

# **Garantismo y Defensa Penal o sobre la Defensa Pública**

## Luigi Ferrajoli

IX Reunión Anual del Ministerio  
Público de la Defensa y III Encuentro  
Nacional del Ministerio Público de la Defensa

(coorganizado por la Defensoría General de la Nación, la  
Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia  
Nacional y la Asociación Civil de Magistrados/as y  
Funcionarios/as del Ministerio Público de la  
Defensa de la República Argentina)

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires  
23 de Noviembre de 2005



# GARANTISMO Y DEFENSA PENAL

## o sobre la defensa pública

Prof. Dr. Luigi Ferrajoli

*Ante todo, deseo expresar mi agradecimiento a todos ustedes, al Ministerio Público de la Defensa, y a la Facultad de Derecho. Y sobre todo, un agradecimiento particular a Stella Maris Martínez por su invitación para dar esta conferencia sobre defensa pública, y también por las palabras elogiosas que ha dicho sobre mí.*

*Esta Institución de la Defensa Pública, por lo demás, es desconocida, y no está instaurada en la experiencia procesal penal italiana y europea. Sobre ella, por tanto, considero que tengo mucho más que aprender de estas reuniones de defensores, que lo que yo pueda aportar a Ustedes.*

### **I. Premisa. El modelo garantista en el proceso penal**

Pienso que la instauración de la Institución Defensa Pública representa uno de los aportes más significativos de la experiencia jurídica latinoamericana, y en especial, de la cultura jurídica argentina<sup>1</sup>. Como

ha dicho Stella Maris Martínez, el Instituto de la Defensa Pública argentino es un modelo de civilidad para el mundo, sobre todo para Europa.

En efecto, se trata de una típica institución de garantía dirigida a asegurar efectividad, o por lo menos, a reducir la ineffectividad, del modelo

garantista del proceso penal.

En su modelo teórico, el proceso penal se configura como procedimiento de verificación o refutación empírica de las hipótesis acusatorias. Esta naturaleza cognitiva, y no discrecional del juicio, constituye la principal fuente de su legitimación. Ella asegura, en realidad, la sujeción del juez a la ley, la certeza del derecho, la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, su libertad, y la inmunidad respecto a los arbitrios policiales y judiciales.

Pues bien, es evidente que la puesta en práctica de este modelo depende del conjunto de garantías penales y procesales. Pienso, en efecto, que las garantías penales y procesales pueden concebirse como la traducción en reglas jurídicas de elementales criterios epistémicos, propios del razonamiento inductivo. Podemos de hecho,

asociar toda garantía penal y procesal –el principio de legalidad que permite la verificabilidad y refutabilidad empírica de las hipótesis acusatorias; la carga acusatoria de la prueba, que equivale a la obligación de producir confirmaciones de estas hipótesis; la obligación de la motivación y el derecho del imputado a un doble juicio de condena- a otras tantas reglas epistémicas sobre la correcta comprobación de la así llamada “verdad procesal”.

Sobre todo, son garantías epistémicas de correcta adquisición de la verdad procesal, las que aquí nos interesan: los derechos de la defensa y el contradictorio, que no son más que el derecho a la confrontación y al sometimiento a contrapueba de las hipótesis acusatorias.

## **II. Ascendencias teóricas de la defensa pública en el pensamiento liberal y de la ilustración**

Es evidente que todas estas garantías penales y procesales son en todo o en parte largamente no aplicadas, en perjuicio sobre todo de los sujetos más débiles, sea por normas y praxis, como las de la prisión preventiva del imputado más allá del tiempo necesario, la primera declaración ante juez; el interrogatorio por parte de la policía sin presencia de un defensor; la instrucción previa escrita y secreta, y todos los demás “mecanismos alternativos” variadamente premiales y transaccionales, que son en realidad, alternativas incorrectas al debido proceso, que sólo es, el que se desarrolla de manera pública y sometida al debate continuo con la defensa, y que de hecho –y pienso en la experien-

cia de Estados Unidos de Norteamérica- representa cada vez más un gran lujo reservado a aquéllos que pueden pagarse costosísimos abogados.

Por tanto, es sobre el terreno de la defensa que se mide, más que sobre cualquier otro, la desigualdad de los ciudadanos frente a la ley penal. Que es la desigualdad más odiosa: porque se agrega a las desigualdades económicas y materiales; porque es un multiplicador de las connotaciones de clase de la justicia penal orientada sobre todo hacia la criminalidad de la calle y de la subsistencia y porque, finalmente, se traduce en una desigualdad respecto a las libertades fundamentales, y por ello, en una discriminación y en un menoscabo de la dignidad del ciudadano.

