Dicho art., prescribe que los marcos penales en casos de circunstancias atenuantes especiales, la ley permite atenuar la pena según el prudente criterio del juez el cual podrá hacerlo hasta su límite legal mínimo.

También menciona lo esbozado por el tribunal penal de la adolescencia el cual menciona que en el proceso de determinación judicial de la medida deben analizarse, no solo las circunstancias y la gravedad del hecho, sino también las circunstancias y necesidades del menor (reglas de Beijing 17.1), es así que el tribunal de sentencia y conforme a las reglas de la sala crítica realiza la valoración de los siguientes informes: el estudio psicológico realizado a la adolescente por la psicóloga forense del poder judicial, en la que concluye entre otras cosas que la adolescente se encuentra en un patológico severo llamado psicosis cocainica; también el informe elaborado por la coordinadora general del centro técnico de servicios sociales de la corte suprema de justicia que concluye entre otras cosas que las condiciones socio ambientales de la adolescente son aceptables.

Sigue argumentando el tribunal de sentencia que teniendo en cuenta en que se desarrollara la vida de la menor, así mismo la circunstancia en la que cometiera los hechos punibles (Beijing 16), la misma según los informes citados posee una considerable disminución en su capacidad de conocer la antijuricidad de los hechos o bien de determinarse conforme a dicho conocimiento; también menciona lo establecido por el art. 206 del cod. De la niñez y la adolescencia en cuanto que la medida privativa de libertad consiste en la internación del adolescente en un establecimiento especial destinado a fomentar su educación y su adaptación en una vida sin delinquir y atendiendo a que la adolescente actualmente cuenta con 19 años de edad y que no se cuenta con establecimientos preparados para el fin que persigue la ley y dada la necesidad de continuar con la reclusión de la misma por el peligro que representa que siga cometiendo hechos punibles; ya que también tenemos en cuenta su estado patológico y sus problemas de convivencias, sumando a todo esto que no se cuenta con lugares de reclusión seguro para realizar el tratamiento de desintoxicación de la procesada y así procurar su resocialización el tribunal considera que se haya plenamente justificado que continúe cumpliendo la medida privativa de libertad en la correccional de mujeres.

Por último el tribunal de sentencia menciona lo establecido en el art. 199 del código de la niñez y de la adolescencia, el cual dispone: “*DE LAS CONVINCIONES DE LAS MEDIDAS. Junto con una medida privativa de libertad podrán ser ordenadas solo imposiciones y obligaciones; así mismo el art. 209 del cod. De la niñez y de la adolescencia, establece: DE LAS REGLAS DE CONDUCTAS Y DE LAS IMPOSICIONES. El juez también podrá imponer obligaciones*”

Finalmente por los motivos expuestos, el Tribunal de Sentencia, Resolvió Condenar a la Adolescente LIZ MABEL LESME OLMEDO, la Medida Privativa de Libertad de CUATRO AÑOS y además IMPUSO, como Obligación el Tratamiento de Desintoxicación y Mejoramiento de la Adolescente.

CASO N°: 2 “DIEGO ALEJANDRO GAONA ALMADA, MIGEUL ANGEL ENCISO BENITEZ Y CRISTIAN RODOLFO ENCISO BENITEZ S/ HURTO AGRAVADO”

S.D.N°: 04 de fecha 24 de Noviembre de Dos Mil Seis

Que en la presente causa el juzgado penal de la adolescencia considero que las causa se inicio a raíz de los partes policiales con sus respectivas actas de procesamientos en la que se denunció un hecho de hurto agravado, sindicándose como supuestos autores a los adolescentes Diego Alejandro Gaona Almada, Miguel Ángel Enciso Benítez y Cristian Rodolfo Enciso Benítez.

El agente fiscal interviniente en su escrito conclusivo adjunto, a los efectos de corroborar el hecho delictivo investigado los siguientes medios probatorios, consistentes estos en las testimoniales de los señores Roberto Carlos Bazan Gómez y Valentina González Jiménez, demás de otras documentales.

En ocasión de la audiencia preliminar el agente fiscal interviniente, se ratifico en su escrito de acusación solicitando la calificación del hecho punible como hurto agravado y a su vez solicito la elevación de la causa a juicio oral y publico. Sin embargo la defensa técnica de los adolescentes solicito la aplicación de medidas socio educativas a favor de los adolescentes, manifestando además que se dan los elementos de hecho y de derecho para la aplicación de dicha institución.

Argumenta el juzgado que al entrar a analizar la solicitud planteada por la defensa la calificación, el hecho punible investigado como hurto agravado y lo establecido en el art. 420 del código procesal penal todas las circunstancias nos llevan a valorar el hecho y nos lleva a que estamos ante un delito; por lo que corresponde el planteamiento de la defensa quien solicito la realización de un juicio abreviado al que finalmente se allano el representante del ministerio publico.

En tal sentido, el juzgado califica en consecuencia la conducta de los adolescentes como típica, antijurídica e irreprochable, y encuadrada definitivamente dentro de las prescripciones del art. 161 del cog. Penal, considerando además la

edad de los adolescentes y lo establecido en el art. 207 del cod. De la niñez y de la adolescencia, corresponde la aplicación de medidas socio educativas por el plazo de un año, que la tendrán compurgada en fecha 27 de noviembre de 2007.

También argumente el juzgado que es necesario entrar a considerar la solicitud de la aplicación de las medidas socio educativas por el plazo de un año, formulada por la defensa de los imputados con expreso allanamiento del fiscal de la causa. En tal sentido transcribe el art. 200 del cod. De la niñez y de la adolescencia: *“las medidas socio educativas son prohibiciones y mandatos que regulan la forma de vida del adolescente con el fin de asegurar y promover su desarrollo y educación. Dichas reglas de conducta no podrán exceder los limites de las exigibilidad, conforme a la edad del adolescente.*

El juzgado pudo notar que es viable aplicar a los incoados las mediadas socio educativas, previstas en el art. 200 del cod. De la niñez de la adolescencia y a los efectos de contar con un orientador juvenil designar a un representante del SNPP, quien deberá informar al juzgado de ejecución de la capital sobre la evolución de los adolescentes de conformidad al art. 210 del cod. De la niñez y de la adolescencia.

Finalmente, el juzgado de la niñez y de la adolescencia resolvió ordenar la aplicación del procedimiento abreviado a favor de los adolescentes; ordeno la aplicación de medidas socio educativas a los adolescentes; ordeno la imposición una serie de obligaciones y reglas de conductas a ser cumplidas por los adolescentes y finalmente estableció el plazo de un año como periodo probatorio.

CONCLUSION

Las nuevas legislaciones inspiradas en la Convención Sobre los Derechos del Niño, tiende a afirmar la responsabilidad penal de los adolescentes quienes como titulares de derechos poseen, también, obligaciones que en el ámbito penal se expresa en la implantación de un sistema de responsabilidad por actos establecidos en la Ley como delito. Esta situación ha traído como consecuencia, la desaparición de la inimputabilidad de los adolescentes cuya edad está comprendida entre 12 y menos de 18 años. El Paraguay recoge esta iniciativa en la Ley 1680, Código de la Niñez y del Adolescente en la búsqueda de otorgarle al sistema penal de adolescente las garantías procesales que se establecen para los adultos, sin embargo, estas no le garantizan, a los adolescentes mejores condiciones de vida ni en el centro de reclusión, ni fuera de él.

En este contexto aparecen las palabras claves, tales como **Protección integral, adolescente, sistema de responsabilidad penal, garantías procesales, proceso penal.**

Los derechos del niño (a) son los mismos, derechos reconocidos a todas las personas, pero, adecuándolos, mediante disposiciones específicas que contienen protecciones y derechos especiales que atienden a la condición de niño (a) de su portador(a). De esta forma se considera al niño (a) como un sujeto especial dotado de una protección complementaria, ya que se agregan otros derechos más allá de aquellos que corresponden a todas las personas.

Los instrumentos legales internacionales y nacionales sobre los derechos del niño (a) contienen aspectos nuevos relativos a infracciones a la ley penal imputados a los adolescentes. La doctrina de la protección integral del niño (a) y de los y las adolescentes se refieren a ciertos principios básicos de la justicia de menores con el fin de asegurarles una protección adecuada en el sistema penal.

La nueva tendencia legislativa a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, propende a afirmar la responsabilidad de los adolescentes quienes como titulares de derechos tienen también obligaciones que en el ámbito penal se expresan en la implantación de un sistema de responsabilidad por actos establecidos en la ley como delitos.

El cambio de paradigma de la legislación de menores se impulsa de manera definitiva, con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esta convención junto con las Reglas de Beijing para la administración de la Justicia de Menores (1985) y la Regla de Riyadh para la Protección de Menores Privados de Libertad (1990) son los fundamentos de la doctrina penal del adolescente.

Las disposiciones de la ley 1680 desarrollan los principios fundamentales de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, especialmente la llamada doctrina de la protección integral la cual se fundamenta en seis instrumentos internacionales que han servido de marco referencial en el cambio de paradigma de la nueva legislación, permitiendo el paso de la doctrina de la situación irregular del menor, excluido de sus derechos, a la doctrina de la protección integral que garantiza a todos los niños, niñas y adolescente el disfrute pleno y efectivo de sus derechos.

Los instrumentos internacionales que sustentan los postulados de la ley 1680 son: la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959) donde se afirma

la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), documento éste que reconoce a los niños sin discriminación todos los derechos que consagran los pactos internacionales de derechos humanos; las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985) que contiene orientaciones básicas con fines de prevención del delito así como reglas a seguir en el procesamiento de menores que han cometido delitos, haciendo hincapié en algunos aspectos importantes que representan elementos fundamentales en todo juicio imparcial y justo y que son reconocidos internacionalmente por instrumentos de derechos humanos vigente; las Reglas de la Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de Riyadh, 1990) que tiene por objeto “establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas de manera compatible con los derechos humanos y libertades fundamentales, y con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad” (Regla N° 3); el Convenio N° 138 y la recomendación N° 146 de la Organización Internacional del Trabajo y la Carta de la UNESCO sobre la Educación para Todos, dirigidos a proteger al niño y al adolescente trabajador y a vincular el trabajo con los programas de educación a fin de armonizar la profesión u oficio con el sistema de enseñanza.

Es en este contexto que el proceso penal adolescente surgen una serie de sanciones, entre ella la **MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD** la cual consiste en la internación del adolescente en establecimiento especial, destinado a fomentar su educación y su adaptación a una vida sin delinquir del cual solo podrá salir por orden judicial, tiene como característica el estar sujeta a los principios de excepcionalidad es decir, la regla es la libertad y la privación de libertad se aplicará excepcionalmente, como **ULTIMA RATIO**.

La ley 1680, establece como finalidad de las sanciones la educativa y acoge como principios orientadores el respeto a los derechos humanos, la formación integral del adolescente y la búsqueda de su adecuada convivencia familiar y social. Es muy poco el tiempo de aplicación de la ley para evaluar resultados en relación a la finalidad educativa de la ley, y el objetivo que persigue la ejecución el cual consiste en, “lograr el pleno desarrollo de las capacidades del adolescente y la adecuada convivencia con la familia y con su entorno social”. Esto último es difícil de conseguir en los casos de privación de libertad ya que el efecto de esa medida es todo lo contrario porque implica la reclusión en un establecimiento, por esta misma razón se le cercena el derecho de

mantenerlo, preferentemente en su medio familiar. En cuanto al mandato de la ley de combinar la privación de libertad con la finalidad educativa y el pleno desarrollo de las capacidades del adolescente representa la idea de la “poena medicinales”, formulada por Platón y recogida por Santo Tomás según la cual “los hombres que delinquen pueden ser no sólo castigados, sino también constreñidos por el Estado a hacerse buenos”.

En la Edad Moderna, esta visión pedagógica de la pena está presente en el proyecto penal de Tomás Moro en el cual aparece por primera vez la concepción de la privación de libertad orientada a la reeducación. Vista así, pareciera inofensiva sin embargo, para conseguir ese fin podría ser indeterminada, es decir, la pena duraría hasta lograr el objetivo de la reeducación del reo, así mismo, podía conmutarse por la pena de muerte si el reo es irrecuperable, y además podía utilizarse como medida de prevención y orden público.

Esta perspectiva pedagógica de la pena recobra su vigor en el siglo XIX a través de dos versiones: la católica representada por Karl Roeder, Francisco Carnelutti, Vincenzo Garelli, entre otros y la idealista sostenida por Hugo Spirito en Italia, en ambas corrientes se considera que el fin de la pena “es el de la reeducación y la recuperación moral del condenado, en la presuposición de que es un sujeto inmoral a redimir” esta concepción pedagógica y benéfica de la función expresiva va acompañada de una concepción represiva de la función pedagógica a esta doctrina se le han hecho dos objeciones la primera que solo la pena privativa de libertad tiene que ver con la finalidad reeducadora y no con las penas en general y en segundo lugar el fin pedagógico o reeducador no es realizable. Diferentes investigaciones han demostrado “que no existen penas correctoras o terapéuticas y que la cárcel, es un lugar criminógeno de educación e incitación al delito. Represión y educación son en definitiva incompatibles. Estas consideraciones son válidas para las instituciones, de reclusión de menores.

En cuanto a la Vigilancia de la Medida Privativa de Libertad; vemos que este aspecto está expresado en el artículo 218, allí se establecen las condiciones que deben cumplirse durante la ejecución de la privación de libertad, al Juez de Ejecución solo le corresponde de acuerdo con el citado artículo 647.

Otros aspectos de la ejecución es el funcionamiento de las instituciones las cuales deberán operar en locales adecuados con personal capacitado cuidadosamente seleccionado siguiendo los criterios de aptitud e idoneidad. En el texto legal, al que se

alude, “la escolarización”, la capacitación profesional y la recreación serán obligatorias en dicha institución donde también se prestará especial atención al grupo familiar del adolescente...”. Este último aspecto es prioritario, al disponer, la Constitución Nacional que el Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir su responsabilidad de asegurar el goce pleno y efectivo de sus derechos. Es en el grupo familiar donde debe transcurrir el desarrollo integral del ser humano, de allí que muchas de las sanciones impuestas no conllevan la exclusión del hogar cuando el medio familiar deja de cumplir su función las influencias externas serán las predominantes con los resultados sobre su formación.