Se entiende entonces, cómo la defensa pública, es decir –la presencia de un magis-

trado del Ministerio Público de la Defensa- representa una garantía fundamental del debido proceso, capaz de contrastar la total ineffectividad que tiene para los pobres el ejercicio del derecho de defensa, y de asegurar, de la mejor forma posible, la paridad entre defensa y acusación y, por tanto, ese derecho a someter a refutación la hipótesis del fiscal, que es la condición necesaria para fundar el carácter cognitivo del juicio.

No se olvide que, además, se trata de una garantía que ya había sido teorizada por los clásicos de la ilustración y del liberalismo penal. Hay un pasaje bellísimo del "*De l'organisation judiciaire et de la codification*", de Jeremy Bentham, escrito hace más de dos siglos, en 1791, que merece ser citado aquí íntegramente: "La función del defensor público" se preguntaba Bentham

"¿es quizá inútil?, ¿Es quizá menos necesaria que la del Ministerio Público Fiscal? ¿Tiene acaso la sociedad menos interés en la seguridad del inocente que en la persecución del crimen? ¿Se necesita emplear medios y tomar previsiones en la acusación y no en la defensa?". Y agregaba, con el optimismo típico de la cultura iluminista, que la falta de este fundamental instituto de garantía, el defensor público, se identificaba como una sobrevivencia de épocas de barbarie, que debía ser eliminada: "prescindiendo de algunas honorables excepciones, la administración de justicia ha sido siempre gestionada con una insensibilidad y una dureza que reflejaba la barbarie general de los tiempos antiguos. La acusación, mucho más que ser el principal objetivo, era el único fin de los gobernantes, que agotaba completamente su

punto de vista y diseñaba el horizonte del despotismo. Era, de hecho, el interés del rey o del barón que el culpable fuera penado, puesto que confiscaciones y multas venían a engrosar su tesoro, mientras los inocentes no producían ninguna ganancia y solamente ellos mismos estaban interesados en su propia salvación". En consecuencia, agregaba Bentham con palabras hoy más actuales que nunca, se generaba un profundo descrédito de la jurisdicción, la acusación de "despotismo" dirigida a los jueces, la total desconfianza de la opinión pública hacia la justicia. Una desconfianza "poco importa si fundada o no", concluía Bentham, que es el síntoma más evidente del fracaso de la función judicial: puesto que, y son de nuevo sus palabras, "suscita pavor la institución que debería inspirar confianza, tan es así, que si la

gente está alarmada por la justicia, ello quiere decir que seguramente existen vicios en las leyes o en los tribunales. Por todo ello, es esencial colocar de manera visible, al lado del magistrado que persigue el crimen, un magistrado que vele por la suerte del inocente, que no le permita a la acusación ventaja alguna que no esté compartida con el defensor, y que estas dos funciones estén separadas de la del juez, de tal suerte que éste pueda garantizar íntegramente la imparcialidad"<sup>2</sup>.

Antes aún que lo anterior, la propuesta de institución de un defensor público había sido enunciada por Gaetano Filangieri. "La institución de un magistrado defensor" - escribía Filangieri en su Scienza della legislazione del 1787- "sería por lo tanto necesaria. Cada provincia debería tener uno o más, proporcionalmente a su pobla-

ción. La función de este magistrado no debería ser solamente aquella de defender a los imputados, que por su pobreza no pueden ser defendidos por otros, sino también de asistir a todos frente a los juicios capitales, toda vez que el imputado no tuviese su ministerio”<sup>3</sup>.

No solo la idea fue retomada de Francesco Carrara, que en el parágrafo 867 de su *Programma*, propuso la institución de un Tribuno de la defensa establecido como magistratura permanente, destinada a garantizar la libertad civil de los ciudadanos desde los primeros momentos en los cuales surge contra ellos el peligro de un proceso criminal. Debería al Ministerio Público dejarle todo lo que fuera necesario para la persecución de los delincuentes: es decir, todos sus poderes actuales. Pero deberían también tener enfrente un magistrado que

tuviese otros tantos poderes, enderezados a la vigilancia del procedimiento y a la protección de la inocencia. Las preocupaciones del magistrado destinado a acusar, encontrarían un equilibrio en las preocupaciones, si se quiere, del magistrado destinado a defender. Para aquél, ejercitar la acción pública, provocar el arresto y los elementos de cargo contra el acusado. Para éste, provocar las excarcelaciones y las pruebas de descargo”<sup>4</sup>.

Finalmente, no menos lúcida es la argumentación de Luigi Lucchini al sostener la defensa pública. “*L’ufficio del difensore*”, escribe en el parágrafo 195 de sus “*Elementi di procedura penale*”, del 1895, “es de carácter público tanto como lo es el oficio del acusador... La defensa, por otra parte, es también una urgente exigencia de la lógica judicial, que

no puede lograr el descubrimiento de la verdad, si no es merced a la lucha incesante de las dos fuerzas paralelas: la de la acusación y la de la defensa”.

Parece leer la formulación ante litteram, 40 años antes, del principio de la refutabilidad de Karl Popper, cual banco de prueba de la validez de cualquier proposición empírica. De ello se deducen, agrega Lucchini, dos corolarios: que en cada causa deba estar presente un defensor, el cual participa en cada acto del proceso; y que el imputado no pueda renunciarlo... Pero, siendo posible que no esté a la altura o sea deficiente la libre acusación, también puede ocurrir que venga a menos la libre defensa. Y puesto que la defensa debe existir en todo procedimiento, por eso es necesario proveerla, como ya se ha hecho con la acusación,

para que la acción de la defensa no falte y sea eficaz. Es aconsejable, por tanto, la institución de otros funcionarios, paralelos a aquellos del Ministerio Público: los unos integrantes de la acusación, los otros, integrantes de la defensa”<sup>5</sup>.

### **III. El rol garantista de la defensa pública**

En suma, la defensa pública es una institución de garantía que tiene múltiples fundamentos axiológicos y que responde a diversas instancias garantistas. Enunciaré seis de estas instancias.

Ella se impone antes que nada, según las palabras de Luigi Lucchini, desde la “lógica judicial”, es decir, desde específicas razones epistemológicas: en tanto es garantizada la verificación de las hipótesis de la acusación, en cuanto sea a la vez garantizada su “confrontabilidad” por

parte de la defensa. Una confrontabilidad de hecho, y no solamente en el plano normativo.

Garantiza, en segundo lugar, las libertades fundamentales de las personas contra aquellos tremendos poderes arbitrarios -en su ausencia y sin su control- que son el poder requiritorio, sea policial o del ministerio fiscal, y el poder mismo del juez.

Satisface, en tercer lugar, y consiguientemente, un doble interés público de la administración de justicia: aquél general de la credibilidad de la magistratura y de la confianza en ella por parte de los ciudadanos, y aquél más específicamente garantista de la absolución del inocente, que es no menos, y quizá todavía más relevante, del interés en la condena del culpable.

Realiza, en cuarto lugar,

el principio de la paridad entre acusación y defensa y aquel conexo de un efectivo contradictorio; el uno y el otro violados, ante la falta de defensa de quienes no están en posibilidades de pagar un defensor de confianza. Y representa por ella y, bajo este aspecto, una condición indispensable del modelo acusatorio.

Satisface, en quinto lugar, el principio de igualdad de las personas frente a la ley, no dejando sin defensa sustancial, a quienes por razones económicas, no pueden acceder a un defensor de confianza.

Y, finalmente, es un corrolario de la presunción de inocencia. Si es verdad que el imputado se presume inocente o en todo caso no culpable hasta la condena definitiva y, sin embargo, viene llevado a juicio y de tal manera hasta privado de su tranquilidad y traumatizada

toda su vida, entonces, el estado debe, al mismo tiempo, asegurarle la posibilidad de defenderse efectivamente y solventar los gastos de tal iniciativa, que puede resultar, además, totalmente infundada.

#### **IV. Un modelo para los ordenamientos europeos**

Obviamente, tal como se contempla en el modelo argentino y en el de tantos países latinoamericanos, la defensa pública no excluye de manera alguna la defensa privada, pero sustituye a la misma por elección del imputado. Lo que importa subrayar es que ella no es mínimamente parangonable a ese simulacro de defensa que, en los ordenamientos como el italiano, es la *difesa d'ufficio* o el "gratuito patrocinio", donde se ejercita una defensa ritual y burocrática.

Por lo demás, sobre la

cuestión de la defensa pública en América Latina, hasta hace pocos años casi desconocida en Italia, tuvimos la oportunidad de analizarla y debatir ampliamente en varios seminarios organizados por el director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Camerino, Alberto Filippi, con la presencia de especialistas italianos en reforma de la justicia e integrantes de *Magistratura Democratica*, en los que ofreció esenciales contribuciones la defensora Fernanda López Puleio.

Yo creo que en un futuro cercano, otros seminarios en Italia, con la participación de los juristas y los defensores públicos argentinos, deben seguir dándose como una batalla civil para introducir este instituto en Italia y en Europa.

Claro que para un jurista europeo, el carácter más interesante, más relevante del

modelo argentino, es que el defensor público no es, como el defensor “d’ufficio” italiano, un abogado cualquiera, designado por el poder judicial, falto de compromiso y normalmente dispuesto a una defensa sólo ritual y burocrática, y totalmente desinteresado del destino de su defendido. Es, al contrario, un magistrado del Ministerio Público de la Defensa, que se encuentra de pie frente al Ministerio Público de la Acusación; y como escribe Francesco Carrara, con “otros tantos poderes en el sentido de vigilancia sobre el proceso y de protección del imputado”.