La institución de internamiento debe tener un reglamento interno donde se establecerá el régimen de vida a que será sometido el adolescente, tales como mención de los deberes y derechos, reglamentación taxativa de las medidas disciplinarias de las cuales están prohibidas los tratos crueles, inhumanos o degradantes, castigos corporales y el encierro en celdas oscuras, pequeñas e insalubre, así mismo, se prohíbe la reducción de alimentos y la denegación del contacto con los familiares, , también, un régimen de emergencia para los casos de motín o conflictos violentos, cuya aplicación debe ser supervisado por el Juez de Ejecución, y un procedimiento para la imposición de sanciones disciplinarias, y los programas educativos, de capacitación laboral, de salud, religiosos recreativos y culturales. Todos los adolescentes deben recibir una copia del reglamento al momento del ingreso. Como se observa es el mismo esquema de las cárceles con la diferencia de que las sanciones disciplinarias están suavizadas por las referidas prohibiciones, sin embargo la prohibición de encierro en celdas oscuras pequeñas o insalubres, deja abierta la posibilidad de que el encierro se instituya si la celda reúne mejores condiciones pudiéndose, de esta forma, **duplicar la gravedad de la pena privativa de libertad con otra similar en la misma institución**, los que configurarían una sanción cruel e inhumana.

El Juez de Ejecución es el encargado de controlar el cumplimiento de las medidas impuestas al adolescente. Vigila que se cumplan las medidas de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia, que garantiza los derechos de los adolescente, revisa las medidas cada seis meses pudiéndolas modificar o sustituir por otras menos gravosa, por considerar que no cumplen los objetivos para los cuales le fueron impuesta o por ser contraria al proceso de desarrollo del adolescente, controla el otorgamiento y denegación de beneficios, conoce y decide sobre la impugnación de medidas disciplinarias.

La intervención del Juez de Ejecución es importante a los fines de asegurarle a los adolescente el respeto de sus derechos humanos, el otorgamiento de sus beneficios, en la oportunidad que se corresponda, y la corrección de las medidas disciplinarias, cuando el caso así lo amerite, con relación a la revisión de medidas para “modificarlas o sustituirlas por otras menos gravosas, cuando no cumplan con los objetivos para los que fueron impuestas o ser contrarias al proceso de desarrollo del adolescente” es un recurso muy novedoso por la facultad tan poco común de quitarle el efecto de sentencia definitivamente firme de la decisión de un tribunal como es el de juicio. Esta posibilidad conduce a la reflexión que para el proceso de desarrollo del adolescente las sanciones especialmente, la privativa de libertad, tienen efectos pernicioso y que tales medidas pudieran ocasionar crisis en los adolescentes más jóvenes, por ejemplo los comprendidos entre 14 y 16 años.

Muchas investigaciones han demostrado los efectos nocivos de la cárcel, los llamados procesos de prisionización que producen las organizaciones totales, a la que pertenecen, también, las instituciones para adolescentes penados, donde el abuso de autoridad, el abandono del sistema de garantía del ciudadano imperante permite afirmar que las orientaciones de reeducación y reinserción social que la ley le asigna a la pena, es un simple recurso ideológico. Ante esta perspectiva se pregunta si por el hecho de que sean adolescentes los reclusos en instituciones de control total la situación será distinta. Hasta ahora no pareciera diferir mucho, por lo menos en lo que al sentimiento represivo tendiente a domesticarlos se refiere. Las constantes fugas aparecen indicar que los adolescentes no están recibiendo un trato acorde con su dignidad humana, lo que hace presumir que lejos de recibir un trato afectivo, el adolescente queda atrapado en órdenes severas y regímenes disciplinarios estrictos que induce a que los jóvenes sólo piensen en escapar.

BIBLIOGRAFIA

- ALFONZO DE BOGARIN Y RAUL BOGARIN. Derecho de la Niñez y de la Adolescencia. Enfoque Procesal. Asunción, 2.006
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Ley 1680 “Código de la Niñez y de la Adolescencia”. Asunción. Ediciones del Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia, 2.001.
- DONNA, E.A. Teoría del Delito y de la Pena. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1995.
- FOUCAULT, M. Vigilar y Castigar. Madrid Siglo XXI de España Editores, 1982.
- FRÍA CABALLERO, J. Imputabilidad Penal. Caracas, Livorca, 1993.
- MORAIS DE GUERRERO, M. (compiladora) Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas. UCAB. 2000.
- MORO, T.F. Derecho y Razón. Madrid, Editorial Trotta, 19.
- NIKEN, P. El Concepto de Derechos Humanos. Estudios Básicos de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1994.
- PILOTTI, F. “Crisis del Sistema de Bienestar Infantil en América Latina” Derecho del niño. Políticas para la Infancia. Unicef. Tomo I. 19. 1994.
- PRET GENTIL, C. “Los principios de la Doctrina de la Protección Integral y las Disposiciones Directivas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente” Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Morais de Guerrero María (compiladora) Caracas. UCAB. 2000.
- REMPLEIN EN SABATER, T.A. Ética para Amador. Barcelona (España) Editorial Interamericana. 1967.
- ZAFARONI, E.R. Derecho Penal General. Buenos Aires. Edicer. 2000.

LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONSUMIDOR Y EL PARADIGMA DE LA PRECAUCIÓN

Dr. Andrés Mariño López

I. INTRODUCCION

La obligación del proveedor de informar al consumidor se encuentra en un proceso de cambios. La forma, el contenido y el alcance de la obligación de informar se modifican con la finalidad de aumentar la protección al consumidor. Así, se diferencia la advertencia de la instrucción, se exige informar a todos los que participan en calidad de proveedores en la relación de consumo, se impone hacer conocer al consumidor el daño específico que causa el producto y las acciones inmediatas a adoptar con posterioridad a su producción.

La introducción del paradigma precautorio en el derecho positivo por las normas de protección del medio ambiente, ha impactado en diversas áreas del sistema jurídico, especialmente en el Derecho de Daños y el Derecho del Consumo.

En el Derecho del Consumo, la incorporación de la precaución ha incidido en diferentes aspectos, entre los que se encuentra el mencionado proceso de transformación de la obligación de informar.

II. EL PARADIGMA DE LA PREVENCIÓN: DERECHO DE DAÑOS Y DERECHO DEL CONSUMO

El Derecho privado moderno, incluyendo el Derecho de Daños, se configura de acuerdo con los lineamientos básicos del paradigma de la Modernidad: la ciencia descubre causalidades y construye leyes explicativas objetivas; el desarrollo del conocimiento científico conduce al progreso y el bienestar.

A dichos pilares se suman: la propiedad privada individual, la libertad de elección racional, el negocio jurídico como expresión de libertad individual, la lógica contractual de atribución de bienes, la reparación del daño, la causalidad adecuada, la prevención del daño cierto.

El Derecho de Daños configura una reforma del derecho privado. Se modifica el eje del sistema regulador de los daños ante la multiplicación progresiva

de éstos en las sociedades de las últimas décadas del siglo pasado. La reparación a la víctima pasa a ser el objetivo, dejando atrás el de sancionar al agresor, propio de la etapa anterior. Se busca la prevención del daño, antes que su reparación. Se formulan sistemas alternativos de indemnización.

No obstante, las bases del paradigma moderno continúan en el Derecho de Daños.

La causalidad adecuada y la prevención del daño cierto se basan en el conocimiento científico positivo: el daño es producido por la causa probable, ésta es la causa previsible y ésta, a su vez, es la que señale la ciencia. El conocimiento científico determina las relaciones causa-efecto. Como consecuencia, se previene el daño respecto al cual existe certeza científica de su ocurrencia. El Derecho de Daños consagra el paradigma de la prevención.

El Derecho del Consumo se construye también como una reforma del Derecho privado. Su objetivo es la protección del consumidor, cuyos derechos se ven vulnerados en la dinámica de la sociedad del consumo. Las herramientas del derecho privado no funcionan adecuadamente en dicho ámbito. El Derecho del Consumo es una reforma el Derecho privado: mejora del consentimiento, mayor información, ampliación de garantías, reglas especiales de interpretación, control de cláusulas abusivas, responsabilidad objetiva.

El paradigma del Derecho del Consumo es también el de la Modernidad. En efecto, el Derecho del Consumo se sustenta en la racionalidad contractual liberal: la información permite al consumidor elegir en forma eficiente. Se impone expresamente la obligación de informar y el control de contenido de las condiciones generales. Con ello, continuando con la perspectiva liberal, el Derecho del Consumo permitiría actuar al consumidor en situación de igualdad con el proveedor, lo cual tendría como consecuencia que el contrato retome la función de asignar en forma eficiente los recursos en el mercado.

El Derecho de Daños ha incidido en la regulación de los daños al consumidor. En el Derecho del Consumo, se establece un régimen de mayor protección para el sujeto vulnerable. Así, por ejemplo, se prevé un régimen de responsabilidad objetiva en caso de daños al consumidor y se permite a éste pedir la resolución del contrato si el proveedor incumple la obligación de actuar de buena fe. Pero, no obstante, el conocimiento científico positivo permanece como el sustento básico de su formulación: tienen vigencia la causalidad adecuada y la prevención del daño cierto.

La admisión de la “excepción de riesgo de desarrollo” como eximente de responsabilidad del fabricante por los daños ocasionados por un defecto del producto que no era conocido por la ciencia al tiempo de introducirlo al mercado, es un ejemplo de lo recién expresado.

Si el producto tiene un defecto no conocido por la comunidad científica al momento de ser introducido al mercado, se plantea la responsabilidad o no del proveedor. Por una parte, el proveedor no puede informar porque lo desconoce.

Por otra, el consumidor no es informado del riesgo. El Derecho del Consumo admite la exoneración por la “excepción de riesgo de desarrollo”, con algunas limitaciones en productos sensibles (medicamentos, alimentos). Así se plasma en la Directiva europea de responsabilidad por productos defectuosos (art. 7 lit. e de la Directiva UE 85/374, de 25/07/1985), traspolado con matices a las legislaciones de los países de la UE, y en la Sección 2 Restatement (Third) of Torts: Product Liability, el cual recoge la jurisprudencia mayoritaria norteamericana. El proveedor no responde si prueba que no podía conocer el riesgo cierto (certeza científica) de producción de daños en el estado de la ciencia al momento de introducción del producto en el mercado. Si no existe conocimiento accesible sobre la certeza científica de riesgo de producción de daños, el proveedor no está obligado a informar. El producto no es defectuoso por falta de información y el proveedor no es responsable.

Desde el paradigma moderno, que el Derecho del Consumo mantiene, responde quien ha causado el daño según lo haya determinado el conocimiento científico.

Si la ciencia no determina la existencia de una conexión causal, no hay responsabilidad. Se previene el daño científicamente cierto. No existe obligación de informar sobre riesgos potenciales o plausibles que la ciencia no ha determinado con certeza.

III. LA CONSTRUCCIÓN DEL PARADIGMA DE LA PRECAUCIÓN

El pilar básico de la Modernidad es puesto en duda y entra en crisis. La ciencia no llega certezas absolutas, sino, tan sólo a conclusiones respecto a probabilidades. El conocimiento científico no disminuye los riesgos; los aumenta exponencialmente.

Cae el fundamento central de la modernidad: la ciencia no conduce a

un progreso, sino que multiplica los daños y sus riesgos; sólo llega a conclusiones relativas.

Se producen dos cambios paradigmáticos: el “avance” científico-tecnológico conlleva destrucción; la ciencia moderna se limita a juicios probabilísticos.

Como consecuencia de este último aspecto, la teoría de la causalidad adecuada pierde pie. La ciencia no puede determinar con certeza que un hecho causa un efecto, sino solo probabilidades que ello ocurra.

Surge la teoría de la causalidad verosímil o probable. Se debe buscar la causa plausible o potencial para una parte significativa de la comunidad científica.

Las nuevas bases del conocimiento científico también hacen naufragar a la “prevención del daño cierto”, cuyo postulado central es la inhibición de las conductas que, de acuerdo con el conocimiento científico, produzcan daños.

Si la ciencia no puede determinar con certeza los riesgos de daños, entonces se deben impedir las conductas que sean causa plausible o potencial de éstos.

Se construye el paradigma de la precaución, el cual sustituye al paradigma de la prevención. Se debe impedir la acción que sea causa probable de daños para una parte relevante de la comunidad científica (riesgo plausible o potencial), aún cuando no exista certeza sobre ello.

IV. PRECAUCIÓN Y MEDIO AMBIENTE: LA PRESENCIA DEL NUEVO PARADIGMA EN EL DERECHO POSITIVO

La precaución ingresa al derecho positivo por la puerta que abre la regulación del medio ambiente. Las particularidades que éste presenta generan la construcción de un subsistema normativo construido sobre bases distintas a las del derecho privado moderno.

a) Se considera al medio ambiente como un bien colectivo: no es de nadie en particular, sino de todos los individuos (art. 47 Constitución de la República; arts. 1, 2 y 3 L. 16.466, de evaluación de impacto ambiental, de 19/01/1994; art. 3 L. 17.283, de protección del medio ambiente, de 28/11/2000).

b) Se expande la legitimación activa ante daños colectivos a cualquier individuo, organizaciones sociales, instituciones públicas y privadas (arts. 42 y 202 CGP; art. 6 lit. D, L. 17.283, de protección del medio ambiente, de 28/11/2000).

c) En concordancia, son admitidas las acciones colectivas, a las cuales, dichos legitimados pueden acceder para proteger al medio ambiente y otros posibles bienes colectivos.

d) Es instaurado el principio precautorio: las actividades que puedan producir un daño ambiental deben ser inhibidas, aún cuando no haya certeza científica sobre dicho riesgo (art. 6 lit B L. 17.283, de protección del medio ambiente, de 28/11/2000).

e) No es necesario que haya certeza científica respecto a que un hecho causó un daño (relación causa-efecto) para determinar la relación de causalidad.

Basta que la acción sea la causa plausible o potencial (causa verosímil) para imputar la responsabilidad. La causalidad verosímil es un corolario del principio precautorio.

f) En conexión con lo anterior, se prevén las moratorias: las acciones presuntamente peligrosas se suspenden hasta que se desarrollen investigaciones científicas que determinen su inocuidad (art. 14 literal D, L. 17.283, de protección del medio ambiente, de 28/11/2000).

g) Se establecen nuevas respuestas del sistema jurídico ante el daño ambiental: la reparación pasa a ser el último recurso, luego de la precaución, la recomposición y la mitigación (art. 4 L. 16.466, de evaluación de impacto ambiental, de 19/01/1994).

h) La concepción de un tiempo lineal, propia de la Modernidad, deja su lugar a un tiempo circular: pasan a tener relevancia las generaciones futuras, en cuyo interés, se debe conservar el medio ambiente en el presente. Un sujeto futuro es considerado para determinar si una conducta pueda realizarse o no (art. 47 No. 1 lit. b Constitución de la República; art. 1 inc. final 17.283, de protección del medio ambiente, de 28/11/2000).

i) Es construido un derecho de propiedad individual con función social. El poder del propietario otorgado por el derecho privado moderno se limita mediante la imposición de deberes del dueño respecto a bienes colectivos (art. 37 lits. c y d, L. 18.308, de ordenamiento territorial y medio ambiente, de 18/06/2008).

V. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL HACIA OTRAS ÁREAS DEL SISTEMA JURÍDICO

El Derecho ambiental se construye sobre bases diferentes a las del Derecho del Consumo y del Derecho de Daños. Estos últimos surgen como reformas del derecho privado, que lo adecuan a los cambios sociales, pero lo mantienen intacto en su estructura: propiedad individual, bienes individuales, prevención del daño cierto, causalidad adecuada, reparación por indemnización.

Por su parte, el Derecho ambiental, edificado sobre un nuevo paradigma, se conforma por un conjunto de elementos diferentes a los del derecho privado clásico: bienes colectivos, generaciones futuras, precaución, causalidad verosímil, recomposición.

La inserción del Derecho ambiental en el sistema jurídico plantea problemas de urgente solución. La precaución dejó de ser un postulado teórico o contenido político de declaraciones internacionales. El paradigma precautorio se encuentra plasmado en normas de derecho positivo, al cual ingresaron desde la regulación medioambiental.

El sistema jurídico debe tener coherencia y consistencia. Como consecuencia, se consagra el principio de congruencia por el art. 6 inc. final L. 17.223, de protección del medio ambiente, de 28/11/2000.

Luego de enumerar los que denomina principios de política ambiental (entre los cuales se encuentra el principio precautorio y de información ambiental), dicha disposición expresa: “Los principios antes mencionados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que pudieran suscitarse en la aplicación de las normas y competencias de protección del ambiente y en su relación con otras normas y competencias”.

La interpretación normativa debe hacerse sobre la base de las normas medioambientales. El principio de congruencia, también denominado de integración, es una regla de coordinación. Las normas previstas por el subsistema del derecho ambiental deben respetarse por el resto del sistema jurídico. Entre las normas que conforman a éste y las normas ambientales debe existir coherencia. Las disposiciones normativas ambientales tienen fuerza expansiva.

Si una acción, considerada por parte significativa de la comunidad científica con riesgo potencial o plausible de causar un daño medioambiental, se debe inhibir,

entonces, también se deben prohibir aquellas conductas potencial o plausiblemente causantes de daños en otras áreas reguladas por el sistema jurídico.

La expansión de las soluciones precautorias medioambientales hacia otras zonas del sistema jurídico, en particular del Derecho de Daños y el Derecho del Consumo, es problemática. El derecho privado moderno se construye sobre la base del paradigma de la modernidad, mientras que el derecho ambiental sobre la racionalidad de la posmodernidad.

Ante dicha cuestión, una posición teórica afirma que los pilares sobre los cuales se edifica el Derecho ambiental presentan diferencias epistemológicas de tal entidad, que no es posible la expansión hacia otras zonas del sistema jurídico. Hay que construir nuevos sistemas normativos para el Derecho de Daños y el Derecho del Consumo.

No obstante, la norma que plasma el principio de precaución puede ser aplicada en otras zonas del sistema jurídico. Es cierto que hay bases epistemológicas distintas entre el subsistema normativo ambiental y el resto de los subsistemas que lo componen. Pero, la norma precautoria debe tener aplicación en aquellos ámbitos normativos en los cuales el conocimiento científico determine situaciones jurídicas para los sujetos. Así, se debe inhibir toda conducta que potencial o conjeturalmente (para una parte significativa de la comunidad de la ciencia) pueda causar un daño (sea éste ambiental o no), aún cuando no haya certeza científica absoluta.

Las bases del paradigma precautorio contenidas en el Derecho ambiental, más adeudadas a la realidad posmoderna, deben aplicarse, cuando fuere posible, en todo el sistema jurídico y, en particular, en el Derecho de Daños y el Derecho del Consumo.

El Derecho de Daños pretende regular el daño en todas sus manifestaciones, incluido el ambiental. El Derecho del Consumo tiene múltiples puntos de contacto con el Derecho ambiental. Los organismos genéticamente modificados y los riesgos de desarrollo son dos claros ejemplos.

La incidencia de las normas ambientales en el sistema jurídico, y en especial en el Derecho de Daños y el Derecho del Consumo, hace que, en dichos ámbitos, impacte el paradigma de la precaución con mayor fuerza que en el resto del sistema jurídico.

VI. LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR EN EL DERECHO DEL CONSUMO Y EL PARADIGMA DE LA PREVENCIÓN

La obligación de informar ha sido uno de los postulados básicos del Derecho del Consumo. Sobre la base de una lógica contractualista y liberal, busca equilibrar la situación desfavorable del consumidor. En efecto, si el individuo es informado adecuadamente adoptará la elección racional más eficiente para el mercado. Configura un elemento central del paradigma de la prevención. Se deben informar los riesgos de daños que se hayan determinado científicamente y, en consecuencia, no contiene un defecto de información el producto respecto del cual no se haya informado un riesgo no conocido o solo potencial o plausible (sin certeza absoluta) para el conocimiento científico.

La ley uruguaya de Defensa del consumidor plasmó dicho paradigma. La obligación de informar forma parte de la obligación de actuar de buena fe. Ésta comprende otras conductas, además de la de informar.

El art. 6 lit. C) L. 17.250 establece del derecho del consumidor a una “información suficiente, clara, veraz, en idioma español (...)”; el art. 8 de dicha ley dispone que los “productos o servicios peligrosos o nocivos para la salud o seguridad deberán informar en forma clara y visible sobre su peligrosidad o nocividad (...)”; el art. 10, al referir a “productos industriales”, establece que el fabricante debe informar y la información acompañar al producto en su comercialización.

En otras disposiciones se establece el contenido de la información. Así sucede en los arts. 15 (información en la oferta en general), art. 17 (información en la oferta de productos), art. 19 (información en la oferta de productos defectuosos, usados o reconstituidos), art. 20 (información en la oferta de servicios).

La obligación de informar continúa en la etapa posconsumo, es decir, luego de la comercialización del producto o servicio. El art. 11. señala que si el proveedor toma conocimiento de la nocividad o peligrosidad del producto o servicio luego de su introducción en el mercado, deberá comunicarlo inmediatamente a las autoridades competentes y a los consumidores. Como consecuencia, la obligación de informar sobre los riesgos del producto o servicio perdura con posterioridad al acto de consumo.

La carga de la prueba “de los datos de hecho contenidos en la información o comunicación publicitaria” es puesta a cargo del proveedor (art. 26).

Según lo dispone el art. 30, es abusiva, y por consecuencia nula por lo

previsto en el art. 31 inc. final, la cláusula del contrato de adhesión celebrado entre proveedor y consumidor que viole la obligación de actuar de buena fe.

Por su parte, el art. 32, en caso de incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe “da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato, en todos los casos más los daños y perjuicios que correspondan”.

El art. 34 prevé la responsabilidad objetiva del proveedor (en sentido amplio, pues la legitimación pasiva está específicamente determinada en dicha disposición) en caso de vicio o riesgo del producto o el servicio. Si el producto o servicio no presentan la información suficiente y adecuada presenta un defecto de información y es defectuoso. Como consecuencia, se aplica el régimen de responsabilidad objetiva dispuesto por el referido art. 34.

La normativa señalada queda comprendida en el paradigma de la prevención al cual el Derecho del Consumo clásico pertenece. Se informa al consumidor para reequilibrar su relación con el proveedor y obtener intercambios eficientes.

El mejoramiento del consentimiento requiere que el consumidor sea informado.

En el paradigma de la prevención, el proveedor está obligado a informar el riesgo de daño respecto al cual haya certeza científica. Cuando el riesgo es sólo plausible, no hay obligación de informar. Como consecuencia, si el producto o servicio se introduce en el mercado con las advertencias e instrucciones suficientes y adecuadas, no existe el defecto de información del producto o servicio. Si no hay obligación de informar, tampoco defecto de información del producto o servicio.

A su vez, para completar el paradigma preventivo del Derecho del Consumo clásico, si se ha producido un daño al consumidor, es necesario acreditar la causalidad adecuada (la científicamente previsible) entre el perjuicio y la conducta del proveedor o el defecto del producto o servicio. El proveedor se exonera de responsabilidad probando que ha informado aquello con relación a lo cual existe certeza científica.

VII. LOS CAMBIOS EN LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

El paradigma de la precaución plantea otra obligación de informar: se debe informar el daño conjetural y su forma de reversión.

La precaución lleva a una mayor protección. La información adquiere nuevas perspectivas. Ya no se informa para que el consumidor se encuentre en pie de igualdad con el proveedor y puede elegir racionalmente (en forma eficiente) el producto.

Se plantean nuevas funciones para la información. Se debe advertir en forma destacada al consumidor de todas las probabilidades, incluso conjeturas, de daños que el producto puede ocasionar. La información, dirigida a todos los consumidores posibles, no se detiene en el daño, sino que debe continuar señalando las acciones a adoptar luego de su producción. Todos los sujetos que participan de la relación de consumo frente al consumidor se encuentran obligados a informar.

1. La forma de la información: advertencia e instrucciones formalmente correctas. Debe diferenciarse la advertencia de la instrucción.

La advertencia tiene por función llamar la atención del consumidor respecto a los riesgos de daños que conlleva el producto. La instrucción, en cambio, indica la forma adecuada de utilización.

Para cumplir su finalidad, la advertencia debe transmitir en forma clara, fácil e inmediatamente accesible al consumidor o afectado potencial el riesgo de daño que conlleva el producto o servicio.

Debe ser visible, en una ubicación que la haga ineludible (en el manual de instrucciones, en el producto mismo, en el embalaje), en lenguaje natural, concisa (para evitar la saturación del mensaje), utilizando símbolos. En la sentencia del Tribunal Supremo de España, sección 1ª, 22/05/2001, se estima que la advertencia e instrucciones de uso del producto eran adecuadas pues en el envase figuraba el dibujo de una calavera con dos tibias cruzadas por detrás que informaban suficientemente la peligrosidad del contenido. En el caso, el consumidor había sufrido quemaduras importantes al utilizar sin protección un producto de limpieza con ácido sulfúrico concentrado. Se absuelve al fabricante y se condena al comerciante que introdujo un producto industrial en el mercado del consumo.

Si la advertencia no cumple con estos requisitos, la información no ha sido dada en la forma debida y el producto o servicio padece de un defecto de información.

Para determinar la corrección formal de las advertencias se deben seguir tres criterios razonables: a) El diseño debe permitir captar razonablemente la atención

del consumidor; b) La intensidad –apariencia, visibilidad- debe ser acorde a la magnitud del riesgo, aun cuando en éste sólo sea potencial; c) La redacción ha de ser comprensible.

Dichas pautas pueden verse aplicadas en el fallo de la Suprema Corte de Nevada, *Lewis v. Sea Ray Boats Inc.*, (65 P.3d 245, Nev. 2003), en el cual, dos ocupantes de una embarcación de recreo sufren una intoxicación de monóxido de carbono mientras dormían. Uno falleció y el otro resultó gravemente herido.

Las víctimas dejaron encendido el generador de gasolina que alimentaba el aire acondicionado. Sobre dicho riesgo, el demandado había informado en persona a las víctimas al venderles el barco. El tribunal consideró que la advertencia no había sido formulada correctamente de acuerdo con los criterios expuestos.

Respecto a este último aspecto, es decir, la exigencia de comprensibilidad, un ejemplo clásico es el fallo de la Corte de Apelaciones de Minnesota, *Tesner v. Rich Ladder* (380 N.W 2d. 203; Minn. Ct. App. 1986). Una persona cae de una escalera de un sólo tramo a 7 mts de altura cuando ésta se vino abajo en el momento que estaba pintando la fachada de su casa. La instrucción en la etiqueta decía: “Apoye la escalera en ángulo de 75 grados y medio situando su base a una distancia de la vertical de su punto de apoyo igual a la cuarta parte de la longitud utilizada de la escalera”(“Set up single or extension ladders at 75 ½ degrees by placing the bottom ¼ of the length being used out from the vertical resting point”). El tribunal consideró inadecuada la instrucción por ser incomprensible, en especial las expresiones “vertical de su punto de apoyo” y “longitud utilizada”. Además, sostuvo la necesidad de una advertencia y la identificación en ésta del riesgo específico que la escalera basculara hacia atrás.

2. Nuevos contenidos de la información.

Se exigen nuevos contenidos para la obligación de informar. No sólo se requiere una información genérica sobre los riesgos de daños que el producto o servicio conlleven. Es necesario informar, en primer lugar, de todo riesgo posible y, en segundo término, de los riesgos específicos que puede producir el producto o servicio. Por otra parte, se requiere la información de las medidas a adoptar en forma inmediata de producido el daño.

A) Información específica sobre el riesgo posible.

Se exige que la información contenga el riesgo de daño específico. No basta con que la advertencia refiera genéricamente a daños que puedan suceder. Se

debe informar sobre los riesgos concretos del producto, no sólo sobre los genéricos.