Se trata en todo caso, y a pesar de que sus poderes de intervención no igualan a los del fiscal, de una figura dotada del mismo prestigio y autoridad que el Ministerio Público Fiscal. Y esto es suficiente para asegurar una funcionalidad y una

efectividad en la defensa de los derechos humanos, incomparablemente mayor de la que pueda ofrecer la “difesa d’ufficio”, y a veces, hasta la misma defensa de confianza.

Una prueba indirecta de lo anterior, son los altos porcentajes de imputados, incluso dotados de recursos económicos, que en Argentina y en otros países Latinoamericanos, prefieren la asistencia de la defensa pública. Son datos significativos que deben ser evaluados y, que al mismo tiempo, demuestran la credibilidad de la que goza la defensa pública en muchos sectores de la sociedad; y que como es natural, se reflejan también dentro de la administración de justicia; percibida no ya como una corporación de poder, sino como una institución de garantía, que en su conjunto, está articulada en tres diversas funciones: la acusación y la defen-

sa, en una posición de paridad, y el juez como tercero e imparcial.

## **V. Una batalla garantista**

Debemos entonces interrogarnos sobre las razones de la ausencia en Italia y en otros países europeos, de esta fundamental garantía procesal, que sin embargo ha tenido tantos ilustres promotores en nuestra tradición clásica liberal, se ha experimentado y consolidado en tantos ordenamientos latinoamericanos, y a sostén de la cual existen tantos y evidentes argumentos racionales y garantistas. Lamentablemente, supongo que la principal explicación de esta grave laguna, está dada en Italia por los intereses corporativos del lobby de los abogados, los cuales, obviamente, resultarán lesionados con la incorporación de esta garantía. Pero a esta oposición, agregaré también

aquella de los magistrados y particularmente, los del Ministerio Público Fiscal, los cuales evidentemente temen la existencia de un ojo institucional externo sobre su desempeño.

Si todo ello es así, debemos reconocer que Argentina y los otros países latinoamericanos que han introducido el instituto de la defensa pública han dado a Europa una importante lección de civilidad jurídica.

Quisiera, por ello, concluir estas palabras, manifestando mi más grande satisfacción por la ocasión que me han brindado de participar en este encuentro de defensores públicos, en el cual, cualquier jurista europeo tendría mucho para analizar y para aprender.

Más aún, pienso que la introducción de un Ministerio Público de la Defensa sobre algunas de las bases del modelo argentino, debe constituir - en

Italia y en Europa - el objetivo de una batalla cívica: una batalla institucional no fácil, a causa de las resistencias corporativas que está destinada a encon-

trar, y que sin embargo constituye un desafío determinante sobre el carácter garantista del proceso penal.

Muchas Gracias.

## Notas

<sup>1</sup> Sobre defensa pública en América Latina, me limito a recordar, **LÓPEZ PULEIO**, María Fernanda, *Note sul modello di difesa pubblica in Argentina e in Guatemala*, en "Questione giustizia", 2001, n3, pp. 547 ss; **MAIER**, Julio.B.J., *Derecho procesal penal*, Tomo II, Parte general, Sujetos procesales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 259 e 262. Debe verse también, el fascículo dedicado a la Defensa Pública en la Revista "Pena y estado", n.5, 2002, y, en particular, los ensayos de **LÓPEZ PULEIO**, María Fernanda, *Justicia Penal y defensa pública. La deuda pendiente*, *ivi*, pp. 26-48 y **MARTÍNEZ**, Stella Maris, *Defensa pública, derecho del pueblo*,

pp.49-58.

<sup>2</sup> **BENTHAM**, J., *De l'organisation judiciaire et de de la codification*, cop. XIX, en *Oeuvres*, vol III, (1791) p. 35.

<sup>3</sup> **FILANGIERI**, G., *La scienza della legislazione*, lib. III, cap. XX, (1787) p. 484.

<sup>4</sup> **CARRARA**, F., *Programma del corso di diritto criminale*. Parte generale, X ed., (1859) Fratelli Cammei, Firenze, 1907, 867, p. 349.

<sup>5</sup> **LUCCHINI**, L., *Elementi di procedura penale*, Barberà Editor Firenze, 1895, 195, pp. 218-219. Reenvío, sobre la propuesta de institución de un Ministerio Público de la Defensa, a *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, (1989), p. 597.



**Secretaría General de Política Institucional**

Av. Callao 970 Piso 5° (1023) - Ciudad de Buenos Aires

Tel: 011- 4814-8423 - [politicainstitucional@mpd.gov.ar](mailto:politicainstitucional@mpd.gov.ar)

[www.mpd.gov.ar](http://www.mpd.gov.ar)