Una interpretación en esta línea puede apreciarse en el fallo *Ayers v. Johnson & Johnson* (Co. 797, p2d 527; Wash. Ct. App. 1990). En dicho caso, una niña de 15 meses inhaló e ingirió aceite corporal para niños de una botella que su hermana mayor había guardado en un bolso que, por descuido, estaba en el suelo. La niña sufre graves daños cerebrales por hipoxia. Los padres demandan sobre la base que el fabricante debió haber advertido de los riesgos en cuestión. El tribunal afirma: “(...) el producto no contenía tal advertencia, los miembros de la familia no sabían que aquél era peligroso y por lo tanto no lo trataron como tal (...). No conocían el daño concreto que podía resultar de inhalar aceite mineral”. Hoy la advertencia del producto indica: “Mantenga este producto fuera del alcance de los niños para evitar que lo inhalen o ingieran, pues ello podría causarles daños graves”(Keep out of children’s reach to avoid drinking and accidental inhalation which can cause serious injury). Dicha línea ha sido expuesta expresamente como requisito necesario para la determinación de la corrección de las advertencias en el antes citado fallo *Lewis v. Sea Ray Boats Inc.* (65 P.3d 245, Nev. 2003).

El fallo de la Corte de Apelaciones de Minnesota, *Tesner v. Rich Ladder* citado al final del numeral anterior (daños producidos a una persona que se encuentra pintando una pared por la caída de la escalera de 7 mts. que estaba utilizando) es pionero en esta línea. Allí, el tribunal sostuvo la necesidad de una advertencia y la identificación en ésta del riesgo específico que la escalera basculara hacia atrás.

B) Información para las acciones posteriores al daño.

La información no se debe limitar a las medidas a adoptar ante un riesgo específico de daño. Es necesario informar sobre las medidas a tomar una vez acaecido éste.

Se exige informar las acciones inmediatas a adoptar en caso de producirse el daño por el riesgo advertido o informado.

La adopción de este criterio se observa en la jurisprudencia española. Así lo hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5ª, 16/12/2003 (AC 2003/822). Dos hermanas gemelas de dos años de edad sufrieron quemaduras de tercer grado en ambas piernas como consecuencia del contacto con detergente limpiador concentrado desengrasante de baterías que se derramó al caerse el envase y abrirse el tapón con algunas muescas rotas. No contenía ninguna indicación de cómo

actuar en caso de contacto o ingestión. La sentencia expresa: “El producto no advertía en su etiquetado acerca de qué hacer en caso de contacto con la piel, y por lo tanto (...) debe reputarse defectuoso por cuanto no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar para el caso de producirse un derrame del mismo”.

3. Ampliación de los sujetos informados.

Se amplía la cantidad de sujetos a los cuales va dirigida la información. Su busca informar a todo el espectro de consumidores, comprendiendo al consumidor vulnerable o subconsumidor, al afectado en proporciones mínimas (como alérgicos a una sustancia que compone un medicamento), al consumidor experto en el uso del producto o servicio.

A) Información a todos los consumidores posibles.

La información debe dirigirse a todos los consumidores. Esto significa que deben contemplarse a los consumidores especialmente sensibles. El producto o servicio está destinado, no sólo a un consumidor promedio, sino también, a personas especialmente “sensibles”. Se deben considerar aquellas personas más débiles o menos cultas que el consumidor medio.

La información debe abarcar los riesgos posibles de daños a padecer por todo el espectro de consumidores.

B) Información de los riesgos de daños aunque el producto vaya dirigido a profesionales y consumidores expertos.

La información debe proporcionarse aunque el producto pueda ser adquirido por consumidores con versación en su utilización.

Existe un conjunto de productos de venta libre destinados a usuarios profesionales, consumidores o no. Aún cuando el producto requiera experticia para su utilización y como consecuencia su segmento habitual de destinatarios sean profesionales o consumidores expertos, debe contener la información suficiente sobre los riesgos de daños.

Retrocede la doctrina del consumidor experto (sophisticated user doctrine), originada en la jurisprudencia norteamericana. Dicha doctrina es propia del paradigma de la prevención: se informa para equilibrar la situación deficitaria del consumidor, pues si éste es experto en el uso del producto, la información no es necesaria.

La penetración del paradigma de la precaución genera una nueva corriente. El proveedor debe informar sobre riesgos de daños del producto aún cuando éste se encuentre destinado a usuarios con experticia en su utilización. No se admite la exoneración de responsabilidad por el uso del producto por un consumidor experto.

En la jurisprudencia española se ha abandonado la regla del consumidor experto. Así, por ejemplo, en dicha línea se puede observar la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, Civil sección 1ª, 2/11/2005 (AC 2006/105).

En dicho caso, dos hermanos, quienes trabajaban en una obra en la casa de uno de ellos y que habitualmente realizaban tareas de albañilería, sufren quemaduras por contacto con cemento portland. Demandan a la cementera, dado que el producto no contenía información sobre la causticidad de sus componentes químicos. El juzgado de 1ª instancia (SJPI, 4, Palencia, 28/02/2005) considera que no son consumidores y rechaza la demanda. El tribunal revoca, dado que el producto era de venta al público en general, las víctimas lo habían adquirido para un destino privado y familiar y no contenía información alguna, mucho menos advertencia, sobre los riesgos de daños.

4. Ampliación del elenco de sujetos obligados a informar.

Se amplía el espectro de los sujetos que deben informar (advertir e instruir). Todos los sujetos que participan en la relación de consumo como proveedores deben informar al consumidor. En particular, se abandona la regla de intermediario experto.

En el derecho norteamericano, está consolidada la regla de jurisprudencia denominada “regla del intermediario experto” (“*learned intermediary rule*”). Dicha regla es recogida por el art. 6 lit. d del Restatement (Third).

Según dicha doctrina, el fabricante se exonera de responsabilidad si ha suministrado la información adecuada al intermediario experto que lo provee al consumidor. Esta regla de conducta, basada en la culpa (negligence), considera el consumo desde una lógica contractualista. De acuerdo con ella, el fabricante actúa sin culpa, pues informa a quien directamente suministra el producto al consumidor y que, como consecuencia, es el sujeto que está obligado a informar.

En el derecho norteamericano, la regla opera en el ámbito de los medicamentos.

El fabricante de un medicamento sujeto a prescripción médica se exonera

de responsabilidad si ha informado suficientemente al médico que lo prescribe al paciente. Se aplica desde 1966, a partir del caso *Sterling Drug v. Cornish*, 370 F.2d 82, 85 (8th Cir. 1966): un paciente contrae retinopatía luego de consumir un medicamento para la artritis, uno de cuyos componentes era fosfato de cloroquina, el cual, había causado dicha enfermedad en un porcentaje de pacientes. Se exonera al laboratorio y se condena al médico.

El paradigma de la precaución golpea esta doctrina. El producto que presenta un riesgo de daño debe incluir la información sobre éste al consumidor. De lo contrario, presenta un defecto de información y es defectuoso.

Todos los sujetos que participan en la relación de consumo se encuentran obligados a proporcionar la información que posean sobre los riesgos de daños que puede producir el producto.

Esta postura se aprecia en la jurisprudencia española. La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, civil, secc. 4ª, de 19/07/2000 (JUR 2000/296591) distingue la obligación de información del laboratorio y del médico y se desmarca de la regla del intermediario experto que había seguido la sentencia de 1ª instancia. El *Vademecun* y la ficha técnica informaban de la aparición infrecuente (0,02%-1%) de la pérdida del sentido del gusto, pero el prospecto no lo indicaba. El paciente perdió el gusto por siete meses y demandó al fabricante y al médico. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia (JPL, 11, de Palma de Mallorca, 17/11/1998) desestimó la demanda. La Audiencia revocó dicha sentencia, condenó al laboratorio y absolvió al médico, pues la omisión era imputable al fabricante.

Respecto a este último fallo, es correcta la atribución de responsabilidad al laboratorio, pero parece excesivo exonerar al médico, pues él disponía de la información que, como experto, debió proporcionar. Correspondía una condena in *sólidum* al laboratorio y el médico.

VIII. CONCLUSIONES

1. El paradigma de la precaución se ha impuesto en el sistema de normas de Derecho ambiental. La especial sensibilidad del bien jurídico protegido lleva a adoptar un sistema normativo que profundiza la función de protección planteada por el paradigma de la prevención. Basta la probabilidad que una conducta produzca un

daño, para que deba ser inhibida. Ya no se exige la certeza científica de la causalidad. Se postula la precaución frente a la prevención.

2. Si bien las bases epistemológicas de la precaución son diferentes de la prevención, su incorporación en el derecho positivo ambiental ha potenciado su incidencia en el resto del sistema jurídico, pues la coherencia que deben tener los diferentes elementos normativos que lo componen, es un elemento indispensable para su funcionamiento adecuado.

3. En el Derecho del Consumo, el paradigma de la precaución incide con particular fuerza. No sólo en la específica inhibición de conductas potencialmente dañosas (tutela inhibitoria) y en la imputación causal sin certeza científica absoluta (causalidad verosímil), sino también, en la obligación de informar al consumidor. Se amplía el elenco de sujetos que están obligados a informar, así como el de los individuos que deben ser informados.

Se modifica su contenido: la información debe comprender los daños plausibles o potenciales para una parte significativa de la comunidad científica. Y en concordancia con esta línea tuitiva, se exige que se informe el riesgo específico y las acciones a seguir una vez acaecido el daño para minimizar sus efectos.

BIBLIOGRAFÍA

BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

CALAIS-AULOY, J., “L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats”, *Revue Trimestrielle du Droit Civil* (2), abril-junio 1994, pp. 239-254.

DÍAZ FERNÁNDEZ, HUGO S., “Aspectos básicos de la responsabilidad por daño ambiental en el derecho uruguayo”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, No. 3-2006.

GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo T. XXVI*, FCU, Montevideo, 2009.

HERMITTE, M. A., “Los fundamentos jurídicos de la sociedad del riesgo. Un análisis de U. Beck”, en SOZZO, G. (coord.), *El Gobierno de los riesgos*,

Universidad Nacional de Litoral, Santa Fe, 2007.

HERMITTE, M. A., “Fundación jurídica de una Sociedad de las Ciencias y de la Técnica a través de las Crisis y los Riesgos”, en DIAS VARELA, M. (org.), Derecho, sociedad y riesgos: la sociedad contemporánea vista a través de la idea de riesgo, Red Latinoamericana y Europea sobre Gobierno de los riesgos, UniCEUB-UNITAR, Brasilia, 2007.

HERNÁNDEZ, C. A., “Horizontes actuales de la defensa del consumidor en Argentina: la tensión de fuentes”; Revista Crítica de Derecho Privado No. 5-2008.

LORENZETTI, R. L., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

MARIÑO LÓPEZ, A., “Bases del Derecho de Daños al medio ambiente. Aportes para la construcción de acuerdos regionales en América Latina”, Anuario Derecho Civil Uruguayo T. XXXVII.

MARIÑO LÓPEZ, A. “Responsabilidad por daños en el Derecho del Consumo”, Anuario Derecho Civil Uruguayo T. XXXVI.

MIRANDE, S., “El riesgo de desarrollo en el Derecho de Daños: nueva paradoja con relación al fundamento de la responsabilidad civil”, Revista Crítica de Derecho Privado No. 5-2008.

NOIVILLE, C., “Ciencia, decisión, acción: tres observaciones en torno al principio de precaución”, en SOZZO, G. (coord.), El Gobierno de los riesgos, Universidad Nacional de Litoral, Santa Fe, 2007.

PICASSO, S, “Responsabilidad por daños al consumidor”, Anuario Derecho Civil Uruguayo T. XXXI.

SALVADOR CODERCH, P.-PIÑEIRO SALGUERO, J.-RUBÍ PUIG, A., “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)”, InDret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, No. 4/2007.

SALVADOR CODERCH, P. –RAMOS, S., “Avance del Comentario InDret a la Ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto”, InDret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, octubre de 2006.

SALVADOR CODERCH, P. – SOLÉ FELIÚ, J., Brujos y aprendices, Marcial Pons, Madrid, 1999.

SOZZO, G, “Entre ser prudentes y estar informados. Sobre la diferente racionalidad del deber de información y el principio precautorio”, Revista Crítica Derecho Privado No. 5-2008.

SOZZO, G., “Riesgo de desarrollo y Sistema de derecho de daños”, Revista Crítica Derecho Privado No. 5-2008.

YZQUIERDO TOLSADA, M.-NAVARRO MENDIZABAL, I.,-ACOSTA MÉRIDA, M., Derecho del Consumo, Cálamo, Barcelona, 2005.

LOCACION URBANA: AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, CONTRATO DIRIGIDO Y ESTATUTO

por Juan Jacobo

I. IMPORTANCIA DEL DERECHO DE ARRENDAMIENTOS

En nuestro país, el derecho de las locaciones urbanas tiene una trascendencia mayúscula por los efectos que de sus previsiones se derivan sobre la mayor parte de la población. No es preciso derrochar mucha imaginación para tomar conciencia de que todo habitante de nuestro territorio ocupa generalmente una finca con destino a su propia vivienda, aunque también suelen darse situaciones, que, no por infrecuentes, dejan de ser conocidas, en mérito a las cuales un mismo sujeto ostenta la ocupación simultánea de varias residencias.

Por otra parte, haciendo abstracción del destino habitación, existen infinidad de inmuebles arrendados para las más diversas finalidades. Así, en materia de locales industriales y comerciales, la disciplina en examen no solamente afecta a las partes contratantes de un alquiler, sino que también irroga sus consecuencias sobre terceros ajenos a la relación. En este sentido, perjudicar a los individuos que se desempeñan como obreros en un establecimiento que tiene su asiento en un inmueble que es objeto de desahucio, desembocando quizás en el desempleo de todos o muchos de ellos.

En suma, pues, se hace muy difícil concebir la ocupación de una finca por personas físicas o jurídicas que no revistan, amén de quienes son titulares de un derecho real sobre la misma, las calidades de arrendatario, subarrendatario o comodatario de aquélla. Como contrapartida, tales calidades implican la existencia de una relación jurídica con otros sujetos de derecho que merecen el distintivo de arrendadores, subarrendadores o comodantes. Y sobre todos ellos la disciplina jurídica que nos ocupa discierne sus proyecciones.

La gran difusión y relevancia jurídica y económica del negocio en análisis, en el sentido de HUC, responde al hecho de que la propiedad individual se encuentra de hecho distribuida, sea en cuanto al suelo, sea en cuanto a los instrumentos de trabajo y al capital industrial, de modo tal que aquellos que no poseen la tierra o que carecen de numerario suficiente, se ven obligados a negociar con quienes los ostentan. De

ello resultan nuevas relaciones jurídicas que son regladas por el contrato de locación.

La gran importancia que esta materia tiene en la práctica se trasunta al través de la multitudinaria cantidad de trámites relativos a alquileres, tales como opciones, rebajas de rentas, desalojos, rescisiones de contrato, oblaciones y consignaciones, intimaciones, medidas preparatorias de inspección judicial y diligencias cautelares, entre otras muchas, que se promueven cotidianamente ante las distintas dependencias de la justicia ordinaria. Ello ha motivado que, en muchísimas ocasiones o, más bien, en forma permanente, el legislador apostara su atención en el asunto, inclusive, hasta para ordenar la realización de censos y estadísticas acerca de los diversos procedimientos judiciales en trámite.

Desde sus orígenes más remotos y hasta la época en que vivimos, el derecho de los arrendamientos urbanos constituyó una ininterrumpida preocupación de los responsables de los diferentes gobiernos, ya que -como se dijo- es en verdad difícil de concebir dentro de la contratación, un negocio que concite tan delicados intereses como el de la locación de fincas.

De ahí que, con fundadísimas razones, algún prestigioso jurista dijera que cada nueva ley de alquileres tiene una importancia histórica, y otros, no menos destacados, expresaran que el arrendamiento es quizás el instituto más relevante y frecuente del derecho civil.

No obstante esa palpable realidad que describimos, no obstante asimismo la innegable trascendencia práctica del ordenamiento en examen, los programas de estudios universitarios de las disciplinas jurídicas vinculadas al tópico, suelen hacer oídos sordos a este fenómeno. De esta manera, comprobamos con perplejidad que en los cursos de derecho civil y derecho procesal, así como también en los de enseñanza de la práctica forense, se destina exiguu número de horas a la explicación del negocio arrendaticio, mientras, paralelamente, resulta sorprendente el tiempo que se dedica a la consideración de otros institutos caídos en desuso.

Como corolario inevitable de ello, no es difícil comprender los motivos de la mediocridad con que generalmente se debaten y dilucidan en los medios forenses los numerosos problemas que atañen a esta rama del derecho. Claro está que, en descargo de ello, puede argumentarse que muchas veces se manejan preceptos legales carentes del mínimo tecnicismo jurídico y provenientes de razonamientos no muy eruditos.

II. EL DERECHO COMUN

Aun cuando existieron leyes anteriores a Narvaja, el derecho común se halla representado, en primer término, por el Código Civil, cuya sapiencia ha quedado irrefragablemente demostrada después de más de un siglo de aplicación.

El valor de esta obra jurídica es tan especialmente grandioso, que muchas de sus disposiciones se han mantenido inmutables durante el transcurso del tiempo y conservan análoga actualidad a la que tuvieron cuando recién fueron sancionadas.

Por otra parte, el carácter fragmentario observado por la legislación especial, ha servido para consolidar la eficacia del Código Civil, en tanto existen infinidad de situaciones que se hallan excluidas de la aplicación de sus normas y que por su calidad de asuntos auténticamente locativos sólo encuentran regulación en los preceptos de aquél.

En segundo término, constituyen el derecho común, los fundamentos de las leyes análogas, los principios generales de derecho, las doctrinas más recibidas, y la costumbre, a los cuales debe recurrirse para la solución de los problemas derivados de todo negocio civil que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de las leyes de la materia.

III. LA LEGISLACION ESPECIAL

La otra fuente del derecho arrendaticio es la legislación especial, la cual aparece como consecuencia de una necesidad social excepcional merecedora de regulación. De ahí que en un principio, se le llamó legislación de “emergencia” por quienes no previeron que las circunstancias que meritaban su advenimiento persistirán en el tiempo y darían lugar a su amplitud y a su desarrollo paulatino y progresivo.

Como dicen COSSIO y RUBIO, el derecho especial no es una excepción sino una especificación, un desenvolvimiento y un complemento del derecho general, agregando que implica nuevos hechos, nuevas exigencias, que obligan al dictado de nuevas normas las cuales reconocen el sentido tradicional y conservador del derecho común.

Por entender que la relevancia de este ordenamiento normativo es enorme, sus antecedentes, evolución y caracteres serán objeto de análisis por separado en los párrafos siguientes.

IV. ANTECEDENTES DE LA LEGISLACION ESPECIAL

Como se sabe, hasta los albores del siglo XX, el derecho de las locaciones urbanas se rigió por el sistema inspirado en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. De acuerdo con esta proposición, puesta de manifiesto al través de la filosofía individualista de la Revolución Francesa y consagrada luego en el Código de Napoleón -justamente calificado como el “código del propietario”- se ha dicho acertadamente que la voluntad del hombre no necesita justificación alguna para actuar válidamente en el campo de sus posibilidades jurídicas; es suficiente con que se exprese la intención de obtener tal o cual resultado y, de esta forma, el ordenamiento jurídico deberá ampararla sin que sea menester buscar apoyo en factores coadyuvantes.

Esta tendencia, que atribuía a la voluntad individual ilimitadas facultades en la producción de efectos jurídicos, fue la que de modo generalizado prevaleció hasta entonces en las legislaciones positivas de los países liberales, es decir, del hoy llamado “mundo occidental”.

Sin embargo, eso que en líneas generales responde a un acontecimiento efectivamente acaecido, no significa que, con anterioridad y desde remotísimas épocas, no se haya conocido la existencia de normas excepcionales consagradas por el derecho en razón de la necesidad de contemplar situaciones también circunstanciales.

En efecto, desde tiempos muy antiguos, se observa la aparición de dispositivos legales dictados con el designio de atemperar la escasez habitacional, tal como sucedió en el Imperio Romano, cuando fue indispensable crear reglas tendientes a evitar la actividad de los especuladores, que exigían sumas verdaderamente astronómicas para transferir el uso y goce de las viviendas que ofrecían en arrendamiento o, también, para disponer la condonación de las rentas a los pobres.

Con posterioridad, las Partidas establecen una minuciosa regulación del contrato de locación de inmuebles en la cual, sin perjuicio de campear la idea de que el pacto es la suprema ley del arrendamiento, suelen contenerse preceptos que tienen un carácter manifiestamente excepcional, como por ejemplo, aquél que preveía un régimen sucesorio especial en materia de alquileres de viviendas, entre algunos otros.

Pero la auténtica injerencia estatal en el asunto puede delimitarse cronológicamente hacia principios del siglo XVII en España, cuando FELIPE III, impuso la fijación del precio máximo para las fincas ofrecidas en alquiler, prohibiendo cánones superiores a los tasados.

Tiempo más tarde, la mal llamada “ley de Madrid” instauró un severo sistema de prórogas fenecido el plazo de los contratos, que conspiró contra el derecho de los propietarios de obtener la libre disponibilidad de las fincas locadas y perfeccionó el régimen de sucesión mortis causa del inquilino, beneficiando a su viuda e hijos, en ese orden, etc.

De ahí en más, resurge con bríos inusitados la autonomía de la voluntad, que durante el siglo XIX alcanza apoteósico triunfo. Sin embargo, en el curso de ese período, determinadas previsiones aisladas fueron objeto de consagración legislativa hasta llegar a los comienzos del siglo en que vivimos, en cuyo transcurso, puede afirmarse, tiene real advenimiento el derecho arrendaticio especial.

V. ORIGEN Y EVOLUCION DE LA LEGISLACION ESPECIAL

El advenimiento de la primera guerra mundial determinó una sustancial modificación en los ordenamientos legales europeos, haciéndose imprescindible la intervención de los diferentes gobiernos en la cuestión de los alquileres de inmuebles. En efecto, como inmediata consecuencia de la destrucción de los innumerables centros urbanos que fueron devastados a raíz del conflicto bélico, de la paralización de la edificación de inmuebles durante el transcurso de las hostilidades y del angustiante problema social que representaron los centenares de miles de individuos que, del día a la noche, se vieron desprovistos de morada, los Estados insurgentes no tuvieron otro remedio que dictar leyes protectoras respecto de los arrendatarios y, consecuentemente, limitativas de las potestades dominiales de los propietarios y arrendadores.

Así, paulatinamente, fueron apareciendo preceptos que reconocieron el derecho a la permanencia de los inquilinos en los predios y fincas arrendadas y que, como contrapartida, impusieron a los alquiladores la obligación de respetar dicha estabilidad.

En ese sentido, en las legislaciones de los países que resultaron más castigados -fundamentalmente Francia, España, Bélgica y Polonia- la injerencia estatal se manifestó diáfana al través de soluciones tendientes a prorrogar los plazos de los contratos y congelar los precios de los alquileres, o bien, a establecer topes y porcentajes máximos de aumento de las rentas. Constituyen buenos ejemplos de esta orientación legislativa las normas sancionadas en los citados países entre los años 1918 y 1920, las cuales se insinuaron como serias y frontales excepciones al derecho común de los arrendamientos urbanos.

Superadas las consecuencias socio-económicas examinadas, cuando ya la problemática de la vivienda parecía hallarse en francas vías de solución, el estallido de la segunda guerra mundial contribuyó a entorpecer todavía más el problema del déficit habitacional, agudizándose la crisis como efecto de los destrozos producidos por los bombardeos aéreos. El desarrollo de la aviación y su empleo como eficazísima arma bélica, tuvo la suerte de comprobar una vez más que el avance científico suele provocar perjuicios sociales. Por estos motivos, a partir del año 1939, fue menester incrementar el quantum de disposiciones de carácter emergencial, que significaron la mutilación de dogmas hasta entonces conocidos en el derecho privado.

De ahí que los Estados europeos, en su mayoría, hayan visto brotar una legislación especial inspirada en la necesidad de tutelar al locatario, que si bien en una primera fase se adoptó como recurso transitorio, acontecimientos ulteriores se encargaron de afianzar y consolidar, manteniendo incólumes muchas de sus instituciones hasta las épocas actuales.

En los Estados Unidos de Norte América, el fenómeno de la carencia de habitaciones no se registró con características análogas a las que tuvo en el viejo continente, en razón de que aquel país no se vio afectado por las guerras mundiales en idéntica medida en que, en general, lo padecieron las naciones europeas.

Sin embargo, el asunto de la escasez de viviendas se planteó en términos poco menos que alarmantes en Washington y Nueva York hacia el final de la segunda década del presente siglo, como corolario de los numerosos contingentes migratorios que confluyeron en esas ciudades. Ello determinó que, por el designio de paliar el progresivo déficit habitacional, se aprobaran diversas leyes emergenciales estableciendo precios máximos de alquiler, acordando plazos mínimos de permanencia a los inquilinos y prohibiendo los desalojos contra los locatarios buenos pagadores. Tal fue el caso de la denominada “Ball rule” de 22 de octubre de 1919 -que rigió para el Distrito Federal de Columbia- y de las leyes sancionadas en los meses de abril, mayo y setiembre del mismo año con vigencia en el Estado de Nueva York.

Con posterioridad, simultáneamente con la iniciación del mandato del presidente Harding, sobreviene un período de prosperidad general. Entre otras medidas, el nuevo gobierno republicano, animado por un fervoroso espíritu nacionalista, adoptó una solución que a la postre acarrearía muy satisfactorios resultados, como fue la estricta prohibición de la inmigración.

Durante los años subsecuentes, el país alcanzó el mayor grado de desarrollo económico hasta entonces conocido, que se consolidó con el mandato de Coolidge, durante el cual la problemática de la vivienda vuelve a sus cauces normales. Hasta que en 1929, bajo el gobierno de Hoover, se produce la quiebra de la Bolsa de Nueva York, anómalo acontecimiento que derivó en el desempleo masivo -al extremo de que hacia 1933 existían diecisiete millones de desocupados- y en la inflación económica más dura de la historia de los EE.UU., la cual trajo consigo, como insoslayable resultado, la inevitable alza en los precios y, consiguientemente, de los alquileres.

El hombre medio, al no poder afrontar las exigencias de la oferta de fincas, se vio imposibilitado de proveerse de vivienda decorosa, produciéndose así el hacinamiento urbano y tornándose indispensable la consagración de previsiones proteccionistas relativas a plazos de permanencia y precios máximos, ahora ya no sólo en ciertos Estados sino en toda la Unión.

La situación prosiguió en términos más o menos semejantes hasta que accede al poder Franklin D. Roosevelt, cuya notable administración deriva en la absoluta recuperación económica. Bajo su mandato se votan dos leyes de enorme trascendencia, tales como las de Préstamo y Arriendo de 1941, con cuya puesta en vigencia se contribuye a poner punto final al problema de la vivienda urbana.

Por otra parte, la segunda guerra mundial no perjudicó sobremanera a los Estados Unidos de Norte América, en virtud de que su intervención como beligerante se suscita recién a fines de 1941, luego del ataque japonés a la base de Pearl harbor.

VI. EL PROCESO EN NUESTRO PAIS

En el Uruguay no puede ignorarse que el Código de Narvaja reguló pacíficamente el alquiler de fincas urbanas desde su sanción y hasta el año 1919. En ese entonces sobreviene una circunstancia económica de excepción, representada por el empobrecimiento de la nación como consecuencia de la crisis ganadera. Comienza así la inflación, se paraliza la construcción de inmuebles, y se suscita, como corolario lógico e inevitable, el incremento de los alquileres, todo lo cual incide, ora en la escasez habitacional, ora en la dificultad de acceder al alquiler de una finca por un precio razonable.

Se torna menester, entonces, arbitrar soluciones sustitutivas de las previsiones del derecho común, por lo cual se dictan normas que prorrogan los plazos de los desalojos, suspenden la ejecución de los lanzamientos y controlan los precios de las rentas, engendrándose los antecedentes embrionarios de las actuales causales privilegiadas de desahucios (vivienda propia y reconstrucción), y por vez primera se alude al carácter de orden público de las referidas disposiciones.

Nuestro país vio nacer el dirigismo contractual como corolario de la falta de correspondencia entre la libertad e igualdad económicas y jurídicas, lo cual determinó que el legislador intentara restablecer el equilibrio que las desigualdades fácticas habían destruido.

Así se arriba al año 1927, en que el derecho especial de las locaciones se afirma y vitaliza al través de la sanción de la ley N° 8.153, la cual se consagra con aspiración de permanencia, al extremo de que muchos de sus preceptos aún subsisten vigentes, ya por su transcripción en normas posteriores, ya por no haber sido objeto de derogación explícita ni tácita por parte del derecho ulterior.

Mas los verdaderos cimientos del derecho especial de los arrendamientos urbanos fueron echados en nuestro país con la sanción de la Ley de 10 de octubre de 1943, la cual contempló soluciones tendientes a atenuar la crisis de la vivienda que entonces soportaba a el Uruguay y que respondía esencialmente al aporte migratorio que, partiendo desde los más diversos confines del globo, convergía en Montevideo. Dicha circunstancia, sumada ala incipiente industrialización que se registraba en la capital y que determinara el éxodo masivo de los pobladores del interior hacia ésta en procura de fuentes de trabajo mejor remuneradas, influyó naturalmente en la insuficiencia de viviendas. Máxime, por el hecho de que, además de suscitarse el crecimiento demográfico capitalino, el mejoramiento del nivel de vida de las clases obreras urbanas (léase frigoríficos e industria lanera) se traducía en resultado de mayores exigencias de confort e higiene en las moradas.

De esta manera, casi imperceptiblemente, comienza a arraigarse en nuestro ordenamiento la legislación especial de las locaciones urbanas, la cual, en un principio, se manifiesta tímidamente, pero con carácter protector y socializante y orientada a amparar la situación del arrendatario.

Ahora bien, corresponde observar que este régimen de excepción sobreviene en momentos en que nuestro país disfrutaba, si se quiere, de una situación

económico-financiera muy favorable, que se reflejaba en el superávit de la balanza de pagos y que no era sino la consecuencia directa de la colocación de sus productos tradicionales en los mercados europeos de mayor consumo.

Ulteriormente, durante las tres décadas siguientes, se verifica el fenómeno conocido y vivido por muchos orientales, llámese crisis, inflación económica, depresión monetaria, merma del salario real, paralización de la industria de la construcción, imposibilidad de ahorro, congelación de alquileres, etc., y con él sobreviene la intensificación del dirigismo estatal.

Se suceden, entonces, las leyes básicas de arrendamientos y desalojos urbanos de 1953, 1958, 1964 y 1968, en las que puede apreciarse, sin dificultades mayores, la acentuación del carácter tuitivo del inquilino mediante reiteradas prolongaciones y extensiones de los plazos de permanencia en las fincas, así como al través del incremento progresivo de los beneficios acordados a aquél.

Llegamos, entonces, al año 1974, en el que el problema de la escasez de habitación adquiere mayúsculas e inusuales dimensiones, y en épocas en que el país padece la crisis económica más grave que su breve historia haya conocido.

Paradójicamente, en ese momento tiene lugar un cambio sustancial en la filosofía de la legislación de las locaciones urbanas, puesto que en el nuevo sistema jurídico se anuncia el tránsito hacia la “libre contratación”. Este “retorno al Código Civil” se plasmó en la fijación de las fechas para la conclusión de la estabilidad legal que consagraba el régimen que rigió desde agosto de ese año.

Ya en esa época nos parecía inconveniente -y porqué no, absurdo- el hecho de que mientras las normas dictadas en las últimas tres décadas encararon la protección del inquilino, el régimen de las leyes de julio y setiembre de 1974 apuntara a resolver el conflicto en favor del propietario al que, sin duda alguna, benefició más que ningún otro que haya conocido jamás nuestro ordenamiento jurídico.

Efectivamente, la nueva legislación busca, por encima de todo, la tutela del arrendador por considerar que éste fue injustamente tratado por el derecho anterior. Sin perjuicio de reconocer la validez de esa premisa, en aquella oportunidad entendimos que el sistema normativo de referencia implicaba un acontecimiento regresivo que, de manera alguna, tenía racionalmente justificativos, ni siquiera lógica explicación. No alcanzábamos a comprender cómo en un momento histórico tan peculiar, en el

que los inmediatamente afectados por las circunstancias imperantes eran sin duda los sectores de población más humildes, se hubo consagrado semejante estatuto, cuya puesta en práctica derivaría -tal cual lo demostraron los hechos subsiguientes- en un alarmante crecimiento inflacionario. Ni tampoco pudimos entender la desprotección a que se condenaba a ciertas categorías de arrendatarios mediante el cercenamiento de los plazos de estabilidad en las viviendas.

A este respecto, y en razón de que la hermana República Argentina no ha sido ajena a un fenómeno semejante, nos cobijamos en los conceptos de Salvador ALVAREZ ALONSO, quien nos ilustra de que parecería que la actividad productiva es merecedora de protección frente a los acosamientos de afuera y no implica una filosofía distinta preservarla de las destrucciones o asfixias internas. Y agrega: “Esta ley que analizamos vuelve regresivamente a una libertad contractual, en momentos en que no se dan los presupuestos para su existencia real. A la actividad comercial se la protege de la competencia desleal, en sus marcas, nombres o enseñas. Pero se olvida en forma absoluta asegurar el asiento de funcionamiento: el local.

Como se advierte, ante la similitud de premisas socio-económicas en orillas del Río de la Plata, coincidimos totalmente con las apreciaciones del distinguidísimo jurista amigo.

Retomando el curso de la exposición, corresponde señalar que años más tarde, ante el inminente arribo de las fechas indicadas como el comienzo del tránsito hacia la libre contratación y la subsistencia del statu quo del problema habitacional, fue necesario que el legislador compatriota se orientara a la adopción de una irremediable prórroga de los plazos de permanencia hasta 1979 y 1980 en materia de arrendamientos destinados a vivienda.

Este resorte se hizo funcionar una vez más con la sanción de la ley N° 15.056 de 22 de setiembre de 1980, que tiene la virtud de significar un mentís a la efectiva aplicación del sistema de libertad en la contratación de los arrendamientos urbanos. Así, la mencionada ley consagra nuevas medidas tendientes a paliar la crisis de vivienda, todavía hoy latente, consistentes en la ampliación de los plazos de ejecución de los lanzamientos y en la creación de nuevas causales de prórroga de los mismos. No obstante lo cual, en el mismo cuerpo normativo se advierte la tendencia encaminada a proteger al arrendador al través del establecimiento de una nueva causal de desalojo inculpable.

No dudamos de que las soluciones que se propugnan tengan cierta idoneidad para facilitar la adquisición de fincas por parte de los desalojados, aunque sí consideramos que la problemática sigue incambiada en términos más o menos similares a los de otrora.

Se nos ocurre que la situación no podrá enfrentarse con relativo optimismo, mientras no se humanice la legislación inherente a la industria de la construcción, no se ponga coto a la morosa política urbanística, y hasta tanto la actividad crediticia del Estado deje de encararse como un simple negocio del Banco Hipotecario del Uruguay. Todo ello, claro está, acompañado de una acción legislativa cauta y criteriosa de modo tal que, cuando se arbitren las soluciones pertinentes, previamente se tome cabal conocimiento de la efectiva realidad del déficit habitacional, así como también del número aproximado de individuos que se encuentran afectados por la crisis.

La función legislativa, tal vez la actividad más trascendente del Estado, requiere especialidad y no admite improvisaciones, por más transitorias y circunstanciales que puedan ser las reglas que dimanen de ella. Del mismo modo, el quehacer jurisdiccional exige agentes aptos y especializados en esta materia, cuyas decisiones deben estar siempre presididas por el afán de imprimir la justicia en los esquemas legales, que a menudo olvidan que el Derecho se halla al servicio de la sociedad y no ésta al servicio de aquél.

VII. CARACTERES DEL DERECHO ESPECIAL

De las consideraciones formuladas en el capítulo anterior, pueden ser inferidas las propiedades esenciales del ordenamiento específico de los arrendamientos urbanos.

Se trata de un derecho social, especial y singular, que interesa al orden público, por lo que es imperativo y necesario y tiene carácter predominante y preferente, siendo su contenido fragmentario, peculiaridades éstas que examinaremos seguidamente.

Es, en efecto, un derecho social o de tendencia social, desde que se inspira en finalidades de protección del débil (inquilino), en atención a su inferioridad social o socio-económica frente a su co-contratante (arrendador). No obstante, en ciertas situaciones se observa que la tutela legal se discierne sobre el modesto propietario en

relación al locatario solvente o, simplemente, se suprime respecto de éste, tal como sucede en los casos de puidencia.

Pero esta tesis sobre la tendencia social no es admitida unánimemente en la doctrina comparada, ya que existen autores que consideran que la ratio legis de este ordenamiento normativo, si bien responde a una necesidad, no tiene por objeto el interés colectivo y que, además, estiman que lo que lo distingue de la legislación laboral, por ejemplo, es que la condición de inquilino no constituye la adscripción a una clase social determinada.

Contrariamente, el Profesor Alberto Gaspar SPOTA, dice que el proceso en virtud del cual la legislación civil emprendió el camino de separar las reglas de derecho según las clases sociales o económico-sociales a que pertenecen las personas, obedece a un concepto más humano y solidarista de la ley, mientras esa realidad perdure y para mitigar esa incontrovertible escisión que media entre el económicamente débil y el poderoso, anotando que es asimismo innegable la tendencia legislativa a brindar un contenido más social a las reglas jurídicas, satisfaciendo al mayor número y orientándose hacia el ideal de pacificación social.

Nosotros entendemos que el derecho de los arrendamientos urbanos tiene carácter social, no porque la calidad de locatario signifique la matriculación del individuo que la ostenta en un determinado estamento en particular, puesto que se puede ser inquilino siendo modesto o pudiente -y esas mismas condiciones pueden darse en el locador-, sino porque su primordial designio es el amparo del arrendatario en épocas de escasez de habitaciones. Y, más fundamentalmente, porque significaría incurrir en un individualismo excesivo, el excluir de la legislación, aún civil, toda preocupación de justicia social.

Esta solución que preconizamos se caracteriza por presentar dos variantes según se estime que la cualidad o rasgo social se deriva de tratarse de un derecho protector del jurídicamente débil o bien del económicamente desposeído.

En segundo término, decimos que es un derecho especial más que emergencial. A tal efecto, ha de señalarse que la mayoría de sus previsiones tienen carácter permanente o son dictadas con aspiración y posibilidad de permanencia. Así, no puede desconocerse que muchos institutos de raíz manifiestamente excepcional, sustitutivos, derogatorios o complementarios de las reglas del derecho común, se han organizado con proyección de perdurabilidad sine die.

Dentro de la materia en estudio, es pertinente discriminar entre las cuestiones de emergencia propiamente dichas, que exigen soluciones inmediatas, y las cuestiones de carácter no circunstancial, sino permanentes y orgánicas, que requieren reglamentaciones mediatas y no sólo de momento.

La experiencia en el derecho comparado enseña que las disposiciones que fueron dictadas para resolver problemas sociales que, en principio, se creyeron pasajeros (tales, la escasez de viviendas y el incremento de los alquileres), ante la conmoción que se suscitó, no ya por la solución sino por el agravamiento de aquéllos, se han ido convirtiendo en normas permanentes.

Sin perjuicio de lo cual existen, asimismo, preceptos que han surgido desde un inicio con pretensión de estabilidad.

No obstante ello, de tiempo en tiempo, se observa que la sanción de previsiones con vigencia transitoria aparece como incuestionable, aún cuando comparativamente con las otras, configuren un quantum muchísimo más reducido.

De ahí que sostengamos que estamos frente a un derecho más especial que emergencial.

En tercer lugar, decimos que es un derecho singular porque no sólo se limita a especificar y desarrollar al derecho común (carácter especial), sino que instaura un sistema cualitativamente diverso al de aquél, que goza de utilitas y ratio propias, que contradicen y derogan a los principios del derecho común.

En cuarto término, señalamos que este ordenamiento se halla calificado por la nota de orden público, hallándose conformado por reglas absolutas, imperativas y necesarias. Como bien decía el Profesor SANCHEZ FONTANS, el fundamento de la ley es de orden público, aunque ello no significa connotar que lo sea el contenido de todas sus previsiones, pese a la declaración legislativa al efecto.

En nuestra opinión, del hecho de constituir un sistema de orden público se desprenden las siguientes consecuencias:

- a) Los hechos reales tienen preeminencia sobre las formas con que pueden ser calificados;
- b) Sus disposiciones son de aplicación inmediata, proyectando sus efectos sobre los contratos celebrados con prelación a su entrada en vigor;
- c) La imperatividad de sus normas recae sobre todos los contratos

de arrendamiento y subarrendamiento urbanos, aunque no todos los arrendatarios y subarrendatarios gocen de los beneficios que del estatuto se derivan para la generalidad de ellos;

d) Los pactos entre las partes que contraríen las normas imperativas son absolutamente nulos (*privatorum pactio juri publici non derogat*);

e) Los contratantes no están facultados a renunciar anticipadamente a los beneficios que se consagran, a excepción, como se comprende, de aquellas hipótesis en que la autonomía privada se halla expresamente legitimada;

f) Se trata de un derecho predominante y preferente, al grado tal de que, en un profuso número de supuestos, los casos de aplicación del derecho común aparecen como excepcionales y, en la práctica, constituyen un minúsculo sector de las relaciones jurídicas. Ello importa la regulación supletoria del Código Civil, a efectos de encontrar solución a los conflictos que puedan suscitarse y que no la logren al través del empleo de la legislación especial y, además, en razón de ser aquél el continente de los principios generales en la materia;

g) Cabe destacar, asimismo, como criterio general, la irretroactividad de sus previsiones, haciendo la salvedad de ciertas relaciones jurídicas a cuyo propósito es admisible la aplicación de leyes posteriores, aunque en forma atenuada; es decir, que solamente afecta a las relaciones jurídicas preexistentes en cuanto dice relación a los efectos que se verifican con ulterioridad a la vigencia de la ley;

h) Por último, otro de los caracteres del derecho especial de las locaciones urbanas es el de tratarse de un ordenamiento fragmentario, puesto que además de no lograr la regimentación in totum del contrato de arrendamiento urbano -ya que como vimos muchos de sus elementos se regulan por los preceptos del derecho común-, existen modalidades de este negocio respecto de las cuales es casi enteramente aplicable el Código Civil.

VIII. CONCEPCION CONTEMPORANEA DEL ARRENDAMIENTO URBANO

Vistas ya las principales particularidades de este derecho, así como también los motivos que determinaron su advenimiento (*supra* Capítulo IV), parece indispensable extraer el corolario que, a nuestro juicio, de ello se desprende.

Como se sabe el Derecho no cumple una función estática, desde que los cambios sociales tienden a su permanente revisión y transformación. En suma, el Derecho “no es un trozo de mármol sino, ante todo, algo flexible como ha de serlo siempre el intento, constante y cotidiano, de alcanzar una justicia adecuada en cada momento al tema analizado” según, con preciosidad y elocuencia máximas, lo señala DIEZ-PICAZO.

Caracterizada por esas mutaciones, tal vez más que ninguna otra, la disciplina jurídica de los alquileres urbanos se encuentra en constante efervescencia, máxime, porque el intervencionismo del Estado genera la penetración en el derecho civil de reglas típicas e inherentes al derecho público. Ello trae como consecuencia el fenómeno de la publicización del orden privado el que, para ciertos doctrinos, se revela como un evento nefasto y hasta indeseable, no obstante representar, en efecto, una flagrante realidad imposible de soslayar.

De esa manera, el añejo sistema contractualista, que en el Código Civil se organizó tomando como base la supremacía de la voluntad de las partes, ha venido paulatinamente flaqueando y cediendo terreno a las excepciones consagradas en la legislación social superviniente. En tal magnitud, que en las épocas actuales se habla de la crisis del contrato la cual se produce como resultado de la necesidad imperiosa de lograr que el interés colectivo predomine sobre el individual.

Con referencia a esto, dice PUIG BRUTAU que el derecho contractual vive en los momentos contemporáneos una seudomorfosis, en el sentido de que su concepto se aplica a la calificación de una realidad social y económica opuesta a su esencia, acotando que una vez más es posible observar la permanencia de la estructura y el cambio de la función.

El ocaso del contrato de arrendamiento ha abordado límites tales, que en la actualidad se ha llegado incluso a controvertir la conveniencia de mantener esa denominación para el moderno arrendamiento de finca urbana, con los elementos que la legislación sancionada en el siglo corriente ha distinguido y calificado a este instituto.

En cierta afinidad y conformes con este punto de vista, renombrados autores afirman que el derecho de las locaciones tiende escindir del derecho civil, al cual perteneció primitivamente. Por lo que algunos de ellos concluyen sosteniendo que en el presente merece repudiarse una interpretación esencialmente civilista de sus preceptos.

Otros juristas, no menos prestigiosos, se adscriben a orientaciones todavía más aventuradas y llegan a aseverar que el alquiler urbano ha renegado de su naturaleza jurídica originariamente contractual para convertirse en una institución, lo cual ha meritado que REYES GALLARDO exprese que “seguimos dando el mote de arrendamiento a algo que poco o nada conserva de esa figura jurídica” o que Marco Aurelio RISOLIA manifieste que hay contratos que no tienen de tales más que su nombre.

Aparece así la noción de institución o estatuto, que se contrapone a la idea de contrato, se regimenta por los principios de autoridad y heteronomía y tiene carácter objetivo, permanente, inderogable por la voluntad de las partes y sólo es pasible de modificación por virtud del imperium étático.

Sin embargo, según lo enseñaba nuestro recordado maestro, el Prof. José SANCHEZ FONTANS, de la antinomia conceptual que existe entre contrato y estatuto no se infiere en la práctica una disyunción radical entre dos tipos de relaciones jurídicas sino que, por el contrario, una misma relación puede estar sometida al mismo tiempo a una regulación en parte convencional y en parte estatutaria. Así lo explicaba RENARD cuando expresaba que no se divisa una frontera absoluta y tajante entre la institución y el contrato, debido a que lo institucional y lo contractual se entrecruzan y combinan.

Empero, a nuestro entender, hoy día la legislación especial es tal preeminente sobre el derecho común, que no podemos sino colegir -sin perjuicio de la efectiva interferencia existente entre ambos regímenes- que de tener que optar por uno de ambos, no dudáramos en imputar al arrendamiento urbano el carácter de institución y nunca el de contrato. Ello es consecuencia de que en nuestros tiempos el dirigismo estatal se ha acentuado en forma tal, que ni siguiera las partes son libres de determinar a su arbitrio, no ya la forma de la convención, sino también ciertos elementos esenciales del “negocio” que celebran. Así, la regulación preceptiva de los plazos contractuales máximos y mínimos y de los términos de estabilidad forzosa; la fijación del aumento del alquiler; el pago de otras prestaciones como los servicios accesorios a la locación y los gastos comunes; la acción tendiente a rebajar el alquiler a cierto porcentaje de los ingresos mensuales del núcleo habitacional ocupante del inmueble; la acción de reducción de la renta en razón del incumplimiento del arrendador a ciertas obligaciones; la cesión legal del arriendo de viviendas y de alquileres de industria o comercio; el sistema de garantías máximas exigibles y los

procedimientos de adecuación de éstas a los incrementos del precio; el instituto de la suspensión de los lanzamientos; el régimen sancionatorio, continente de penas pecuniarias e, incluso, organizando un sistema represivo especial de delitos relativos a la locación; la nulidad de ciertas cláusulas contractuales que a las partes les está prohibido estipular; el calificativo de orden público que tilda con carácter general a todas las disposiciones legales; el otorgamiento de legitimación activa en procesos de desahucio a sujetos que nada tienen que ver con la relación jurídica sustancial (como lo son el mal llamado coinquilino perjudicado y el acreedor anticrético), así como una multiplicidad de previsiones diversas, no sirven sino para comprobar esta palpable realidad.

Sin perjuicio de lo aseverado precedentemente, consideramos que no estamos en presencia de un estatuto sino de un contrato reglado, dirigido o del llamado intervencionismo del Estado en la contratación privada. Y ello, porque el estatuto regula totalmente, es decir, regimenta todos y cada uno de los aspectos de la relación jurídica entre las partes, mediante una especie de acto de autoridad etática, con prescindencia absoluta de la voluntad de las partes.

Un buen ejemplo de norma de carácter estatutario es la del artículo 113 inciso 2º del Decreto Ley N° 14.219, que establece que en determinados casos de hospedaje los huéspedes serán considerados arrendatarios a todos sus efectos. Entonces, pues, se advierte cómo el legislador crea una relación jurídica de arrendamiento, con independencia de los elementos esenciales para el perfeccionamiento de un contrato de locación, fundamentalmente sin que exista el consentimiento del locatario, esto es, la propia voluntad de la parte arrendataria y por qué no, en ciertas situaciones haciendo abstracción de la capacidad del sujeto por razones de edad o estricto sensu. Estimamos que en el caso de marras es donde se comprueba con mayor nitidez la noción de autoridad del Estado, tutelando a la parte más débil de la relación, vale decir, al inquilino. Con antelación a esta forma vigente de intervencionismo, pudo conocerse en el pasado otras formas tan limitativas y excluyentes de la autonomía de la voluntad. Así la Ley N° 13.659 disponía en su artículo 77: “Antes de procederse a efectuar el lanzamiento, en los casos previstos en los artículos 1º y 2º de la presente ley, siempre que los desalojos se hubieran promovido al amparo de la causal prevista en el artículo 27, numeral 5 de la ley N° 13.292, de 1º de octubre de 1964 el desalojante deberá ofrecer al desalojado la vivienda por él ocupada siempre que la habite en calidad de arrendatario o subarrendatario y no permanezcan en ella algunas de las personas en las condiciones a que se refiere el artículo 13. El ofrecimiento y la aceptación

se efectuará en los autos de desalojo antes de realizarse el lanzamiento. Notificado del ofrecimiento, el desalojado tendrá quince días para manifestar su aceptación. El silencio del inquilino dentro del referido plazo significará su no aceptación a la oferta del desalojante y habilitará a éste para solicitar la continuación de los procedimientos. La oferta del desalojante y la aceptación del desalojado, operarán la cesión legal del arriendo de la finca ofrecida, ingresando el cesionario en las mismas condiciones contractuales y legales que tenía el cedente, debiendo constituir las garantías que correspondan. La cesión del arriendo no podrá significar en ningún caso rebaja del precio del arriendo de la finca cedida. El arrendador o subarrendador de la finca, cuando la cesión se produzca, podrá ejercer la acción prevista en el artículo 12”.

En la opinión de Arlas esta disposición fue incorporada durante el debate en la Asamblea General, no estando contenida en el Proyecto de la Comisión.

Constituye una novedad absoluta en nuestro Derecho. La ley argentina N° 15.775 establecía la obligación, a cargo del propietario desalojante, de “poner a disposición de sus inquilinos vivienda que llene adecuadamente sus necesidades indispensables, que sea proporcionada a sus necesidades económicas y que, por su ubicación y demás características, les permita continuar desarrollando sus actividades habituales” (art. 25).

La ley actual implica un nuevo cercenamiento de la autonomía de la voluntad de las partes, en cuanto impone al propietario de la finca arrendada por el desalojante, la sustitución forzosa de su arrendatario.

La fijación periódica de los precios de arrendamiento que la ley establece, y la posibilidad de utilizar el procedimiento de revisión del artículo 12, atenúan parcialmente las consecuencias del nuevo régimen. En nuestra opinión, debió haberse establecido, por lo menos, a favor del arrendador, la facultad de oponerse a la cesión por razones de moralidad, al igual – y con mayor fundamento aún- de lo que establece a ese respecto del artículo 18 al regular la cesión de locales destinado a industria y comercio.

De cualquier modo, se trata de una disposición de carácter transitorio, aplicable sólo a los lanzamientos dictados o a dictarse en juicios de desalojo iniciados antes de la ley actual y al amparo de las excepciones contenidas en el artículo 27, numeral 5º de la ley N° 13.292 (La nueva ley de alquileres N° 13.659, Montevideo, 1968).

LA DEFENSA PÚBLICA EN VENEZUELA

Omaria Camacho Carrión

Defensora Pública General de la República Bolivariana de Venezuela

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Hablar de la Defensa Pública en Venezuela, es entender cada una de sus transformaciones político-sociales, en este sentido, de acuerdo al orden cronológico del devenir histórico de este gran país, debemos señalar que fue a finales del siglo XVIII, específicamente en el año 1787, cuando se crearon las figuras del “Abogado de Pobres” y del “Procurador de Presos”, como resultado del nacimiento de la Real Audiencia de Caracas, denominación que fue utilizada durante más de un siglo.

En el año 1915 entró en vigencia el Código de Enjuiciamiento Criminal, cuya estructura adjetiva contemplaba la figura del “Defensor de Presos”, posteriormente, en la reforma del año 1962 se denominó “Defensor Público de Presos”, expresiones éstas que a pesar de haber constituido cambios considerables para la época, carecían de los alcances necesarios para la adecuada protección de un derecho universal y humano tan importante como lo es el derecho a la defensa, ya que se limitaba la atención de quienes requerían del auxilio gratuito de un profesional del derecho en un proceso penal.

Para el año 1999, el Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, inspirado en los principios y pensamientos revolucionarios del Libertador Simón Bolívar, promovió mediante Decreto Ejecutivo, bajo la aprobación de la Corte Suprema de Justicia (hoy Tribunal Supremo de Justicia) y revisión del Consejo Nacional Electoral, la necesidad de refundar el país, aprobándose mediante Referéndum popular la conformación de la Asamblea Constituyente para que prepararan el proyecto de contrato social del país, a través de la Constitución.

Es así como, el 15 de diciembre de 1999, el pueblo venezolano aprobó mediante Referéndum, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, considerada internacionalmente como una de las Constituciones más garantistas y con mayores avances jurídicos y beneficios sociales, por cuanto contiene modernos y novedosos derechos y garantías.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, transfigura

la existencia de la Defensoría Pública de Presos y la convierte en Defensa Pública, incorporándola al Sistema de Justicia venezolano (Artículo 253 C.R.B.V.), ampliando el alcance de este servicio social, que hasta esa fecha estuvo limitado al ámbito penal, abriendo su espectro hacia las demás competencias que el derecho positivo interno mantenía y sostiene hasta la actualidad, resaltándose con ello la importancia que tiene el derecho a la defensa en este país.

De igual manera, el texto constitucional otorgó autonomía a la Defensa Pública (artículo 268 C.R.B.V) afianzando de manera directa el eficaz servicio que esa Institución ofrece al pueblo, todo lo cual se materializó en el año 2008 con la reforma de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, la cual concibió a la Defensa Pública como un Órgano Constitucional del Sistema de Justicia, dotado de plena autonomía funcional, financiera y administrativa, bajo la dirección y responsabilidad del Defensor Público General o Defensora Pública General.

El 11 marzo de 2010, la Asamblea Nacional, en cumplimiento de la referida norma, nuevamente marcó un hito en la historia del país al designar a la primera máxima autoridad de la Defensa Pública, recayendo tal nombramiento en la Dra. Omaira Camacho Carrión, Defensora Pública General de la República Bolivariana de Venezuela. En esta gestión se ha impulsado un proceso de cambios estructuralmente organizados y planificados, tanto en el ámbito funcional, como administrativo, bajo un criterio humanista permitiendo el crecimiento de la Defensa Pública a pasos agigantados, posicionándose hoy día en el ángulo constitucional que le corresponde en la triada que conforma junto con el Tribunal Supremo de Justicia y el Ministerio Público.

De acuerdo a esta nueva visión institucional y adherida al Principio de Progresividad en la protección de los derechos humanos (artículo 19 C.R.B.V.), la Defensa Pública presta un servicio gratuito a nivel nacional a toda la población sin ningún tipo de discriminación, asegurando así el acceso al sistema formal de administración de justicia a todas las personas que lo requieran (artículo 26 C.R.B.V.).

La revolución bolivariana de Venezuela motorizó e implantó las nuevas tendencias constitucionales que hoy germinan en nuestra patria, principalmente la concepción de la justicia, que se concibe como el principio supremo ante el cual están supeditados todos los procesos judiciales y/o administrativos, no en vano nuestro ordenamiento jurídico refiere a grosso modo que el proceso constituye el instrumento fundamental para la realización de tan magna garantía por encima de un simple resultado

procesal, para convertirse en uno de los principios más relevantes del acontecer judicial, principio que se materializa con la garantía de la gratuidad como premisa básica para garantizar el acceso a la justicia, de quienes por diversos motivos fueron excluidos de la protección de sus derechos, acogidos ahora en la nueva concepción del Estado democrático, social de derecho que rige los destinos de los justiciables.

MISIÓN Y VISIÓN DE LA INSTITUCIÓN

No cabe duda del valor que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha otorgado al debido proceso, a las garantías y protección del goce y ejercicio irrenunciable de los derechos humanos, que ampara el acceso individual o colectivo a los órganos de la administración de justicia, por lo que es imprescindible señalar que en este aspecto la Defensa Pública se ha constituido dentro del actual estado social de derecho y de justicia, en una necesidad imperiosa para aquellos que requieran la asistencia técnica de un profesional del derecho que los represente ante cualquier instancia judicial o administrativa, donde se dilucide una solicitud o controversia en la cual estén involucrados sus intereses.

En ese sentido, la Ley Orgánica de la Defensa Pública, bajo un concepto general, pero muy claro y directo, reconoce el valor que tiene el derecho a la defensa en nuestro país, recogiendo desde los tratados, pactos y convenios internacionales suscritos por la República, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la normativa interna, las más firmes posiciones sobre el tema, aseverando que nuestra misión comprende la garantía de este derecho de manera gratuita a todas y todos los ciudadanos, en todo grado y estado del proceso judicial y/o administrativo, bajo la prestación de un servicio de orientación, asesoría, asistencia y representación legal eficiente y eficaz, en los ámbitos de su competencia, tendientes a contribuir con una administración de justicia imparcial, equitativa y expedita (artículo 8, Ley Orgánica de la Defensa Pública).

Es conveniente agregar, que la prestación del servicio de defensa sería imposible sin la existencia del recurso humano altamente capacitado, sensibilizado y cohesionado, las estructuras físicas básicas y los materiales y/o tecnologías de punta, que armónicamente entrelazadas entre sí, permiten el fiel y cabal cumplimiento de tan importante y necesario servicio social, siendo está la visión primordial de la Defensa Pública, llegar a cada rincón del país y atender cada situación de vulnerabilidad jurídico-

social, a cada ser humano, bajo la premisa de los principios generales de justicia, honestidad, decoro, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, disciplina, responsabilidad y obligatoriedad (artículo 6 Ley Orgánica de la Defensa Pública).

Además de esa asistencia, orientación y representación jurídica, la Defensa Pública ha logrado obtener una recíproca identificación con el pueblo venezolano, tomando en cuenta que nuestra política de servicio rompe los paradigmas de la actuación judicial, administrativa o intramuros, por cuanto abre sus horizontes a los distintos barrios, sectores populares, comunidades campesinas o pesqueras, comunidades indígenas y en fin a todas las personas que así lo requieran, por cuanto el derecho constitucional a la defensa debe desarrollarse hasta el lugar más lejano de nuestro territorio soberano como tarea central y excluyente de toda otra.

Por tal razón, se han implementado un conjunto de actividades destinadas a acrecentar la gestión de este Organismo Constitucional, entre las que destacan las denominadas Jornadas Especiales efectuadas por las Defensoras y Defensores Públicos semanalmente, a lo largo y ancho de toda la geografía nacional, en los sectores populares y de difícil acceso o en las unidades educativas, garantizando con ello la participación ciudadana, sin lo cual el acceso a la justicia sería una mera declaración formal.

ESTRUCTURA ORGANIZATIVA

Actualmente esta Institución cuenta con un nivel gerencial, un nivel operativo y las dependencias desconcentradas. La estructura central nacional mantiene jerárquicamente un orden vertical, partiendo desde la Defensora Pública General, Coordinaciones Nacionales, Coordinaciones de las Unidades Regionales de la Defensa Pública y sus Extensiones, distribuidas en todo el territorio nacional, Defensoras y Defensores Públicos y sus suplentes, personal funcional, obrero y contratado.

Las Coordinaciones Nacionales son ocho (8), a saber: Coordinación General, Coordinación de Consultoría Jurídica, Coordinación de Actuación Procesal, Coordinación de Apoyo Técnico Pericial, Coordinación de Administración, Coordinación de Recursos Humanos, Coordinación de Comunicación y Relaciones Institucionales y Coordinación de Vigilancia y Disciplina.

Actualmente existen en nuestro país veinticuatro (24) Unidades Regionales de Defensa Pública y diecisiete (17) Extensiones distribuidas a nivel nacional, bajo la supervisión y responsabilidad de una Coordinadora o Coordinador Regional y de

una Delegada o Delegado ante la Extensión. Asimismo, se cuenta con los servicios de novecientos cincuenta y ocho (958) Defensoras y Defensores Públicos, a saber: Quinientos treinta y seis (536) con competencia en materia Penal para todas las fases del proceso (Control, Juicio y Ejecución); ciento cuarenta y ocho (148) con competencia en materia de Responsabilidad Penal del Adolescente; ciento sesenta y cinco (165) con competencia en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; sesenta y cuatro (64) con competencia en materia Agraria; treinta y uno (31) con competencia para actuar ante los Tribunales de Violencia de Género; veintitrés (23) con competencia en el área especial Indígena; cuatro (04) con competencia para actuar ante el Tribunal Supremo de Justicia; seis (06) con competencia Civil y Administrativa Especial Inquilinaria y para la Defensa del Derecho a la Vivienda; dos (2) con competencia en materia laboral y dos (2) con competencia Integral.

Dado el auge impresionante que ha tomado la Defensa Pública en Venezuela, reconocida cada vez más como el Bufete del Pueblo, y vista la creciente demanda del servicio, se han ido incorporando todas las competencias establecidas en la Ley Orgánica de la Defensa Pública, y creando otras de acuerdo con la necesidad del servicio, todo enmarcado dentro de las políticas públicas del estado venezolano para ofrecer un servicio público gratuito de defensa pública a todas las personas que lo requieran, sin excepción, en todos los rincones de nuestra Patria.

LA DEFENSA PÚBLICA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA: GARANTE DEL DERECHO A LA DEFENSA

Omaria Camacho Carrión
Defensora Pública General de la República Bolivariana de Venezuela

El análisis del Derecho a la Defensa implica hacer referencia obligatoria a un derecho fundamental e inalienable que ha sido objeto de múltiples análisis jurídicos, cuyo cumplimiento constituye una obligación de los Estados, tal como se desprende de la Carta de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, sin embargo, también ha sido el más violentado y vilipendiado en algunos países a través de toda la historia de la humanidad.

El derecho a la defensa acompaña al hombre desde el momento mismo de su nacimiento hasta el día de su muerte, es decir, acompaña al hombre durante toda su vida. Este derecho, a diferencia de otros, no requiere reconocimiento o consagración en una carta política para su existencia y tampoco se trata de un derecho que ampara sólo a los ciudadanos, sino que tutela al hombre, por el sólo hecho de serlo. Cuando se habla del derecho a la defensa en la jurisprudencia, siempre viene a la memoria la sentencia del juez inglés en la cual se relata el pasaje bíblico de la expulsión de Adán y Eva del Paraíso, oportunidad en la que Dios le concedió a Adán, antes de expulsarlo del Paraíso, la posibilidad de defenderse y explicar por qué había comido del fruto prohibido.

Más adelante, al revisar los anales de la historia, vemos que en los Artículos 8 al 11 de la Declaración de Derechos de Virginia (Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica), del 12 de junio de 1.776, se establecen las bases del debido proceso (juicio justo), la prohibición de castigos crueles o anormales y el juicio por jurados. Asimismo, en el Artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1.789 (Revolución Francesa) se reconoce la presunción de inocencia y la prohibición del uso innecesario de la fuerza.

Hoy día el derecho a la defensa constituye la base jurídica fundamental que sirve de soporte a la validez de todo proceso, sea judicial o administrativo, pues, la violación de este derecho acarrea inevitablemente la nulidad absoluta de la sanción que resulte de ese proceso viciado. Así, tenemos por ejemplo que en el proceso penal,

frente al derecho a la acusación, el ordenamiento jurídico inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: El derecho del sujeto pasivo del proceso, del acusado o del imputado, a la defensa y a obtener también la tutela judicial efectiva por medio de una adecuada defensa, derecho a repeler esta agresión que cuestiona sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad.

El derecho a la defensa exige un presupuesto básico: La audiencia del imputado y la contradicción procesal, con objeto de articular su adecuada intervención en el proceso, para lo que es requisito imprescindible conocer la acusación formulada contra él. De manera tal, que el titular del derecho de defensa es el propio imputado, aunque su ejercicio puede llevarse a cabo tanto por él mismo como por su defensor técnico, y a tal fin se reconoce el derecho a hacerse asistir de un Abogado. Asimismo, en el proceso contencioso administrativo la norma exige como elemento fundamental del debido proceso y para la defensa del administrado, la notificación de éste dentro del lapso legal, de todo acto administrativo o judicial que pudiera afectarlo en sus derechos subjetivos y, en el caso de los funcionarios públicos, la sustanciación de un procedimiento disciplinario de acuerdo con la normativa legal en la que se encuentre regulado.

Es por ello, que la indefensión se produce cuando la infracción de una norma procesal provoca una limitación real del derecho a la defensa, originando un perjuicio irreversible para alguna de las partes. Se produce una vulneración de este derecho cuando se priva al justiciable de medios de defensa efectivos, dentro de los medios que la ley procesal prevé. El derecho de defensa tiene un contenido complejo, ya que su respeto exige un conocimiento suficiente y oportuno de lo que pueda afectar a los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso.

En nuestro país, el derecho a la defensa es reconocido y consagrado como derecho fundamental en el Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual señala:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante

violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados.

Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas”.

Esta disposición constitucional es desarrollada en el Artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 15. Los jueces garantizarán el derecho a la defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultados comunes a ellas, sin preferencias ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley y a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir no permitirse

ellos extralimitaciones de ningún género”.

En esta norma adjetiva, el legislador patrio también contempló el derecho a la igualdad como un principio esencial en la tramitación de los juicios, ya que el mismo establece la identidad de posición y facultades de las partes en el proceso para ejercer sus respectivos derechos y cumplir con las obligaciones derivadas del mismo.

En ese sentido, Couture sostiene que la defensa consiste en los conjuntos de actos legítimos que tienen la finalidad de proteger un derecho, bien sea mediante la petición de algo inherente al mismo, o la repulsión de las pretensiones del adversario. De esta definición del citado autor surge que el derecho a la defensa es el más amplio derecho de petición, el cual está complementado por el principio de igualdad ante la Ley, tal como lo consagra el Artículo 51 de nuestra Constitución Patria:

“Artículo 51. Toda persona tiene derecho de representarse o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público, o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo”.

Ahora bien, para ejercer el derecho de petición como parte del derecho a la defensa, el Artículo 26, ejusdem, establece que:

“Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

De manera tal, que la defensa es un derecho fundamental que comprende la garantía de otros derechos como, el debido proceso, la igualdad y la petición, sin dejar de lado, por supuesto, la equidad y la justicia, todo lo cual se debe hacer valer ante los órganos de administración de justicia, sean administrativos o judiciales, que exhorta la existencia de unos órganos institucionalmente independientes cuya potestad constitucional les admita ejecutar las normas expresadas por la voluntad popular, para limitar el poder punitivo del Estado y equiparar el derecho de todos los ciudadanos que

se encuentren en el territorio nacional cualquiera sea su condición socioeconómica.

Es aquí donde juega un papel importantísimo la **Defensa Pública como Órgano Constitucional del Sistema de Justicia Venezolano** y ente garante de la tutela judicial y efectiva del Derecho Constitucional a la Defensa a través de un servicio gratuito a las personas que lo requieran, sin distinción de clase socio-económica, tal como lo establece el Artículo 2 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública.

La República Bolivariana de Venezuela es una firme defensora del derecho a la defensa, pues desde la Constitución hasta las normas de menor rango que desarrollan este Derecho Fundamental y propenden a su aplicación en todo procedimiento administrativo o judicial. En ese contexto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia se ha venido pronunciando de manera reiterada y pacífica, tal como se evidencia, entre otros fallos, en las sentencias de la Sala Político Administrativa del referido máximo Tribunal, Nros. 01541 del 04/07/2000, 01245 del 26/06/2001, 01279 del 27/06/2001 y 01459 del 12/07/200.

Ahora bien, en el proceso de transformación de la estructura de los órganos del Estado a los fines de adecuarlos a las necesidades del cumplimiento de los objetivos progresivos contenidos en la Carta Magna, específicamente en lo atinente al ejercicio del Derecho a la Defensa que armonice con las necesidades de la sociedad, la Defensa Pública ha venido incorporando importantes cambios en su organización y funcionamiento, en cumplimiento a lo establecido en la Ley Orgánica de la Defensa Pública y con base al criterio de progresividad que orienta la gestión, a través de la creación de nuevas dependencias ajustadas a sus competencias legalmente atribuidas, siempre en la búsqueda de la optimización del servicio de tutela judicial efectiva del Derecho a la Defensa, bajo los principios de legalidad, gratuidad, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, responsabilidad, equidad y oportunidad.

En este sentido, tenemos que la Defensa Pública cuenta con una estructura organizacional, creada en función de garantizar el derecho constitucional a la defensa a todos los ciudadanos y ciudadanas que se encuentren dentro del territorio de la República, en las diversas áreas de su competencia, de forma gratuita y sin exclusión, prestando un servicio de orientación, asesoría, asistencia y representación legal eficiente y eficaz, contribuyendo con una administración de justicia imparcial, equitativa y expedita.

En efecto, la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela

presta el servicio de defensa a nivel nacional en las materias Penal, Responsabilidad Penal del Adolescente, Penal Militar, Agraria, Laboral y de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo; Protección del Niño, Niña y Adolescente, Indígena, Civil, Mercantil, Tránsito, y Contencioso Administrativa, para actuar ante los órganos y entes nacionales, estatales y municipales (Defensores Integrales), el Tribunal Supremo de Justicia, Especial Inquilinaria y para la Defensa del Derecho a la Vivienda, pudiendo crear y activar cualquier otra competencia que se requiera por necesidad del servicio.

De manera tal, que la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela es una institución flexible que busca prestar un servicio de calidad al ciudadano, dirigido garantizar el derecho a la defensa gratuita en todos los ámbitos de su competencia, reconocida nacional e internacionalmente, utilizando tecnología actualizada y con un recurso humano altamente capacitado, sensibilizado y cohesionado, que actúan regidos por los valores de Ética, Mística, Constancia, Compromiso institucional, Excelencia, Probidad, Honestidad, Solidaridad y Motivación al Logro, todo ello dentro del marco del proceso revolucionario y socialista que actualmente se desarrolla en nuestro país.



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO