



REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS
DO **MERCOSUL**

NÚMERO 1
OUTUBRO/2010



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS DO MERCOSUL

1ª edição

Brasília
2010

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

José Rômulo Plácido Sales

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Leonardo Lorea Mattar

CONSELHO EDITORIAL

Diretor-Geral da Escola Superior da Defensoria Pública da União - Brasil

Holden Macedo da Silva

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

2010, 1ª edição

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 / Defensoria Pública da União. __ N. 01 (2010) - . __
Brasília: DPU/REDPO, 2010 – 247p

Anual

Texto em português e espanhol.

ISSN 1984-0322

1. Defensoria Pública. 2. Assistência Judiciária. I. Título.

II. Brasil. Defensoria Pública da União

CDDir 340.6

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
GARANTISMO Y DEFENSA PENAL	
Luigi Ferrajoli	8
ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL	
José Rômulo Plácido Sales	16
A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E O INCREMENTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS AFIRMATIVAS DE CIDADANIA	
Denise Tanaka dos Santos	27
MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, REPÚBLICA ARGENTINA	
Secretaría General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación	64
NUEVA LEGISLACION ARGENTINA SOBRE PRISIÓN DOMICILIARIA PARA MADRES DE HIJOS MENORES DE EDAD	
Virginia Sansone	72
EL MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY – SINOPSIS	
Dr. J. Marcelo Torres Bóveda	86
EL HABEAS CORPUS COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL EN LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA	
Noyme Yore Ismael	186
LA DEFENSA PÚBLICA EN EL URUGUAY	
Juan Jacobo	210
SITUACION PROCESAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE FAMILIA Y ROL DE SU DEFENSOR	
Dra. Grabiela Brunetto Fontan	216
NECESIDAD DE DEFENSA ESPECIALIZADA ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO	
Paula Vial Reynal	228
REHABILITACIÓN Y REINSERCIÓN DE INFRACTORES DE LEY: UN DESAFÍO PENDIENTE	
Paula Vial Reynal	234
EVOLUCIÓN DE LA DEFENSA PÚBLICA EN EL PERÚ	
Defensa Pública de Peru	239

APRESENTAÇÃO

Em 2011 o MERCOSUL completará vinte anos de existência.

Desde a assinatura do Tratado de Assunção, em 1991, diversos foram os avanços no esforço tendente ao desenvolvimento progressivo da integração da América Latina, conforme os objetivos traçados pelo Tratado de Montevidéu, de 1980.



*José Rômulo Plácido Sales
Defensor Público-Geral Federal*

Nesse período, procurou-se ir além da mera integração econômica dos países do bloco. Os Estados Partes buscaram partilhar valores que se exprimem em suas sociedades democráticas, pluralistas, defensoras das liberdades fundamentais, dos direitos humanos, da proteção do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável, e partilham, ainda, seu compromisso com a consolidação da democracia, com a segurança jurídica, com o combate à pobreza e com o desenvolvimento econômico e social com equidade e justiça social.

Dessa forma, a integração dos países do MERCOSUL abrange as mais diversas vertentes, incluindo uma instituição que está presente em todos os Estados Partes do Bloco; a Defensoria Pública, cuja missão é prestar, como ordena a Constituição Brasileira, assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; os chamados hipossuficientes econômicos e/ou jurídicos, carenciados ou necessitados.

Por isso, em 20 de fevereiro de 2004, foi criada a Reunião Especializada dos Defensores Públicos Oficiais do MERCOSUL, a REDPO.

A REDPO tem como objetivos a coordenação e cooperação das Defensorias Públicas Oficiais dos Estados Partes do MERCOSUL; o auxílio na defesa das garantias reconhecidas à sociedade civil do Bloco nas constituições nacionais,

nas normas do MERCOSUL, nos tratados e nas legislações dos Estados Partes; a garantia da vigência e eficácia dos direitos; a criação de um sistema de coordenação e cooperação entre as Defensorias Públicas Oficiais do MERCOSUL; e, por fim, o estímulo ao fortalecimento institucional e à autonomia financeira das Defensorias Públicas dos Estados Partes, tudo para alcançar a plenitude e a excelência do direito de defesa.

É com grande satisfação que, por ocasião da Presidência *pro tempore* do Brasil na REDPO, lançamos o primeiro número da Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL.

A idéia motriz de sua criação foi apresentada na IX Reunião da REDPO, ocorrida em 14 de novembro de 2008, na cidade do Rio de Janeiro.

A missão da revista é, justamente, estimular a divulgação científica de pesquisas e estudos relacionados aos temas do Acesso à Justiça e de um sistema público ou estatal de patrocínio de assistência jurídica, nos moldes da Defensoria Pública Brasileira, do Ministerio Público de la Defensa Argentino, do Ministerio de la Defensa Pública Paraguai ou da Defensoría Pública Uruguai, para ficarmos somente nos Estados Partes do MERCOSUL, sem contar os Estados Associados.

Neste primeiro número, há artigos elaborados por Defensores Públicos da Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Peru, além do artigo de abertura, elaborado pelo insigne jurista italiano Luigi Ferrajolli.

Em seu artigo inaugural, o professor Ferrajolli discorre sobre o papel da Defensoria Pública no modelo garantista de processo penal e, em seguida, colacionamos dois artigos de cada um dos países supracitados: um relativo aos aspectos institucionais dos respectivos órgãos de Defensoria Pública e outro de doutrina (exceto a contribuição peruana, que descreve a evolução da Defensoria Pública no país).

Assim, esperamos que a Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL possa contribuir com a discussão técnica e científica de questões jurídicas relevantes à atuação dos Defensores Públicos e à integração das Defensorias Públicas do MERCOSUL.

Como afirma Ferrajolli: “*Pienso que la instauración de la Institución Defensa Pública representa uno de los aportes más significativos de la experiencia jurídica latinoamericana*”.

Minhas efusivas congratulações à união dos nossos povos latino-americanos e aos seus respectivos sistemas de defesa pública.



José Rômulo Plácido Sales

Defensor Público-Geral Federal da República Federativa do Brasil

GARANTISMO Y DEFENSA PENAL

o sobre la defensa pública

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 argentina¹. 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

¹ 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.

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 contra-prueba 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 experiencia 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 magistrado 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”².

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 población. 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”³. De esta figura de magistrado Filangieri diseña a la vez, los lineamientos deontológicos: “la persona encargada de una función así noble”, y afirma, “debería ser respetado cuanto su cargo... Un profundo conocimiento de las leyes y una asegurada probidad deberían ser sus requisitos; una facilidad de ordenar las propias ideas y de comunicarlas a otros debería ser su talento y una sensibilidad de corazón, unida a la tolerancia a la fatiga, deberían indicar su carácter moral”⁴.

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

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

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

4 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

excarcelaciones y las pruebas de descargo”⁵.

Finalmente, no menos lúcida es la argumentación de Luigi Lucchini al sostener la defensa pública. “L’ufficio del difensore”, escribe en el párrafo 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”⁶.

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.

⁵ CARRARA, F., Programma del corso di diritto criminale. Parte generale, X ed., (1859) Fratelli Cammei, Firenze, 1907, 867, p. 349.

⁶ 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.

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 requisitorio, 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 corolario 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 defensa, 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 encontrar, y que sin embargo constituye un desafío determinante sobre el carácter garantista del proceso penal.

Muchas Gracias.

ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

José Rômulo Plácido Sales
Defensor Público-Geral Federal

1 - Introdução

No presente artigo, procuraremos traçar um panorama geral do acesso à Justiça no Brasil, com especial enfoque para sua garantia fundamental institucional, que é a Defensoria Pública.

Destarte, para melhor delimitar o tema, iremos focar sobremaneira o regime jurídico-constitucional dos institutos (acesso à Justiça e Defensoria Pública), notadamente o art. 5º, inc. LXXIV, e o art. 134, ambos da Constituição brasileira vigente.

Também procuraremos abordar, em razão de nosso sistema federativo, a atual estruturação da Defensoria Pública em seus diversos ramos: Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios e Defensoria Pública dos Estados.

Seguindo esta linha metodológica, é importante frisar que o Capítulo I, do Título II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encarta os direitos e as garantias fundamentais dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país em sua dimensão individual e coletiva. Leia-se:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

A doutrina costuma referir que o disposto neste capítulo, por força do § 4º, do art. 60, do texto constitucional, é cláusula pétrea, fazendo parte de seu núcleo imodificável.

Logo, como o disposto no inc. LXXIV está estampado no bojo do art. 5º, e este, de sua parte, foi sistematizado no Capítulo I, do Título II, da Constituição, pode-se concluir, com segurança, que o direito à assistência jurídica gratuita no Brasil integra o núcleo imodificável da Carta Política brasileira. É, pois, indubitavelmente, uma cláusula pétrea, insuscetível sequer de emenda que venha a aboli-la.

Nesse sentido, vale considerar também que o ordenamento jurídico brasileiro conferiu dignidade constitucional ao tratamento do tema, seguindo tradição longa do constitucionalismo brasileiro, que remonta ao texto constitucional de 1934.

2 - Defensoria Pública brasileira como garantia fundamental institucional

Por sua vez, importa dizer também que a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, no Brasil, é uma garantia fundamental institucional. Garantia porque, ao contrário dos direitos, destina-se a assegurar a fruição de outros bens e interesses reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Nas célebres palavras de Rui Barbosa:

“[...] A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito ”é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos”. Garantia ou segurança de um direito é o requisito de legalidade que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil [...] (A constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. Rio de Janeiro: Flores & Mano, s/d. p. 193-194).”

Garantia fundamental porque, além de plasmada no art. 5º da Constituição, é imprescindível para que todos possam forçar a realização de outros “direitos-fim” (como o direito à vida, à saúde, à educação, à previdência social, ao mínimo existencial, etc.), na ausência de cumprimento espontâneo pelo outro polo da relação jurídica. Segundo Mauro Cappelletti, o acesso à Justiça é “[...] o mais básico dos direitos humanos [...]”. E *garantia fundamental institucional* porque o Estado somente dará cabo a esta “promessa constitucional” por meio de uma instituição especificamente voltada para tanto – a Defensoria Pública –, por combinação dos citados art. 5º, inc. LXXIV, com o art. 134, ambos do texto magno.

Daí se pode perfeitamente inferir, como importante conclusão, que a Defensoria Pública brasileira, como garantia fundamental institucional, não pode ser extinta. Ou, além, que a opção do Poder Constituinte originário de 1988 pelo sistema público ou oficial de assistência jurídica aos necessitados é imodificável.

3 - O monopólio da assistência jurídica pública ou oficial pela Defensoria Pública brasileira

Pode-se também extrair dos arts. 5º, inc. LXXIV, e 134, transcritos anteriormente, que a Defensoria Pública brasileira tem o monopólio da assistência jurídica gratuita pública ou oficial em nome de nosso Estado.

Se o Estado brasileiro, por qualquer de seus entes, almeja aplicar dinheiro público na assistência jurídica aos necessitados, obrigatoriamente deve aplicá-lo na Defensoria Pública. Veja-se bem, não se trata aqui de defender que a Defensoria Pública brasileira tem o monopólio da assistência jurídica. Evidente-mente que não. O necessitado tem o direito de escolher se quer ser assistido por um advogado privado – que lhe cobrará, tão-somente, os honorários de êxito na ação –, se deseja atendimento de um escritório-modelo de Faculdade de Direito, etc. Mas o Estado brasileiro não tem essa escolha. Se almeja prestar assistência jurídica aos necessitados, deve fazê-lo nos termos da Constituição, por intermédio da Defensoria Pública.

É bom que se diga, dessa maneira, que o Estado brasileiro, por força deste dispositivo constitucional, está no polo passivo de uma relação jurídica de direito público. Se por um lado os necessitados, brasileiros ou estrangeiros residentes no país, têm o *direito público fundamental* de exigir assistência jurídica integral e gratuita do Estado, o Estado tem o dever de prestar esse serviço.

4 - Classificação do acesso à Justiça na teoria das dimensões dos direitos fundamentais

O verbo prestar, empregado na redação do inciso LXXIV (“[...]o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos [...]”), remete-nos à uma tentativa de classificação da assistência jurídica integral e gratuita em várias dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais humanos.

É certo que a doutrina nacional tem preferido o termo “dimensões” no lugar de “gerações”, afastando a equivocada ideia de sucessão, em que uma geração substitui a outra (entre outros: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 26; SARLET,

Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 524-525). Adotaremos a terminologia mais moderna, de dimensões de direitos, portanto, visando a afastar tais críticas metodológicas.

Pois bem. Ainda se discute se o direito de acesso à Justiça, e seu corolário lógico, que é o direito à assistência jurídica gratuita, deveria ser classificado como direito civil, de primeira dimensão, ou direito social, de segunda dimensão.

Thomas Humphrey Marshall (*Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967), analisando a trajetória da cidadania inglesa, ao menos cronologicamente, inseriu-o na categoria dos direitos sociais, ou de segunda dimensão, uma vez que tal direito só se tornou efetivo no contexto do Welfare State Inglês.

Noutras palavras, o direito de acesso à Justiça e o direito à assistência jurídica gratuita estariam ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo. Pressuposto a isso, passariam esses direitos a exercer uma liberdade social, formulando uma ligação das liberdades formais abstratas (direitos de primeira dimensão) para as liberdades materiais concretas.

Por sua vez, Cleber Francisco Alves e José Murilo de Carvalho inserem o acesso à Justiça na categoria dos direitos civis, ou de primeira dimensão, pois é indispensável ao exercício pleno da prerrogativa fundamental da liberdade e do respeito à igualdade jurídica de todos os cidadãos. Em consonância com a descrição de Marcos Antonio Maliska (*O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001): “[...] esses representavam uma atividade negativa por parte da autoridade estatal, de não violação da esfera individual [...]”.

Temos que seria melhor classificar o direito à assistência jurídica gratuita como um direito social, ou de segunda dimensão, eis que dependente de prestações positivas do Estado mediante políticas e gastos públicos destinados especificamente à Defensoria Pública.

5 - O conceito de integralidade e gratuidade da assistência jurídica no Brasil

Uma das maiores conquistas da cidadania brasileira está contida nas expressões “assistência jurídica” e “assistência [...] integral e gratuita”, constantes do art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição.

Dizer que a assistência prestada pelo Estado brasileiro será “jurídica”, e não “judiciária”, e, bem assim, que será “integral e gratuita”, importa em considerar duas dimensões fundamentais desse serviço: a dimensão ontológica e a dimensão orgânica.

Em sua *dimensão ontológica*, a assistência jurídica será plena nos âmbitos judicial, extrajudicial e/ou administrativo. Ainda, será preventiva, consultiva e/ou litigiosa. Como exemplo, podemos dizer que se um necessitado busca aconselhamento jurídico sobre a assinatura, ou não, de um contrato de aluguel, deverá obtê-lo da Defensoria Pública; ou se ele almeja postular administrativamente um determinado benefício previdenciário no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), também poderá contar com a assistência do defensor público, que apresentará o requerimento administrativo ao INSS (autarquia federal brasileira responsável por gerir a previdência pública no país) e esgotará, se for o caso, o contencioso administrativo. Por fim, se deseja recorrer de uma decisão em processo administrativo, ou se apenas gostaria de um esclarecimento, um aconselhamento sobre algum direito em tese, também deverá contar com este serviço estatal.

Na sua *dimensão orgânica*, a assistência jurídica é prestada pela Defensoria Pública, abrangendo todas as instâncias do Poder Judiciário nacional e, até mesmo, Cortes Internacionais, notadamente as de direitos humanos. Logo, um necessitado da longínqua comarca de Arroio do Chuí, no Estado Federado brasileiro do Rio Grande do Sul, terá a assistência jurídica pública desde o Juízo de Primeiro Grau até o Supremo Tribunal Federal, passando pelo Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais (Federais, Eleitorais e do Trabalho) e Tribunais Superiores (STM, STJ, TST e TSE).

Nenhum sistema paralelo de assistência tem a abrangência dos serviços prestados hoje pela Defensoria Pública, ao menos conforme a letra ampliativa da Constituição da República. É bom que se diga: historicamente, foi a Constituição de 1988 que inovou em relação a todas as outras, que apenas previam assistência judiciária aos necessitados:

Constituição de 1934

Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

Constituição de 1946

Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§35 – O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

Constituição de 1967/1969

Art. 150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 32 – Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei.

Segundo lição de um dos mais renomados processualistas brasileiros:

“[...] A Constituição abandona aquela orientação restritiva de cuidar do assunto unicamente com referência à defesa em juízo; abandona a concepção de uma assistência puramente judiciária, e passa a falar em assistência jurídica integral. Obviamente, alarga de maneira notável o âmbito da assistência, que passa a compreender, além da representação em juízo, além da defesa judicial, o aconselhamento, a consultoria, a informação jurídica e também a assistência aos carentes em matéria de atos jurídicos extrajudiciais, como, por exemplo, os atos notariais e outros que conhecemos [...]” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O direito à assistência jurídica. Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, n. 5, p. 130, 1991).

6 - Assistência jurídica e assistencialismo jurídico

Devemos, neste ponto, desmistificar a assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública brasileira como um assistencialismo, um favor, ou, em outras palavras, não devemos confundir assistência jurídica com assistencialismo jurídico.

Talvez seja melhor começar pelo conceito de “assistencialismo”. Este é um vocábulo derivado da palavra “assistência”, que significa “ajuda” ou “auxílio” e cujo significado original era, em latim, “estar perto de”. Houaiss define o termo de duas formas, sociologicamente, como “[...] doutrina, sistema ou prática (individual, grupal, estatal, social) que preconiza e/ou organiza e presta assistência a membros carentes ou necessitados de uma comunidade, nacional ou mesmo internacional, em detrimento de uma política que os tire da condição de carentes e necessitados [...]”, ou, na ciência política, como “[...] sistema ou prática que se baseia no aliciamento político das classes menos privilegiadas através de uma encenação de assistência social a elas; populismo assistencial...” (HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 323).

É essa segunda acepção que empregamos ao dizer que assistência jurídica não se confunde com assistencialismo jurídico. Não raro temos a infeliz notícia de que algum município brasileiro criou sua própria “Defensoria Pública Municipal”.

Infelizmente, não podemos analisar com profundidade cada uma das situações específicas, pois nossa Federação é composta por cerca de 5.560 municípios (conforme dados de 2001 do IBGE); mas vejamos o caso emblemático da “Defensoria Pública Municipal de Iguatu/Estado Federado do Ceará”, cujo cargo de “defensor” é preenchido mediante a nomeação de uma advogada “indicada” pelo próprio chefe do Poder Executivo local, sem realização de concurso.

Em que pese a boa intenção que possa estar por trás de tal iniciativa, podemos apontar que, em muitos casos, o que se quer é uma espécie de populismo assistencial, com fins nitidamente eleitoreiros. Se os prefeitos almejam fornecer aos seus munícipes um serviço de assistência jurídica, que cobrem do Estado Federado e da União a implantação de uma Unidade da Defensoria Pública no local, eis que o serviço deve ser prestado por ambos, a teor do art. 24, inc. XIII, da Constituição da República:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XIII – assistência jurídica e Defensoria pública;

Interessante é que na falta de juízes ou membros do Ministério Público nenhum prefeito brasileiro imaginou criar um “Poder Judiciário Municipal”, ou um “Ministério Público Municipal”, ou se imaginou, não teve ousadia para executar.

É importante assinalar, sobretudo, que o serviço de assistência jurídica prestado pela Defensoria Pública não é um favor que o Estado faz aos necessitados, mas, sim, uma obrigação, um dever constitucionalmente imposto, independentemente do programa de governo em vigor ou da vontade do governante periódico. Resumindo, Defensoria Pública no Brasil não é favor do Estado, é direito fundamental dos necessitados.

7 - A organização dual da Defensoria Pública brasileira: Defensoria Pública da União e Defensoria Pública dos Estados e do Distrito Federal

Para desincumbir-se dessa missão constitucional relacionada à grande parcela da população brasileira, a organização da Defensoria Pública primou, da mesma forma que a do Poder Judiciário e a do Ministério Público, pela cláusula da unicidade, porém, em homenagem ao sistema federativo, apresenta-se de forma dual.

Observe-se que o poder político no Brasil, embora uno, espraia-se em funções distintas, sendo exercido por órgãos do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, cada um executando as atribuições que lhes são cometidas.

O Judiciário, a quem compete, como função típica, o exercício da atividade jurisdicional, em obséquio à forma federativa, organiza-se dividindo-se em Poder Judiciário da União (Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar) e Poder Judiciário Estadual.

Como a Defensoria Pública e o Ministério Público atuam na esfera do Poder Judiciário, por imposição do sistema federativo, também são organizados em duas partes: Defensoria Pública da União e Ministério Público da União, de um lado, e Defensoria Pública Estadual e Ministério Público Estadual, de outro. Os primeiros atuam nas causas da competência da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Militar da União e da Justiça Eleitoral, enquanto os segundos figuram nos processos em que a apreciação é afeta à Justiça Estadual.

8 - Panorama atual da Defensoria Pública brasileira

Olhando-se a Defensoria Pública brasileira em sua totalidade, isto é, somados os seus diversos ramos (União, Estados e Distrito Federal), e segundo dados da Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (*II diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006), apenas

37,9% das Unidades Jurisdicionais no país dispõem de pelo menos um órgão da Defensoria para dar atendimento à população carente. Em média, cada defensor recebeu 1.689 pessoas em seus gabinetes no ano de 2005.

O diagnóstico também revela que os Estados Federados gastam, em média, R\$ 85,80 por habitante com as três instituições do sistema de justiça (Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública). Desse total, 71,3% são destinados ao Judiciário, 25,4% ao Ministério Público e apenas 3,3% à Defensoria. Por exemplo, no Estado Federado da Paraíba, no ano de 2005, para cada R\$1,00 investido na Defensoria Pública, outros R\$117,70 eram destinados ao Ministério Público e R\$334,00 ao Poder Judiciário. O público-alvo da instituição é de cerca de 130 milhões de brasileiros que ganham até três salários mínimos por mês.

Sob essa perspectiva, é forçoso reconhecer que, não obstante os significativos avanços dos últimos anos, o panorama atual dos diversos ramos da Defensoria Pública brasileira está longe do idealizado pelo Poder Constituinte Originário. Daí porque é comum ainda encontrarmos coexistindo, paralela, complementar ou substitutivamente, no Brasil, outros sistemas de assistência jurídica aos necessitados. Os “escritórios-modelo” de faculdades de direito e os “convênios” do Poder Judiciário com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para a designação de defensores “dativos”, defensores *ad hoc* ou advogados “dativos” são claros exemplos desse cenário.

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E O INCREMENTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS AFIRMATIVAS DE CIDADANIA

*Denise Tanaka dos Santos
Defensora Pública Federal*

Mestranda em direito pela PUC-SP; mestranda em direito pela UNIFMU; especialista em direito público e direito processual civil; graduada em propedêutico de direito internacional pela Universidade de Amsterdam e em direito internacional na Corte Internacional de Haia; Defensora Pública Federal.

RESUMO

O objetivo deste artigo é avaliar a atuação da Defensoria Pública-Geral da União, segundo a análise do Instituto de Políticas Públicas, notadamente as afirmativas da cidadania em sentido amplo, bem como a possibilidade de atuação dessa entidade em âmbito internacional. Apresentam-se, para tanto, os novos paradigmas transnacionais e as novas jurisdições.

Palavras-chave: Defensoria Pública-Geral da União; políticas públicas; cidadania; ações afirmativas; novos paradigmas; paradigmas transnacionais; jurisdições.

1 DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

1.1 Previsão constitucional

A Defensoria Pública-Geral da União tem previsão constitucional como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, e do artigo 134 da Carta Política. Tal instituição atua, portanto, na esfera judicial, bem como na órbita preventiva de conflitos, abarcando a orientação jurídica e a atuação extrajudicial.

Dessa forma, é a Constituição Federal o fundamento da atuação da Defensoria Pública-Geral da União. Nesse sentido, cumpre analisar o entendimento doutrinário sobre a Constituição.

No sentido comum, uma constituição é formada por elementos que compõem um objeto. No sentido jurídico, é estabelecido que a Constituição é um conjunto de elementos que organizam um objeto: o Estado.

O conceito tradicional de Constituição está relacionado ao conjunto de princípios e normas que regulam a forma de Estado e de governo, a separação dos Poderes, a aquisição e o exercício de poder em determinada sociedade política, bem como a limitação desse mesmo poder. Significa dizer que a Constituição, para essa concepção surgida na Magna Carta de 1215, determina e trata especialmente da organização política do Estado e da limitação do seu poder. Nesse sentido, a Carta é um mero estatuto político, como um estatuto de uma empresa privada.

Ocorre que, com o desenvolvimento do constitucionalismo, no sentido de tratar de outros temas, à guisa de exemplo, os direitos e as garantias fundamentais e os princípios hermenêuticos utilizados para a aplicação do direito, no sentido vertical do direito constitucional, em relação às normas infraconstitucionais, a Constituição passou a ser considerada o núcleo do ordenamento jurídico.

Na visão acurada de Canotilho, há a subdivisão de Constituição em Constituição moderna e Constituição histórica. Para o doutrinador português, Constituição moderna é “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.¹

Ele traz os desdobramentos do conceito de Constituição moderna: um documento escrito, com um conjunto de direitos fundamentais e suas respectivas garantias, um poder político limitado, entretanto, esclarece o autor que se trata de um conceito ideal a ser absorvido de diferentes formas, a depender do referencial social e histórico de cada destinatário.

O doutrinador citado continua, afirmando que é indispensável à constituição histórica a consideração do momento histórico pelo intérprete. Seu conceito é “o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais, conformadoras de uma dada ordem jurídico-política, em um determinado sistema político-social”. Esse conceito é esclarecedor no sentido de observar as diversas interpretações de cada aplicador, a depender de cada momento histórico.²

1 CANOTILHO, 2003, p. 52-54.

2 Ibidem, p. 52-54

Entende-se, portanto, que Constituição não é um mero estatuto do político, mas Carta contendo princípios norteadores e direitos e garantias fundamentais, as quais irradiam suas luzes a todos os ramos do direito, tanto para sua aplicação quanto para sua interpretação.

Sendo a Constituição o núcleo do ordenamento jurídico e sendo inclusive o fundamento de atuação da Defensoria Pública-Geral da União, a Carta confere a tal instituição o poder e a legitimidade de atuar em seu nome quando representa e defende os necessitados, visando assim à concretização do amplo acesso à Justiça, como forma de incremento da cidadania.

A Defensoria Pública-Geral da União é um órgão federal responsável pela prestação, em caráter gratuito e integral, de assistência jurídica ao cidadão carente, possuindo atualmente quadro composto por defensores públicos da União, servidores públicos e anistiados, funcionários terceirizados e estagiários de nível médio e superior.

O defensor público federal é o representante do cidadão que não pode pagar por um advogado. Ele trabalha postulando em favor dos direitos desses cidadãos tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial. Eles são servidores de carreira, selecionados pelo Estado mediante rigoroso concurso público de provas e títulos, remunerados para prestar com exclusividade o serviço de orientação jurídica e defender os despossuídos perante os órgãos públicos, proporcionando, se necessário, acesso à Justiça a todos que não puderem pagar por um advogado.

Ocorre que essa instituição não foi implementada de forma plena e satisfatória até os dias atuais em virtude do grande número de necessitados, inclusive nas regiões mais distantes dos polos metropolitanos. Assim, hodiernamente, há um pequeno número de profissionais proporcionalmente a milhões de cidadãos carentes.

Estão tramitando vários projetos de lei no Congresso Nacional pleiteando o aumento do número de profissionais, bem como a concessão de autonomia a essa instituição. Dessa forma, a prestação assistencial à camada de baixa renda da população brasileira poderá, quiçá, ser efetivada, independente e célere, inclusive acompanhando o sistema de interiorização da Justiça Federal.

O crescimento da Defensoria Pública-Geral da União depende do incremento da cidadania do povo brasileiro, notadamente da parcela mais carente. Nesse sentido, essa instituição luta para a concretização de políticas públicas

afirmativas de cidadania em nome da Constituição Federal, haja vista que, especialmente com a realização da cidadania, um dos objetivos da Defensoria restará cumprido.

1.2 Atuação

A Defensoria Pública-Geral da União atua em âmbito judicial e extrajudicial. A primeira ocorre perante as Justiças Federal, Eleitoral, Trabalhista, Militar, os Tribunais Superiores (STJ, TST, STM e TSE), o Supremo Tribunal Federal, e também nas instâncias da Administração Pública Federal, além do Tribunal Marítimo, localizado no Rio de Janeiro.

Habitualmente, a Defensoria atua em casos previdenciários, como na obtenção de benefícios previdenciários denegados pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); em casos cíveis, como saque de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e financiamento do Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Além disso, pode atuar na obtenção de serviços de saúde e de medicação, essenciais à sobrevivência do cidadão.

A Defensoria Pública-Geral da União não atua somente na defesa de casos individuais: atua também na tutela coletiva, visando à garantia da implementação de políticas públicas do interesse do cidadão carente, como o combate à dengue, bem como à consecução de medidas de melhoria de bem-estar social. Exemplos de medidas que visam ao bem-estar social: acesso à rede pública de saúde; isenção para os necessitados de taxas de vestibulares, de concursos públicos e de pedágios; implantação do Projeto de Erradicação do Escalpelamento da População Ribeirinha, entre tantas outras.

Cumprir examinar também a atuação da Defensoria Pública-Geral da União na área internacional. Atualmente, há um acordo de cooperação entre o Brasil e o Timor Leste, apresentando o Brasil como um dos países com maior potencial de cooperação nessa área.

Há igualmente reunião especializada de Defensores Públicos Oficiais do Mercosul (REDPO) com o intuito de estabelecer mecanismos de criação de Comissão de Políticas Públicas em Direitos Humanos, fixar mecanismos uniformes para uma Carta de Direitos Humanos nas Américas, levantar informações acerca de acordos firmados sobre traslado de pessoas condenadas, estruturar implementação

de acordo sobre assistência jurídica gratuita entre Estados do Mercosul e promover intercâmbio entre defensores públicos no âmbito das boas práticas.

2 CIDADANIA

No contexto da sociedade da informação, as consequências jurídicas do fenômeno da globalização sugerem o implemento da defesa da cidadania, sob o aspecto político, por intermédio da jurisdição constitucional.

Dessa forma, destaca-se a concretização das tutelas jurisdicionais constitucionais realizadas pela jurisdição constitucional sob seu tríplice vértice: o controle da constitucionalidade, os writs constitucionais, que tutelam notadamente as liberdades, e, por fim, a jurisdição constitucional política na defesa da cidadania. Nesse sentido, impende sublinhar a defesa da cidadania como forma de concretização de tutelas oriundas dos paradigmas atuais.

Siqueira Júnior, com sua habitual argúcia, conceitua o termo cidadania da seguinte forma:

“A cidadania guarda relação umbilical com a democracia. Nos tempos da plena democracia, a palavra ”cidadania” pode ser tomada em dois sentidos: 1) restrito e técnico; e 2) amplo. No sentido restrito, a cidadania está adstrita ao exercício dos direitos políticos. Os direitos políticos são aqueles inerentes ao cidadão do Estado.”³

Denota-se que a definição de cidadania no sentido restrito ou técnico guarda relação com a posição eleitoral do cidadão, o qual necessita do preenchimento de requisitos constitucionais e legais para adquirir sua legitimidade ativa e passiva, no sentido de votar e ser votado.

Por sua vez, no sentido amplo do termo cidadania, continua o ilustre autor:

“No sentido amplo do termo, a cidadania é o exercício de outras prerrogativas constitucionais que surgiram como consectário lógico do Estado Democrático e Social de Direito. [...] No sentido esculpido na Constituição, cidadania é ter di-

³ SIQUEIRA JÚNIOR, 2006, p. 387- 397.

reitos. A concretização da democracia ocorre pela cidadania, ou seja, pela participação política nos destinos da nação. A cidadania plena surge com os direitos sociais. Não existe direito de liberdade de expressão sem o direito à educação.”

Esse entendimento é muito importante quando se faz a análise da concretização de direitos fundamentais e dos instrumentos disponíveis para essa respectiva efetivação. Ao focar as consequências jurídicas da sociedade da informação, sob o aspecto de uma de suas subdivisões, a globalização, sugere-se que a cidadania em sentido amplo, segundo as diretrizes do Estado Democrático e Social de Direito, é o fundamento para a implementação de direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Maria Garcia esclarece que

“ [...] a cidadania é a quintessência da liberdade, o ápice das possibilidades do agir individual, o aspecto eminentemente político da liberdade. [...]. A liberdade deve tornar-se mais e mais participação: o cidadão deve participar na formação das grandes decisões políticas, deve participar mais ativamente do que até agora na gestão dos assuntos locais.”⁴

Tal elucidação corrobora com o liame existente entre a cidadania e a democracia, sendo que tais conceitos e suas aplicações podem surgir como forma de enfrentamento das questões emanadas pela sociedade da informação e seus novos paradigmas.

Marinoni, discorrendo sobre a participação como fator de legitimação da jurisdição, citando Ramos e Canotilho, afirma:

“Sabe-se que a noção de democracia é inextricavelmente ligada à de participação, uma vez que a participação no poder é da essência da democracia. Essa participação pode ser indireta ou direta. A participação política, que teve grande importância para o surgimento do Estado que seguiu ao modelo liberal clássico, foi amesquinhada pela democracia social, concentrando-se fundamentalmente nos partidos políticos, sem despertar a maioria do povo. Não

⁴ GARCIA, 1998, passim.

há dúvida de que o Estado contemporâneo não pode viver sem o sistema representativo. Não obstante, a percepção da insuficiência da técnica representativa para a realização da justiça social fez com que se passasse a falar em democratizar a democracia através da participação, mediante a otimização da participação direta dos cidadãos no poder.”⁵

Em verdade, hodiernamente, a participação democrática é mais que uma participação que dependa de eleição. Nesta, o representante eleito pratica atos em nome dos cidadãos do povo, qualificados com os requisitos do título de eleitor. Para que a cidadania em sentido amplo se torne concretizada, é necessária a participação como cidadania em sentido amplo.

Um dos marcos iniciais da participação direta e pessoal da cidadania nos atos do governo consistiu nos institutos da democracia semidireta, tais como notadamente iniciativa popular, referendo popular, plebiscito e ação popular.

Para Silva, cidadania no item dos fundamentos do Estado brasileiro apresenta um sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Dessa forma, trata-se de “participantes da vida do Estado, do reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado está submetido à vontade popular”.⁶

Continua o citado autor brasileiro:

“Cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política.”

Da mesma forma, David Araújo estabelece que:

“a expressão cidadania, indicada como fundamento da República, parece não se resumir à posse de direitos políticos, mas, em acepção diversa, parece galgar significado mais abrangente, nucleado na ideia, expressa por Hanna Arendt, do direito a ter direitos. Segue-se, nesse passo,

⁵ MARINONI, 2006, p. 405-406.

⁶ SILVA, 2001, p. 108.

*que a ideia de cidadania vem intimamente entrelaçada com a de dignidade da pessoa humana”.*⁷

Denota-se, nesse sentido, que é importante sublinhar a defesa da cidadania, em sentido amplo, como forma de concretização de tutelas oriundas dos paradigmas atuais.

2.1 Cidadania e direitos sociais

Da mesma forma que se amplia o conceito de cidadania, pode-se aumentar seu espectro de efetivação como forma de concretização de tutelas para conformar o instituto analisado, segundo os paradigmas atuais, cuja consequência é a análise dos direitos sociais.

Observa-se, entretanto, que enquanto os direitos civis são considerados universais ou sem sentido específico, os direitos políticos, notadamente os direitos sociais, demandam especificidades e discriminações decorrentes da atuação positiva do Estado.

Em seu mister, Domingues ensina que, quanto aos direitos sociais, originariamente a assistência advinha da participação das pessoas em comunidades locais. Ocorre que, após a libertação dessas comunidades feudais, se acreditou que os indivíduos poderiam resolver seus próprios problemas. Nessa época, o instituto da assistência social na Inglaterra surgiu em contraposição ao conceito de cidadania, haja vista seu caráter de exclusão e de discriminação.⁸

Em seguida, tais direitos sociais foram incorporados ao conceito de cidadania em sua dimensão social. Porém, esses direitos políticos de cunho social ameaçaram sobremaneira o capitalismo, na medida em que houve a ascensão das classes trabalhadoras ou coletivas.

Os direitos sociais exigem o mínimo de bem-estar e participação popular, cujo objetivo precípua é o enriquecimento geral, com a diminuição do risco e da insegurança e a busca da igualdade para todos.

Domingues, citando Esping-Andersen, destaca três tipos de Estado do bem-estar social, produto da crise desse tipo de Estado: o Estado do bem-estar

universalista, o do tipo corporativista e, por fim, o residualista.⁹

Dessa forma, o primeiro tipo, o Estado do bem-estar social universalista, é praticado nos países escandinavos, com intervenção do Estado. O segundo, o do tipo corporativista, circunda a cidadania conforme a contribuição de cada setor social. O último, o Estado do bem-estar social residualista, estabelece que tais direitos são destinados tão-somente aos menos favorecidos.

Apenas no primeiro caso, no Estado do bem-estar social universalista, haveria a característica da solidariedade, uma vez que os serviços sociais estariam sendo disponibilizados a todos, independentemente de classe social ou renda. Este seria o Estado de cidadania social.

De outro giro, Castel preleciona que o Estado social faz surgir uma vulnerabilidade de massa. Assim, ele não se utiliza do termo exclusão, mas desfiliação do mercado de trabalho, de sorte que as situações são por demais heterogêneas nos casos concretos.¹⁰

Há, de fato, uma perda dos laços sociais, e, apesar de haver áreas de junção, há outras de vulnerabilidade, que contaminam setores mais estáveis. Há multiplicidade dos inúteis para o mundo, e, pelas questões sociais de massa, estes são desqualificados do plano civil e também do político.

As políticas de equilíbrio visam a uma homogeneização social, com acesso igualitário à instrução, diminuição do desequilíbrio social, divisão de oportunidades e políticas de inserção, com discriminações positivas, e definem significações do espaço social. Castel, nesse sentido, reconhece a necessidade de hegemonização do Estado social.

Pode-se questionar a possibilidade de os direitos sociais repararem os males sociais, porém, parte da doutrina, como Habermas, citado por Domingues, recusa a ideia de direitos coletivos e propõe a concepção dialógica democrática, com direitos individuais discutidos em argumentação pública, em face da impossibilidade de efetivá-los apenas para determinados grupos.¹¹

Nessa esteira, o Estado tem promovido solidariedade social diante dessa

7 ARAÚJO, 2005, p. 95.

8 Ibidem, p. 213-244.

9 ESPING-ANDERSEN, 1985, apud ibidem, p. 213-244.

10 CASTEL, 1998, passim.

11 HABERMAS, 1981. SOUZA, 2001, p. 233.

heterogeneidade social, com políticas de inserção para sujeitos concretos. Ademais, há impulsão do Estado no sentido de se permitir desbravar caminhos para fora da modernidade, buscando reflexibilidade nos países com desencaixes sociais.

Häberle, discorrendo sobre os perfis da dogmática jurídica, ínsita à relação jurídico-administrativa, como relação básica de direito administrativo entre a cidadania e o Estado, estabelece que:

*“Junto a la relación jurídico-administrativa relativa a los ciudadanos – que se refiere a las relaciones entre Estado y ciudadanía y que aparece también en ciertas especializaciones y em los ‘status’ especiales – existe como um gran segundo grupo, la llamada relación jurídico-administrativa ‘interna’. Esta aparece cada vez más em los âmbitos internos de la Administración em la medida em que se proyecta a la ciudadanía y en relación com âmbitos de determinados ciudadanos em concreto, com unidades administrativas, esto es, órganos entre si.”*¹²

O ilustre doutrinador entende que o conceito da relação jurídico-administrativa não deveria reservar-se apenas às relações externas, mas também às relações internas, pois, hodiernamente, a administração desenha contornos de pluralismo.

Nesse cenário, a cidadania tem relação direta com os direitos sociais, na medida em que tal relação decorre do conceito amplo de cidadania, na linha do entendimento de Siqueira Júnior:

“A cidadania é o direito a ter direitos, sendo que a concretização da democracia ocorre pela cidadania, ou seja, pela participação política nos destinos da nação. A cidadania plena surge com os direitos sociais”.¹³

O cidadão tem direito de participar da vida política do Estado, mas, para tanto, necessita de direitos sociais, tais como os elencados na Constituição Federal,

¹² HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estúdios de teoria constitucional de La sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. P. 231-234.

¹³ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

como saúde, educação, dignidade, trabalho, salário, seguridade social. O cidadão tem direito a todos aqueles direitos descritos anteriormente, dentre tantos outros.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 Definição

Com a ilustração do contido no item da cidadania e dos direitos sociais já expostos, a cidadania plena decorre de direitos sociais. Com a habitual argúcia, Canotilho pontifica que entre as funções dos direitos fundamentais se encontra notadamente a função de prestação social. Para ele, os direitos a prestações significam “o direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)”.¹⁴

Nesse quadro, o autor relaciona tal função a três núcleos problemáticos: 1) à questão dos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem obter tais direitos diretamente das normas constitucionais; 2) aos direitos sociais derivados, que necessitam de uma atuação legislativa, sob pena de omissão inconstitucional; 3) de se saber se as normas de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão vinculativa aos poderes públicos a políticas sociais ativas, como a construção de uma escola.

Pondera o autor que os dois primeiros itens são discutíveis na doutrina portuguesa, mas que as políticas sociais ativas são plenamente consagradas pelas normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais, impondo políticas públicas ativas.

Além dessa abordagem, o cidadão tem direito de participar da vida política do Estado, para tanto, necessita de direitos sociais, tais como os elencados na Constituição Federal do Brasil, por exemplo: saúde, educação, dignidade, trabalho, salário, seguridade social.

Pode-se sustentar que as políticas públicas são ações do governo que visam precipuamente ao implemento da cidadania plena, na busca da concretização de direitos fundamentais. Como o cidadão é portador desses direitos fundamentais, ele tem direito de participar dos atos do governo e da riqueza coletiva. Essa participação espelha a ampliação da democracia, de modo que esse cidadão tem direito de participar

¹⁴ CANOTILHO, 2003, p. 407- 409.

dos objetivos do governo e da concretização dos objetivos da administração pública.

No mesmo diapasão, Campos da Silva expressa sua definição de política pública:

*“O instrumento de ação do Estado e de seus poderes constituídos, em especial o Executivo e o Legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados à realização dos fins da República e do Estado Democrático de Direito, passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário”.*¹⁵

Nesse quadro, o autor citado destaca que o termo política, oriundo do grego polis, é termo equívoco, com vários significados. Importa para o presente estudo o sentido de sua destinação social, a ser exercido sob uma determinada forma de poder, com a finalidade de obter um interesse, determinado por um grupo social juridicamente organizado.

Nesse quadro, o autor citado destaca que o termo política, oriundo do grego polis, é equívoco, com vários significados. Importa para este estudo o sentido de sua destinação social, a ser exercido sob uma determinada forma de poder, com a finalidade de obter um interesse determinado por um grupo social juridicamente organizado.

O autor continua no sentido de que a expressão política pública é redundante e pleonástica. Apesar disso, para anexar o fim social a toda a norma constitucional e aos órgãos estatais, qualifica-se a política como pública.

A política pública é um programa de ação do governo. Tais ações concatenadas são dirigidas para um fim: o interesse social. Dessa forma, todos os atos devem estar voltados para tal finalidade na medida em que buscam concretizar o conteúdo das normas constitucionais.

O autor ensina que a política pública encerra uma meta a ser alcançada e um conjunto de instrumentos para viabilizá-la. Tais instrumentos podem ser pessoais, institucionais ou financeiros, consistindo assim em leis, decretos, regulamentos,

portarias ou até contratos e atos administrativos.

Indiscutível é a inserção das políticas públicas no nível do direito constitucional. Estudando o conceito apresentado, políticas públicas são ações do Estado para a realização de metas políticas destacadas segundo o processo legislativo.

A diferença entre todos esses atos e as políticas públicas está na finalidade a ser alcançada, como coerção aos poderes estatais em fazer o contido no mandamento constitucional.

3.2 Policy analysis

A política pública é um programa de ação do governo. Tais ações concatenadas são dirigidas para um fim: o interesse social. Dessa forma, todos os atos devem estar voltados para tal finalidade, na medida em que buscam concretizar o conteúdo das normas constitucionais. Partindo desse conceito, passa-se à análise das políticas públicas específicas e da *policy analysis*.

Windhoff-Héritier, citado por Frey, apresenta três dimensões da política. Nesse estudo, utiliza-se *polity* para instituições políticas, *politics* para processos políticos e, por fim, *policy* para os conteúdos da política.

Nesse quadro, a primeira dimensão, a institucional *policy*, refere-se à ordem do sistema político desenhada pelo sistema jurídico e à estrutura institucional do sistema político-administrativo. A segunda dimensão, a processual *politics*, trata do processo político, habitualmente conflituoso no que tange ao delineamento de objetivos, aos conteúdos e às decisões de distribuição.

Por derradeiro, a terceira dimensão, a material *policy*, aborda os conteúdos concretos. Significa dizer que se trata da configuração dos programas políticos aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas.¹⁶

Os Estados Unidos começaram a demonstrar interesse no assunto da *policy science* na década de 1950. De outra banda, esse tema passou a ser estudado na Europa após o crescimento dos partidos social-democratas na década de 1970. No Brasil, a pesquisa sobre políticas públicas é recente, apresentando falta de cientificidade.

15 SILVA, 2004, p. 102-104.

16 WINDHOOF-HÉRITIER, 1987. Apud FREY, 1997, p. 216-217.

Apesar desse posicionamento minoritário, Wollmann, citado por Frey, entende que a *policy analysis* contém “o potencial analítico de superar uma abordagem isolada que dá prioridade ou à dimensão institucional (*polity*) ou à dimensão político-processual, ao deixar confluir a dimensão material de política (isto é, fins, impactos, etc.) com as dimensões institucional e político-processual”.¹⁷

Como o modelo analítico-conceitual de políticas públicas nos países em desenvolvimento foi inspirado nos países industrializados ocidentais, Frey analisa que:

*“as peculiaridades socioeconômicas e políticas das sociedades em desenvolvimento não podem ser tratadas apenas como fatores específicos de polity e politics, mas que é preciso uma adaptação do conjunto de instrumentos da análise de políticas públicas às condições peculiares das sociedades em desenvolvimento.”*¹⁸

Apesar da estruturação tríplice dos conceitos apresentados, impende destacar que esses temas se encontram entrelaçados, com influência mútua. Seu estudo busca a diminuição da complexidade existente entre eles, notadamente quanto à rede de policy, com interação de diversas instituições e órgãos governamentais, inclusive da comunidade de cidadãos para a implementação de uma determinada política.

No mesmo diapasão, Lowi, citado por Frey, preleciona que a *policy arena* “parte do pressuposto de que as reações e expectativas das pessoas afetadas por medidas políticas têm um efeito antecipativo para o processo político de decisão e de implementação”.¹⁹

Trata-se, portanto, de processos conflituosos e de consenso inseridos nos diversos itens da política, as quais podem ser diferenciadas segundo seu aspecto distributivo, redistributivo, regulatório ou constitutivo. Esses aspectos são caracterizados quanto à forma e aos efeitos dos meios de implementação aplicados, aos conteúdos das políticas e, finalmente, ao modo da resolução de conflitos políticos.

De início, as políticas distributivas são caracterizadas por baixo grau de conflito nos processos políticos, haja vista que distribuem vantagens a um grande número de pessoas.

17 WOLLMANN, 1985. Apud FREY, 1997, p. 215.

18 FREY, 1997, p. 215-216.

19 Ibidem, p. 222-224.

Depois, as políticas redistributivas, ao contrário, são conflituosas, na medida em que visam a um deslocamento de recursos financeiros para determinados grupos sociais. Por sua vez, as políticas regulatórias laboram com atos administrativos de ordens ou proibições. Os efeitos financeiros de tais políticas dependem de atos concretos, e os conflitos ou consensos podem ser alterados conforme o delineamento das políticas específicas.

Em última análise, as políticas constitutivas ou estruturadoras constituem as regras do jogo, bem como a estrutura dos conflitos e dos consensos. De forma geral, estas últimas estabelecem as condições gerais para a negociação das três primeiras.

Por derradeiro, cumpre analisar a *policy cycle*, uma vez que as redes e as arenas podem ser modificadas no íterim do processo de elaboração e implementação de políticas segundo fatores dinâmicos.²⁰

Esse item avalia a vida de uma política pública, de modo que as diversas fases são analisadas como uma forma concatenada de elementos do processo político-administrativo e podem ser estudadas segundo o poder, as redes políticas e sociais e as práticas político-administrativas que se encontram em cada fase.

O percuciente doutrinador Frey propõe as seguintes fases: percepção e definição de problemas, *agenda-setting*, elaboração de programas e decisão, implementação de políticas e, por fim, avaliação de políticas e eventual correção da ação.²¹

Em primeiro plano, a percepção e a definição de problemas interessam quando tratam de um número infinito de possíveis campos de ação política, alguns *policy issues* mostram-se apropriados para um tratamento político, criando um *policy cycle*. Considerando grupos determinados ou os próprios políticos, um problema pode se transformar com o incremento de sua relevância de ação sob os prismas político e administrativo.

Entretanto, é na fase da *agenda setting* que se decide se uma questão será ou não inserida na pauta da política atual ou se será lançada para um período posterior ou até mesmo excluída, apesar de sua relevância. Não se pode olvidar ainda que na fase de elaboração de programas e de tomada de decisões se escolhe a forma mais adequada

20 Ibidem, p. 226-227.

21 Ibidem, p. 226-229.

entre as várias opções de ação, opções precedidas ou não de atos administrativos de decisão oriundos de conflitos ou acordos.

Vale lembrar ainda a fase de implementação de políticas, a *policy cycle*, cuja ação é delineada na etapa de formulação das políticas. Entretanto, pode-se observar que os resultados concretos muitas vezes não correspondem aos projetos formulados. No processo de implementação, aborda-se a qualidade material e técnica de programas direcionados às estruturas político-administrativas e a atuação dos atores envolvidos. Fazendo uma comparação, obtém-se o resultado quanto ao cumprimento dos programas e às causas de eventuais descumprimentos.

Finalmente, a fase de avaliação de políticas e de correção da ação (*evaluation*) corresponde à observação dos impactos reais e concretos oriundos dos programas implementados, bem como aos eventuais efeitos colaterais, podendo gerar o término de determinado programa ou sua prorrogação.

Este estudo propõe um processo de resolução de problemas políticos segundo uma sequência de fases, porém, na prática, os atores político-administrativos dificilmente seguem tais passos, especialmente para programas mais complexos. Além desse aspecto, ele propõe um processo de aprendizagem política e administrativa à luz do ciclo político, ou seja, não há a necessidade de avaliar os resultados tão somente no final do respectivo processo, mas também durante seu ciclo.

3.3 Políticas públicas afirmativas de cidadania

As políticas públicas representam programas de ação de governo. Tais ações são concatenadas e dirigidas para um único fim: contemplar os interesses dos cidadãos em sentido amplo. Dessa forma, todos os atos devem estar voltados para tal finalidade, na medida em que buscam concretizar o conteúdo das normas constitucionais.

Nesse quadro, impende estudar as políticas públicas afirmativas, por intermédio das ações afirmativas de cidadania. Essas ações podem ser direcionadas a várias áreas específicas, tais como educação, emprego, igualdade racial, saúde, entre tantas outras.

As ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos durante a aprovação do Ato de Direitos Civis, em 1964, pelo Congresso estadunidense, com a assinatura da

Ordem Executiva 11.246, em 1965, pelo presidente Lyndon Johnson.

Nesse contexto, uma ação afirmativa direcionada à educação e ao emprego ocorre “sempre que pessoas agem de forma deliberada, positivamente, para aumentar a chance de que a verdadeira igualdade seja atingida entre membros de categorias diferentes”.²²

O autor mencionado aborda a educação superior nos Estados Unidos após a edição da legislação referida. No caso apresentado, as universidades públicas e privadas que recebiam fundos federais passaram a ampliar o ingresso de mulheres, afrodescendentes, nativos indígenas, etc. nos programas de graduação e pós-graduação.

Esse processo ocorreu de forma conflituosa, com a decisão da Corte Suprema no caso da Universidade da Califórnia v. Bakke, de 1978. Bakke acionou essa universidade por preferir candidatos de minorias étnicas/raciais. Uma vara cível julgou procedente o pedido de Bakke. A Suprema Corte confirmou a decisão, considerando o sistema de cotas ilegal.

Entretanto, a Corte afirmou categoricamente que não se deve tomar como ilegal qualquer sistema que considere raça ou origem étnica como parte de seleção de estudantes. Essa declaração foi o fundamento para a continuidade dos programas de ação afirmativa nas universidades estadunidenses.

Analisando o caso brasileiro, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 1996, diz expressamente que há autonomia das universidades para selecionar seu corpo discente, com a eliminação do formato do vestibular como critério único de seleção.

O artigo 51 da referida lei determina que

“[...] as instituições de educação superior credenciadas como universidades, ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino.”

Impende sublinhar que há uma interligação entre as ações afirmativas

²² CROSBY; CORDOVA, 2000. Apud PEDROSA, 2004.

de políticas públicas e o direito internacional, notadamente no que tange a tratados internacionais de direitos humanos. Os documentos internacionais servem de fundamento para a proposta de tais ações, inclusive com sua exigência em âmbito transnacional.

À guisa de exemplo, para o combate à discriminação racial, há a convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino, bem como a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. Há inclusive a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher.

Além desses documentos específicos, cabe menção à Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outros.

Frise-se que tais documentos internacionais possuem vigência no Brasil, segundo o preenchimento dos requisitos constitucionais e os princípios orientadores do sistema normativo. Nessa linha, o princípio de veto às discriminações pode embasar a obrigatoriedade de tratamento igualitário a todos. Entende-se, assim, que esse princípio pode interagir com ações afirmativas na busca de inclusão social.

A jurisprudência nacional, segundo Marco Aurélio Mendes de Farias Melo, ministro do Supremo Tribunal Federal, especifica que

“E aí, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens. Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual.”²³

Ainda com relação aos direitos humanos, entende-se que há duas

23 MELO, 2001/209.

formas de combate à discriminação: uma que reprime determinadas condutas discriminatórias, cominando penas segundo o devido processo legal, e outra que impõe ações positivas para fomento de atividades estatais.

Gomes, citado por Adão, entende que no direito as ações afirmativas são definidas como políticas públicas que ostentam a finalidade de concretizar o princípio constitucional da igualdade material e findar os efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.²⁴

Dessa forma, o autor afirma que a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos e passa a ser um objetivo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

Menezes, citado por Rodrigues, conceitua ações afirmativas como

“[...] medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor de categorias que se encontram em posições desvantajosas.”²⁵

Saliente-se que tais ações representam um conjunto de iniciativas políticas, com medidas públicas ou privadas, para equilibrar as desigualdades apresentadas em sociedades notadamente ocidentais, cuja temporariedade pode ser passada ou atual.

No Brasil, o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) – Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996 – trata ação afirmativa como um processo de transformação ampla e planejada a fim de assegurar uma representação igualitária em termos de raça e gênero no mercado de trabalho e identificar e suprimir, no seio da administração pública e privada, todas as práticas suscetíveis de serem discriminatórias.

Há ainda políticas públicas afirmativas de cidadania no que tange à juventude, notadamente nos setores de educação, saúde e trabalho. Os jovens no Brasil são contemplados por políticas públicas gerais destinadas a todos os cidadãos indistintamente. Ocorre que a juventude representa o futuro intergeracional. Assim, sociedade civil, Estado e entidades privadas devem procurar medidas específicas

24 GOMES, 2005, p. 45-79. Apud ADÃO, 2007, p. 51.

25 MENEZES, 2001, p. 25. Apud RODRIGUES, 2006, p. 89-90.

para a juventude.

Não se há de olvidar de políticas públicas afirmativas direcionadas à prevenção da violência estrutural. Nesse aspecto, busca-se uniformizar o entendimento popular sobre o conceito de violência no Brasil, bem como a responsabilidade do Estado, notadamente à luz das diretrizes constitucionais sobre segurança pública. Demais disso, as consequências da violência recaem mais fortemente sobre as camadas mais pobres da sociedade, e tais ações políticas podem tê-los como destinatários específicos.

Destacam-se também políticas públicas afirmativas de cidadania no âmbito da saúde, que visam a uma melhoria nas condições da saúde populacional e do meio ambiente natural, social e do trabalho. Essa ramificação das políticas públicas requer a organização das funções políticas e administrativas na promoção, na proteção e na recuperação da saúde da sociedade em geral.

A Constituição Federal determina que as políticas públicas de saúde são iluminadas pelos princípios constitucionais da universalidade, da equidade, da descentralização da administração, da integralidade de atendimento, da co-gestão e da participação dos cidadãos na organização do Sistema Único de Saúde. A Carta estabelece ainda que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Por fim, tenha-se presente que no Brasil há ações de políticas públicas no que se refere à agricultura familiar e sua relação com a segurança alimentar e o desenvolvimento econômico sustentável, inclusive com cooperação do Ministério do Desenvolvimento Agrário e do Fundo Internacional para o Desenvolvimento da Agricultura (Fida).

As considerações levantadas anteriormente, sinalizam que as políticas públicas afirmativas de cidadania podem ter várias frentes de combate, representadas por grupos determinados, buscando-se a diminuição de desequilíbrios passados ou atuais, com caráter temporário, até o cumprimento de suas finalidades.

4 CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 Controle judicial de políticas públicas

O controle das políticas públicas, como já abordado anteriormente, pode ser realizado tanto por órgãos jurisdicionais, quanto por órgãos administrativos e órgãos administrativos independentes.

No plano judicial, o direito constitucional coloca à disposição instrumentos jurídicos para a implementação dessas ações estatais, fundamentadas como normas constitucionais obrigatórias aos poderes do Estado.

Siqueira Junior, citando Oswaldo Luiz Palu, menciona que o Estado Democrático e Social de Direito exige não só o controle jurisdicional de constitucionalidade legal dos atos normativos, mas também o controle das políticas públicas. Assim, é cabível o controle do Poder Judiciário sobre os atos provenientes da função de governo e da administração pública, seja por atos comissivos ou omissivos, configurando-se como controle de conformidade.²⁶

No mesmo diapasão, Canotilho preleciona que pode haver a inconstitucionalidade das políticas públicas. Assim, poderia ser objeto do controle de constitucionalidade, por ação ou por omissão, uma política setorial, à guisa de exemplo, a saúde, a educação, a moradia. Para o autor: “Neste sentido, a *policy* seria também um padrão de conduta (*standard*) constitucional definidor de um fim a alcançar através de realizações de tarefas econômicas, sociais e culturais”.²⁷

Nesse quadro, poder-se-ia dizer que uma determinada política de educação foi inconstitucional, por um determinado período de tempo, por não corresponder aos ditames constitucionais referentes a esse item. Há exemplos jurisprudenciais e doutrinários trazidos por Canotilho referentes ao direito comparado.

A inconstitucionalidade das políticas públicas foi objeto de enfrentamento pelo Tribunal Constitucional português no tocante à saúde – Acórdãos n 92/1985 e n. 330/1989.

No âmbito doutrinário, Böckenförde, citado por Canotilho, salienta que a

*“[...] efetiva vinculação jurídica pretendida pelas normas-tarefa implica, designadamente, que o objetivo ou programa, como tal, é retirado a livre escolha do objetivo ou dos fins pelos órgãos políticos, considerada, em geral, característica das escolhas políticas”.*²⁸

Com argúcia, destaca Campos da Silva que

26 PALU, 2004, p. 21-22 Apud SIQUEIRA JÚNIOR, 2006, passim.

27 CANOTILHO, 2003, p. 944-946.

28 Ibidem, p. 944-946.

*“As normas de direitos individuais fundamentais são normas auto-executáveis (self executing), ou seja, vinculam o ordenamento jurídico pátrio sem a necessidade, mesmo, de atos complementares, medidas legislativas ou administrativas subsequentes, operando de per se. É assim o exemplo dos direitos fundamentais nos arts. 3º e 5º da Constituição da República. A inobservância pelo Estado brasileiro da condução de normas, de caráter público e cogente, que visem à realização de direitos e à implementação de políticas públicas autoriza a utilização de instrumentos jurídicos dispostos no sistema constitucional de proteção e realização dos preceitos fundamentais, em nome da eficácia e da validade constitucionais.”*²⁹

Os instrumentos judiciais disponíveis para o controle judicial de políticas públicas estão diretamente relacionados à cidadania em sentido amplo e à concretização das tutelas jurisdicionais constitucionais realizadas pela jurisdição constitucional sob seu tríplice vértice: o controle da constitucionalidade, os writs constitucionais e, por fim, a jurisdição constitucional política na defesa da cidadania.

Nesse quadro, destaca-se inicialmente o controle da constitucionalidade como controle da conformidade: o controle do Poder Judiciário sobre os atos provenientes da função de governo e da administração pública, seja por atos comissivos ou omissivos.

Nesse aspecto, Ferreira Filho pontifica que o controle da constitucionalidade é

*“[...] a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente à lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – e objetivos – como a forma, os prazos, o rito, os observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.”*³⁰

Assim, o controle de constitucionalidade, como controle de

conformidade, pode ser utilizado como instrumento judicial de controle de políticas públicas, no sentido de que está relacionado à defesa da cidadania em sentido amplo e à concretização de tutelas jurisdicionais constitucionais.

Em seguida, os segundos e os terceiros aspectos do tríplice vértice da jurisdição constitucional, sublinham-se os writs constitucionais e a jurisdição constitucional política, na defesa da cidadania, os quais tutelam os direitos fundamentais, entre os quais os abrangidos pela implementação de políticas públicas.

Entre eles encontram-se notadamente o *habeas data* e o direito de petição. O primeiro tem a função precípua de assegurar ao indivíduo o acesso a informações que digam respeito à sua pessoa, constantes de registros públicos ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Trata-se, portanto, de instrumento do cidadão para acesso de informação de seu próprio interesse, bem como da sua comunidade, os quais apresentem os aspectos políticos de decisões de políticas públicas.

A vinculação desse instrumento com o controle de políticas públicas é bem colocada por Campos da Silva:

*“Entendemos que o instituto guarda relação de pertinência, pois sua utilização pode implicar, por exemplo, o controle – difuso – de política pública, se dela decorrer ameaça ou lesão iminente àqueles direitos universais consagrados aos cidadãos.”*³¹

De outra banda, o direito de petição, cujo fundamento se debruça no artigo 5º da Constituição Federal, estrutura o direito do cidadão de requerer informações constantes nos órgãos dos poderes estatais que possam embasar defesa de direitos dos cidadãos.

Além desses instrumentos, pode-se utilizar o mandado de segurança, haja vista que sua previsão consta na Magna Carta. Trata-se sucintamente de uma ação civil de rito sumário, a qual tutela direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, assim de caráter subsidiário, contra grave ameaça de lesão ou de lesão a direito. O primeiro corresponde ao aspecto preventivo do mandado de segurança.

29 SILVA, 2004, p. 189-193.
30 FERREIRA FILHO, 1975, p. 40.

31 SILVA, 2004, p. 203.

José Afonso da Silva destaca que

“[...] o mandado de segurança é, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. Consta assim que pode ser questionada judicialmente a política pública, sob seu aspecto de mérito.”³²

Da mesma forma, utiliza-se o mandado de segurança coletivo, restrito diante do preenchimento dos requisitos constitucionais sistematicamente arrolados na Carta Política. Esse instrumento aborda um alargamento de legitimados ativos como substitutos processuais para a obtenção de uma tutela jurisdicional coletiva.

Nessa questão, na lição lapidar de Campos da Silva:

“[...] basta imaginarmos, a título exemplificativo, mandado de segurança coletivo impetrado contra determinada medida que atinja ou repercuta economicamente nos vencimentos de toda uma categoria sindical e que seja passível de contratação de ofensa a preceitos constitucionais de renda mínima, dentre outras incidências. Pode, também, por via reflexa, interferir na adoção de determinada política pública.”³³

O autor defende, com razão, a utilização do mandado de segurança coletivo como instrumento judicial de controle de políticas públicas.

A ação popular constitucional é um instrumento básico do cidadão, como próprio legitimado ativo, para a defesa da cidadania e para a invalidação de atos concretos dos Poderes estatais ou de contratos segundo o preenchimento dos requisitos constitucionais.

O art. 5º, LXXIII, da Carta Política determina que

“[...] qualquer cidadão é parte legítima para

³² SILVA, 2001, passim.
³³ SILVA, 2004, p. 208-209.

propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência.”

Diante dessa especificação constitucional, poderia ser questionada uma política pública, conforme Campos da Silva,

“no caso de ilegalidade ou ilegitimidade do aludido contingenciamento se, por exemplo, restasse imotivado ou, ainda, em descumprimento de comando normativo específico vinculado, por exemplo, que determinasse a aplicação, em determinado período compreendido, de X% de toda a verba alocada prevista para investimento em dada região etc.”³⁴

O mandado de injunção, por sua vez, é uma ação constitucional que combate a omissão legislativa em determinações constitucionais de direitos e deveres indispensáveis ao exercício da cidadania.

No entendimento de Campos da Silva:

“Se admitirmos a existência de um conjunto definido de políticas públicas constitucionais de caráter cogente, vinculativo e impositivo aos poderes públicos constituídos e, mais, reiterarmos a função do Supremo Tribunal Federal de guardião do Texto Maior e seu intérprete último, a resolução em perdas e danos apenas quantifica o prejuízo, mas não resolve o impasse institucional presente na perpetuação da ausência de medidas normativas adequadas tendentes à execução de uma determinada política pública. [...] ele poderia servir a um juízo de mérito e de controle de políticas públicas ou de suas ausências qualificadas. [...] teríamos ato normativo que revogaria o anterior, editado pelo Poder Judiciário.”³⁵

³⁴ Ibidem, p. 215.
³⁵ Ibidem, p. 215.

Nessa esteira, poderia haver a possibilidade de controle judicial de políticas públicas nas suas omissões qualificadas por intermédio de mandado de injunção, cuja legitimidade caberia ao cidadão em sentido amplo.

Por fim, a ação civil pública é tema intrínseco ao item do controle judicial de políticas públicas. Tal ação, de cunho constitucional, elenca legitimados ativos específicos cujo objeto pode ser a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

4.2 Controle extrajudicial de políticas públicas

Além do controle judicial de políticas públicas, neste item ponto abordar-se-ão os aspectos do controle extrajudicial dessas políticas, os quais podem ser vistos como antecedentes do controle judicial ou não, como aspecto primordial da participação da cidadania em sentido amplo. Esse controle cabe a órgãos estatais que não estão inseridos no Poder Judiciário. Significa dizer que tal controle pode ser realizado por órgãos do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Canotilho pontifica que pode haver a defesa de direitos perante autoridades administrativas independentes. Assim, no direito comparado, a Constituição portuguesa vigente faz uma referência expressa às entidades administrativas independentes (CRP, artigo 267, parágrafo 3º).³⁶

Como vaticinado de forma açodada pelo autor mencionado, o aparecimento de órgãos independentes da administração, tais como organizações não governamentais, agências independentes, organizações quase autônomas, autoridades administrativas independentes, está indissoluvelmente ligado a dois núcleos problemáticos: 1) regulação da economia e seus agentes; 2) defesa dos direitos fundamentais.

Häberle preleciona sobre os perfis da dogmática jurídica ínsita a toda relação jurídico-administrativa como relação básica de direito administrativo entre a cidadania e o Estado que

“Las relaciones jurídico-administrativas forman, por tanto, un conjunto de Derecho administrativo próximo a

³⁶ Ibidem, p. 515-517.

la ciudadanía, así como de fines similares; en ellos los fines administrativos y los derechos básicos según se entienden desde la Administración, las competencias y formas de actuación multiforme de la Administración y los derechos básicos y libertades de los ciudadanos, Forman todos ellos una unidad difusa estrechamente unida: en interes de la completud ‘desde abajo’ de todos los fines administrativistas. La ‘cosa’ administrativa aparece como ‘propria de la ciudadanía’, y viceversa, haciendo entre todos causa común bien distinta a la clásica relación Del acto administrativo tan distante. Precisamente a relación jurídico-administrativa puede superar la realidad positiva del Estado social y cultural de Derecho por parte de la ciudadanía al superar el dualismo ‘Administración-ciudadano’, donde aquélla se dedica solo a intervenir y a aportar prestaciones como forma ya periclitada del pensamiento administrativista dogmático.”³⁷

Tal relação administrativa é um instrumento normal de proximidade cada vez maior do cidadão com a administração pública, haja vista que esta viabiliza os interesses da cidadania, bem como a concretização dos direitos fundamentais.

São exemplos de controle extrajudicial o controle político, no âmbito do Poder Executivo, o controle exercido pelas comissões parlamentares de inquérito e pelos Tribunais de Contas, insertos no Poder Legislativo, bem como conselhos comunitários, no âmbito da cidadania, e, por fim, por órgãos administrativos autônomos.

O controle político pode ser definido como o poder de veto do chefe do Poder Executivo diante das respectivas Casas Legislativas. Assim, tal controle é realizado por poderes estritamente de natureza política. Nesse espectro, o controle é preventivo, haja vista ser realizado por órgãos não jurisdicionais, ocorrendo antes da entrada em vigor de um ato na concatenação do processo legislativo. No entendimento de Campos da Silva,

“[...] a Constituição é o estatuto jurídico do político. E, à exaço, isto vale para o plano das políticas

³⁷ HÄBERLE, 2002, p. 231-234.

públicas constitucionais e o exercício político jurídico que delas fazem seus destinatários constitucionais.”³⁸

Em seguida, o controle realizado no Poder Legislativo pode ser descrito como o controle das comissões parlamentares de inquérito e dos Tribunais de Contas. As comissões parlamentares de inquérito, de acordo com José Afonso da Silva,

“São organismos que desempenham e desempenham papel de grande relevância na fiscalização e no controle da Administração, mas que tiveram sua organização e suas tarefas consideravelmente tolhidas no regime da Constituição revogada. Era esta uma de suas marcas autoritárias. Foram bastante protegidas pela Constituição vigente, a ponto de receberem atribuições próprias das autoridades judiciárias.”³⁹

Tais comissões exercem controle político de natureza não judicial, embora utilizem instrumentos judiciais para a consecução de seus misteres, excluídos os poderes reservados ao Poder Judiciário, como a decretação de prisão. As conclusões dessas comissões são encaminhadas ao Ministério Público por ordenação de cunho constitucional.

Conselhos comunitários, no âmbito das comunidades, têm o condão de concretizar e ampliar a democracia, na medida em que possibilitam a participação efetiva dos cidadãos na escolha política e na execução das políticas públicas. Quando faz parte de conselhos comunitários, o cidadão pode participar tanto da formação quanto da fiscalização das políticas públicas sobre as quais tenha interesse.

José Afonso da Silva afirma que tais conselhos são “organismos públicos destinados ao assessoramento de alto nível e de orientação e até de deliberação em determinado campo de atuação governamental”.⁴⁰

Pelos motivos citados, vários conselhos já desempenham funções junto na administração pública federal. À guisa de exemplo, os Conselhos de Educação, Cultura, Monetário Nacional, Proteção ao Consumidor, Proteção aos Direitos Humanos, Direito Previdenciário, entre tantos outros que podem ser criados por lei em sentido amplo.

38 Ibidem, p. 234-235.
39 SILVA, 2001, passim.
40 Ibidem, passim.

Celso Daniel, citado por Campos da Silva, preleciona que é grande a importância dos conselhos de políticas públicas:

*“[...]o aperfeiçoamento e o fortalecimento dos conselhos é extremamente importante para a cidadania num país como o Brasil, porque eles significam uma esfera pública, que é partilhada entre o governo e a sociedade, sem ser puramente estatal. Eventualmente contam também com a participação de setores do Estado, mas que não são setores estritamente de governo. No interior deste espaço, o tema por excelência a ser tratado de acordo com o conselho considerado é o tema dos direitos da cidadania.”*⁴¹

Exemplo de conselhos de políticas públicas são os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Meio Ambiente e dos Direitos da Pessoa Humana. Além desses conselhos, pode-se pensar em conselhos deliberativos compostos por cidadãos, os quais podem participar na tomada de decisões junto a órgãos de seguridade social, notadamente no que tange a questões previdenciárias. Por derradeiro, pode-se pensar em órgãos administrativos autônomos, no Ministério Público e na Defensoria Pública. Os primeiros podem ser representados por entidades do terceiro setor, tais como organizações civis de interesse público e organizações sociais, entidades da sociedade civil, associações, fundações e ONGs. Tais entidades ganharam força com a Constituição Federal e suas subsequentes modificações por emendas constitucionais. Os segundos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, também podem atuar na defesa das políticas públicas, notadamente por serem legitimados ativos na propositura de ação civil pública. Entretanto, na atuação extrajudicial, tais instituições atuam na formação de propostas de acordo e termos de ajustamento de conduta em procedimentos administrativos.

Nesse cenário, deve-se destacar a Defensoria Pública-Geral da União em cada âmbito de atuação, pois tal entidade possui legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública na esfera judicial. Por sua vez, no âmbito extra-judicial, essa instituição tem legitimidade para a confecção de termos de ajustamento, bem como para a criação de títulos executivos extrajudiciais em âmbito nacional e internacional.

41 DANIEL, 2000.

4.3 Jurisdições

Os paradigmas atuais decorrem da sociedade da informação e das consequências jurídicas de uma de suas subdivisões: a globalização. Entre as características principais desse fenômeno estão a transnacionalidade e o transbordamento das fronteiras geográficas determinadas pela soberania, que, atualmente, é relativizada. Assim, a efetividade da cidadania para a concretização de tutelas também pode seguir o transbordamento de fronteiras, no sentido de viabilizar instrumentos e "jurisdições" segundo padrões internacionais.

No que tange às jurisdições, Nogueira preleciona que há uma nova categoria de direitos. Segundo critérios geográficos, estes podem ser locais, nacionais ou regionais (blocos comunitários), inter-regionais (entre blocos) e planetários, como novo modelo de direito internacional. O segundo critério instrumental estabelece o número de órgãos com competência para a aplicação desses ordenamentos. Por fim, o terceiro critério material dos ordenamentos diz respeito às jurisdições dessas instituições (ONU, Tribunais Comunitários, Tribunais Intercomunitários, Tribunais Internacionais Permanentes e *ad hoc*, instituições consulares, arbitragem internacional, mediação e conciliação).⁴²

Nesse cenário, entende o ilustre autor que o direito hodiernamente pode ser visto como um direito planetário, não apenas como norma pura, mas o que efetivamente sirva de instrumento para a justa convivência entre homens e mulheres no âmbito de uma vida, de uma cidade, de um Estado, de um bloco, de um megabloco e de um planeta. É o direito do terceiro milênio e dos milênios que ainda virão. Há de se concretizar a realidade desse novo direito por intermédio de uma inseminação ética.

Assim, entende ele que a democracia, nesse novo direito, no momento em que o arranjo social muda de paradigma, com a passagem do modelo positivo legalista para o Estado Democrático de Direito – paradigma da supremacia constitucional como norma aberta a todos os interlocutores sociais –, passa também a abranger o direito não só na esfera legislativa, mas também na esfera judicial.

Com isso dá-se o alargamento da cidadania e da cidade, haja vista que esta é o local onde reside o poder, onde se decide o que é e o que não é devido. Nos dias atuais,

42 NOGUEIRA, 2003, p. 220-237.

*"[...] o espaço físico e mesmo temporal, com possibilidades de extensão, em termos de liberdade de e para quase infinitas. (...) Portanto, o homem se torna inventor dele mesmo, criando técnicas de fazer e percepção de ideias e de instrumentalização de toda a sorte."*⁴³

Hoje pode haver o controle do imponderável, da saúde, da vida, do sistema econômico e financeiro... tudo isso sem descaracterizar o homem de sua condição individual. Pode-se pensar, inclusive, na opção do homem em não ser social. Por esse caminho, conclui o autor, pode-se chegar à cidade aberta, um espaço de liberdade abrangente do indivíduo e da coletividade. Nesse âmbito, quem um dia foi marginal pode tornar-se o grande herói da cidade, como provedor da realização social do homem.

O ilustre doutrinador Nogueira discorre ainda sobre os sinais da nova civilização planetária. Há um pacto civilizacional com o surgimento de um novo ser planetário na nova ordem mundial, com o direito sendo chamado para disciplinar esse novo modelo mundial segundo vários critérios, tais como os materiais ou reais, os modos monitorados, como as comunidades internacionais, e, por fim, as instâncias científicas, como a biogenética.⁴⁴

Diante desses novos paradigmas e da participação consciente, com esforços individuais ou da cidadania, pelo atendimento das suas necessidades concretas, surge uma pluralidade de jurisdições e novos instrumentos garantidores e concretizadores de direitos. Esses novos instrumentos, com características nacionais, regionais e planetárias, adotam novos formatos, segundo o autor citado. Além da Justiça tradicional de direitos antigos e modernos ampliados, de terceira e quarta dimensões, há a Justiça de reforço, relacionada a direitos humanos e liberdades públicas. Essa jurisdição é interna, internacional e global.

Nesse quadro, surgem novas cortes de justiça para novos direitos no âmbito de organismos nacionais, internacionais, comunitários, cortes às quais qualquer pessoa pode recorrer. Dessa forma, a pessoa ostenta legitimidade ativa de direito internacional.

Paralelamente ao novo direito material existe a necessidade de criação

43 Ibidem, p. 247-251.

44 Ibidem, p. 279.

de novas legislações processuais de direito internacional acoplado ao direito interno. O nobre autor entende que pode haver novos endereços jurisdicionais, novas moradas de direitos humanos, novos juízes com cultura supranacional, novos paradigmas com o uso de novas técnicas, com a politização e a humanização do processo, com a consideração das culturas locais e dos espaços juridicamente globalizados. Esse novo processo passa pela superação tecnicista e pela adoção da democracia da transparência processual e do amplo acesso.⁴⁵

No que tange ao amplo acesso à Justiça, cumpre destacar a jurisdição como produto de consumo, a qual deve ser colocada à disposição de todos como exercício de cidadania em todos os níveis.

Em remate, conclui o autor citado que os cidadãos devem procurar o juiz cujos endereços correspondem a cortes nacionais e até cortes supranacionais e tribunais internacionais, decorrente da legitimidade ativa do cidadão.⁴⁶

Nesse diapasão, despontam como interlocutores e auditores dotados de legitimidade órgãos e instituições independentes, notadamente a Defensoria Pública-Geral da União, em cada nível de atuação, como forma de arejar o sistema tradicional por intermédio da transparência de seu funcionamento e da garantia de acesso às jurisdições, tanto em nível nacional quanto global, haja vista que o cidadão transnacional pode exercer seus direitos planetários em todas as instâncias jurisdicionais globais.

Entre as diversas jurisdições que a Defensoria Pública-Geral da União brasileira pode atuar, de forma subsidiária, encontra-se principalmente a Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia, Holanda, pois neste caso a legitimidade ativa pertence a Estados ou organizações internacionais. Ademais, ela pode atuar diretamente, representando os cidadãos nacionais perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, com sede em Luxemburgo, uma vez que qualquer pessoa física possui legitimidade ativa.

Em seguida, pode-se mencionar a Corte Europeia de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, pois os indivíduos são legitimados. Há também a Corte Internacional de Direitos Humanos, cuja sede se localiza em San José da Costa Rica, pois indivíduos podem apresentar seus pleitos. Por fim, existe também a Corte Penal

45 Ibidem, p. 283-349.

46 Ibidem, p. 385.

Internacional, cuja sede está em Haia, para atuação criminal.

Em face do exposto, conclui-se que a Defensoria Pública-Geral da União brasileira pode participar de forma judicial ou extrajudicial em cada área de sua atuação como forma de arejar o sistema tradicional por intermédio de transparência de seu funcionamento e de garantia de acesso às diversas jurisdições, tanto em nível nacional quanto global, haja vista que o cidadão transnacional pode exercer seus direitos planetários em todas as instâncias jurisdicionais globais.

5 CONCLUSÃO

Sendo a Constituição o núcleo do ordenamento jurídico e o fundamento de atuação da Defensoria Pública-Geral da União, a Carta confere a tal instituição o poder e a legitimidade de atuar em seu nome quando representa e defende os necessitados, visando assim à concretização do amplo acesso à Justiça, como forma de incremento da cidadania.

O crescimento da Defensoria Pública-Geral da União depende do incremento da cidadania do povo brasileiro, notadamente do mais carente. Nesse sentido, esta instituição luta da mesma forma para a concretização de políticas públicas afirmativas de cidadania em nome da Constituição Federal, haja vista que, especialmente com a realização da cidadania, um dos objetivos desta instituição restará cumprido.

O sentido amplo do termo cidadania surge no exercício de outras prerrogativas constitucionais como consectário lógico do Estado Democrático e Social de Direito. Assim, no sentido esculpido na Constituição, cidadania é ter direitos. A concretização da democracia ocorre pela cidadania, ou seja, pela participação política nos destinos da nação.

A política pública é um programa de ação do governo. Tais ações concatenadas são dirigidas para um fim: o interesse público dos cidadãos em sentido amplo. Dessa forma, todos os atos devem estar voltados para tal finalidade, na medida em que buscam concretizar o conteúdo das normas constitucionais.

Nesse quadro, estudam-se políticas públicas afirmativas por intermédio das ações afirmativas de cidadania. Tais ações podem ser direcionadas a várias áreas específicas, tais como educação, emprego, igualdade racial, saúde, entre tantas outras.

Impende sublinhar que há uma interligação entre as ações afirmativas de políticas públicas e o direito internacional, notadamente no que tange a tratados internacionais de direitos humanos. Tais documentos internacionais servem de fundamento para proposta de tais ações, inclusive com sua exigência em âmbito transnacional.

Os instrumentos judiciais disponíveis para o controle judicial de políticas públicas estão diretamente relacionados à cidadania em sentido amplo e à concretização das tutelas jurisdicionais constitucionais realizadas pela jurisdição constitucional sob seu tríplice vértice: o controle da constitucionalidade, os *writs* constitucionais e, por fim, a jurisdição constitucional política na defesa da cidadania.

Nesse cenário, deve-se destacar a Defensoria Pública-Geral da União em cada âmbito de atuação, pois essa entidade possui legitimidade ativa para a propositura de ações judiciais individuais e coletivas. Ademais, atua em âmbito extrajudicial, notadamente na orientação, na confecção de termos de ajustamento, bem como na criação de títulos executivos extrajudiciais.

No que tange às jurisdições, há uma nova categoria de direitos. De acordo com o critério geográfico, esses direitos podem ser locais, nacionais ou regionais (blocos comunitários), inter-regionais (entre blocos) e planetários, como novo modelo de direito internacional. No segundo critério instrumental configura-se o número de órgãos com competência para a aplicação desses ordenamentos. Por fim, o terceiro critério, material, diz respeito às jurisdições dessas instituições, tais como ONU, Tribunais Comunitários, Tribunais Intercomunitários, Tribunais Internacionais Permanentes e *ad hoc*, instituições consulares, arbitragem internacional, mediação e conciliação.

Os cidadãos podem procurar um juiz com diversos endereços: cortes nacionais e supranacionais, tribunais internacionais, fundamentando sua legitimidade ativa com base na cidadania em sentido amplo global.

Nesse diapasão, despontam como interlocutores e auditores dotados de legitimidade órgãos e instituições independentes, notadamente a Defensoria Pública-Geral da União em cada nível de atuação, como forma de arejar o sistema tradicional por intermédio de transparência de seu funcionamento e de garantia de acesso às jurisdições tanto em nível nacional quanto global, haja vista que o cidadão transnacional pode exercer seus direitos planetários em todas as instâncias jurisdicionais globais.

REFERÊNCIAS

ADÃO, Jorge Manoel. **Políticas públicas de ações afirmativas, educação e aba**. Tese de doutorado. UFRS, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**. Petrópolis: Vozes, 1998.

CROSBY, F. J.; CORDOVA, D. I. **Words of Wisdom: toward an understanding of affirmative action, em sex, race and merit**. CROSBY, F. J. (Ed.) VAN DER MEER, C. University. Michigan Press, 2000.

DANIEL, Celso. **Papel dos Conselhos de Políticas Públicas**. Entrevista concedida ao Instituto Polis em 11 de junho de 2000. Disponível em: < HTTP://www.polis.org.br >.

DOMINGUES, José Maurício; SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

ESPING-ANDERSEN, Goran. **Politics against markets: the social democratic road to power**. Princeton University Press, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

FREY, Klaus. **Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil**. Rev.e ampl. do segundo capítulo da tese de doutorado. UFSC, 1997.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Joaquim Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas.** Brasília: MEC, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta.** Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **The ory deskommunikativen handelns.** v.1 e 2. Frnakfurt: Suhrkamp, 1981. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: teoria geral do processo. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo.** v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 405-406.

MELO, M. A. M. F. **Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas.** www.mpt.gov.br/noticias2/novembro2001/209-1anexo4.doc.

MENEZES, Paulo Lucena. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOGUEIRA, Alberto. **Jurisdição das liberdades públicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEDROSA, Renato H. L. **Inclusão social, cotas e autonomia universitária.** São Paulo: Folha on line, 2004.

RODRIGUES, Jorge Arthur Moojen. **Políticas públicas afirmativas e o princípio da igualdade em face do preconceito e da discriminação no Brasil.** Tese de Mestrado. Unisc, 2006.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento.** São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIQUEIRAJÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

ZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 233.

WINDHOOF-Héritier, Adrienne. **Policy-Analyse: eine Einführung.** Frankfurt am Main/New York: Campus, 1987.

WOLLMANN, Helmut. Policy-Forschung – ein Kernbereich der Politikwissenschaft. Was denn sonst? In: Hartwich, Hans-Hermann (Org.). **Policy-Forschung in der Bundesrepublik Deutschland. Ihr Selbstverständnis und ihr Verhältnis zu den Grundfragen der Politikwissenschaft Opladen: Westdeutscher Verlag, 1985.**

MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, REPÚBLICA ARGENTINA
POR LA SECRETARÍA GENERAL DE POLÍTICA INSTITUCIONAL DE LA
DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

En la República Argentina, la institución encargada de brindar, a nivel nacional, el servicio de asistencia jurídica y defensa judicial de los derechos de las personas es el Ministerio Público de la Defensa.¹

I. MARCO NORMATIVO Y CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN

Jerarquía constitucional, independencia y autonomía funcional.

La consagración del sistema de defensa pública autónomo, independiente y jerarquizado, concebido actualmente, surgió a partir de la reforma constitucional del año 1994.

Ciertamente, con el convencimiento de que tales características eran necesarias para garantizar debidamente la defensa², la incorporación del artículo 120 CN instituyó al Ministerio Público de la Nación como un órgano independiente del resto de los poderes del Estado, con autonomía funcional, autarquía financiera y bicéfalo, compuesto por dos estructuras autónomas e independientes entre sí: el Ministerio Público Fiscal, integrado por el procurador general de la Nación, como su jefe máximo, y los fiscales; y el Ministerio Público de la Defensa, compuesto por su máxima autoridad, el defensor general de la Nación, y los defensores, tutores y curadores públicos.

¹ La República Argentina tiene un sistema de organización federal donde coexisten el gobierno federal o nacional (con jurisdicción en todo el territorio de la Nación), y los locales de cada una de las 23 provincias del país y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cada uno con facultades para establecer sus propias constituciones e instituciones, con jurisdicción exclusiva sobre los territorios respectivos).

Esta división se traslada también al sistema de administración de justicia. Es decir, que, en el país, concurren el sistema de justicia nacional o federal, por un lado, y la justicia de cada una de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el otro. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sede del gobierno nacional, para los delitos comunes rige el sistema de justicia nacional.

El Ministerio Público de la Defensa de la Nación ejerce su actuación en los casos que tramitan ante la justicia federal en todo el territorio del país y en las causas de derecho común de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por ello, el presente artículo se referirá a la actuación del Ministerio Público de la Defensa a nivel federal.

² Ver palabras pronunciadas por el entonces Procurador General de la Nación, Oscar Fappiano en la Comisión de Sistemas de Control de la Convención Nacional Constituyente Argentina en: *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Centros de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación; 1995, Ed. La Ley, tomo IV, pág. 3558.*

Con anterioridad a la reforma, los defensores públicos se encontraban dentro de la estructura del Poder Judicial y dependían administrativamente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien había delegado ciertas cuestiones de superintendencia en cabeza del Procurador General de la Nación; operando esta circunstancia en desmedro de la garantía de igualdad entre las partes y del derecho a una tutela efectiva de los derechos de los justiciables.

El cambio institucional producido representó, entonces, un importante avance para el fortalecimiento de la defensa pública en tanto actor protagónico dentro del sistema de justicia para la firme protección de los derechos de sus asistidos.

Luego de la introducción del referido artículo 120 en el texto constitucional, la institución se consolida en el año 1998 en virtud de la sanción de la Ley Orgánica del Ministerio Público n° 24946, mediante la cual se organiza su funcionamiento y estructura y se asignan las atribuciones y los deberes de sus integrantes.

Además de las características constitucionales señaladas, la Ley Orgánica establece que el Ministerio Público ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura y posee una organización jerárquica.

Tanto el procurador general de la Nación como el defensor general de la Nación tienen la facultad de dictar los reglamentos que resulten necesarios para el cumplimiento de las funciones encomendadas al Ministerio Público.

En ejercicio de tales atribuciones, la Defensora General de la Nación ha establecido diferentes normas reglamentarias que rigen la actuación del Ministerio Público de la Defensa, como por ejemplo: Régimen de Licencias; Reglamento de Selección de Magistrados; Régimen disciplinario; Régimen de turnos; Reglamento del Jurado de Enjuiciamiento (dictado en forma conjunta con el Procurador General de la Nación); Estructura del Organismo; Régimen de Becas; Régimen de Pasantías; Régimen de Subrogancias; entre otras.

Autarquía financiera

Como se ha señalado, el Ministerio Público de la Defensa posee autarquía financiera. De acuerdo a ello, la institución cuenta con crédito presupuestario propio y tiene la facultad de administrar y ejecutar el presupuesto que se le asigna, de acuerdo

a las leyes y reglamentaciones vigentes.

Si bien el defensor general debe elaborar el proyecto de presupuesto de la institución, este no es vinculante para su aprobación, pudiéndose modificar sus contenidos. El presupuesto del Ministerio Público es aprobado anualmente mediante la Ley Nacional del Presupuesto.

II. ÁMBITO DE ACTUACIÓN

El Ministerio Público de la Defensa tiene actuación en todos los fueros, de acuerdo a la siguiente especificación:

Defensa penal: en materia penal, asume la defensa de toda persona imputada de un delito, siempre que no haya designado abogado particular.

El ordenamiento procesal penal vigente prevé al derecho de defensa como un derecho del imputado, quien tiene la facultad de elegir quién será el abogado que lo defienda. Si dentro de un plazo determinado no lo hiciera, el Tribunal debe designarle de oficio al defensor público que corresponda, conforme el orden de turnos establecido por el Ministerio Público de la Defensa³.

El servicio es gratuito. Sin embargo, si el imputado resulta condenado y tiene medios suficientes al momento de la sentencia, debe abonar al servicio de defensa pública – a la institución y no al defensor individual- los honorarios que se regulen judicialmente (arts. 63 y 64, Ley Orgánica del Ministerio Público).

Defensa en materia no penal: En materia no penal, el Ministerio Público de la Defensa asume la asistencia y patrocinio gratuito de las personas que deseen hacer valer sus derechos e invoquen y justifiquen pobreza.

También debe asumir la representación en juicio de quienes se encuentran ausentes en ocasión de requerirse la defensa de sus derechos (defensores de pobres y ausentes).

³ El derecho a ser asistido por un defensor se encuentra amparado en el art. 8.2.d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de jerarquía constitucional en la República Argentina), inclusive, la normativa citada contempla la posibilidad de que el inculcado pueda defenderse por sí. La autodefensa técnica por el propio imputado sólo se permite en los casos en que no se vea afectada la eficiencia de la defensa y siempre con autorización judicial.

Las funciones encomendadas a los defensores de pobres y ausentes no se limita a la mera representación en juicio sino que también se ocupan de contestar consultas y brindar asesoramiento a las personas sin medios suficientes, que lo soliciten, procurando intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos de resolución de conflictos, antes del inicio de un proceso.

Representación de menores de edad e incapaces: Asimismo, el Ministerio Público, a través de los defensores públicos de menores e incapaces, tiene a su cargo la representación promiscua de los menores de edad e incapaces, conforme lo establece el artículo 59 del Código Civil; intervienen en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentre comprometido el interés de la persona o los bienes de los menores de edad o incapaces (tanto en materia penal como no penal), emitiendo el correspondiente dictamen.

Tutela y curatela públicas: Por último, el Ministerio Público de la Defensa debe asumir funciones de tutela y curatela a través de los tutores y curadores públicos que ejercen, mediante mandato legal, la representación de la persona de los incapaces. En el caso de los curadores, también ejercen la asistencia y defensa especial, según corresponda. Tal intervención ocurre en los supuestos de ausencia del representante «natural» o de otros allegados en condiciones de asumir dicha función y por carecer de bienes de fortuna. Los tutores y curadores públicos tienen como misión la protección de los menores de edad, en el caso de los primeros, y de los adultos que tuvieren padecimiento mental incapacitante y el control de internación de menores de edad internados – en el caso de los segundos, con el objeto de asegurar la defensa y el ejercicio de sus derechos.

En todos los casos mencionados, el Ministerio Público de la Defensa interviene desde el inicio del proceso y en todas las instancias, inclusive en la etapa de la ejecución de la pena; y está legitimado, además, para actuar ante los organismos y tribunales internacionales que corresponda.

En ese marco, la Defensoría General de la Nación ha promovido denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos generando cambios trascendentes en la jurisprudencia de los tribunales nacionales relacionados con los derechos cuya protección se procuraba proteger.

III. ¿QUIÉNES BRINDAN EL SERVICIO?

La prestación del servicio de defensa pública se encuentra a cargo de defensores públicos oficiales – magistrados de la Nación – y, como coadyuvantes, se desempeñan otros integrantes del Ministerio Público de la Defensa asignados como defensores ad hoc – por tiempo determinado o por caso –, y por abogados de práctica libre cuando no se puede cubrir el servicio de otra forma.

Jerarquía. Estabilidad. Inmunidades. Retribución

Los defensores públicos ostentan el carácter de magistrados de la Nación y gozan de inmunidad funcional e intangibilidad en sus remuneraciones (en la mayoría de los casos tienen la misma jerarquía y remuneración que la de los jueces ante los cuales actúan). Poseen estabilidad en los cargos mientras no se configure alguna de las causales de remoción y pueden permanecer en sus cargos hasta los 75 años (edad en la que pueden ser designados nuevamente mediante el correspondiente acuerdo).

Designación y remoción

Los defensores públicos son designados por el Poder Ejecutivo Nacional previo concurso público de antecedentes y oposición.

Mediante el concurso, que es sustanciado en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, por un Jurado integrado por defensores públicos con jerarquía de magistrados de Cámara o superior, se selecciona una terna de candidatos de la cual el Poder Ejecutivo Nacional elige uno para su nombramiento, previo acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado (arts. 5 y 6, Ley N° 24946).

El defensor general de la Nación es designado por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, y sólo puede ser removido por las causales previstas en la Constitución Nacional y por el procedimiento de juicio político (arts. 18, Ley N° 24946 y 53 y 59, CN).

Los restantes magistrados pueden ser removidos de sus cargos por el Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público, por las causales de mal desempeño, negligencia grave o por la comisión de delitos dolosos de cualquier especie. Este Tribunal está integrado por siete miembros: tres de ellos deben cumplir con los

requisitos constitucionalmente exigidos para ser miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y son designados, uno por el Poder Ejecutivo, otro por el Senado de la Nación y otro por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; dos representantes del Ministerio Público (uno elegido por sorteo entre defensores ante la Corte o defensores con rango de magistrados de Cámara y otro elegido por sorteo entre los procuradores ante la Corte o fiscales generales); los dos restantes deben ser abogados de la matrícula federal y cumplir con los requisitos constitucionalmente exigidos para ser miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y son designados, uno por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y otro por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

IV. ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA: ESTRUCTURA E INTEGRACIÓN

Como ya se ha indicado, el Ministerio Público de la Defensa tiene una organización jerárquica y se lo ha estructurado siguiendo la organización de la justicia federal.

Está conformado por la Defensoría General de la Nación, que es el órgano de gobierno y administración del Ministerio Público de la Defensa, y a la vez es la sede de actuación del Defensor General de la Nación, máxima autoridad del organismo, y de los Defensores de la Defensoría General y de los Defensores ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de ella dependen todas las defensorías públicas nacionales y federales del país, organizadas por fuero e instancia, y las tutorías y curadurías públicas.

Defensoría General de la Nación

Tiene una estructura propia en la que se desempeñan las diferentes áreas que coadyuvan con el Defensor General para el mejor cumplimiento de sus tareas.

El Defensor General de la Nación, tiene, además de las funciones vinculadas con el gobierno, administración y financiación del Ministerio Público de la Defensa, funciones relacionadas con la actuación judicial, nacional e internacional, y de promoción de políticas de protección de los derechos humanos.

Efectivamente, el legislador le ha dado legitimación no sólo para asumir la representación de los justiciables en el caso individual que corresponda, sino que ha ido un paso adelante en materia de protección de derechos, y ha encomendado al Defensor General de la Nación las funciones de «*Realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos* » y «*Promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados*» (art. 51, inc. d) y e), Ley N° 24946).

En esa orientación, y teniendo especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se encuentran ciertos grupos, se han instado diversas acciones tendentes a la remoción de obstáculos para el acceso a la justicia de las personas especialmente desprotegidas con la misión fundamental de procurar una protección más integral de los derechos de las personas.

Entre ellas, se destaca la creación y puesta en funcionamiento de diferentes áreas de promoción y ejecución de acciones para la protección de sectores especialmente vulnerables, que operan como estructuras de apoyo a la labor de los defensores públicos, procurando garantizar el *efectivo* acceso a la justicia de quienes se encuentran más desprotegidos para hacer valer sus derechos.

En ese sentido, funcionan en el ámbito de la Defensoría General los siguientes programas y Comisiones que, en su mayoría, se encuentran a cargo de defensores públicos del organismo:

- Comisión de Cárceles
- Programa de atención a las problemáticas sociales y relaciones con la comunidad;
- Comisión de seguimiento del tratamiento institucional de niñas, niños y adolescentes;
- Comisión para la asistencia integral y protección al refugiado y peticionante de refugio;
- Comisión sobre temáticas de género;
- Comisión de seguimiento del tratamiento institucional neuropsiquiátrico;
- Programa piloto para la asistencia jurídica a mujeres privadas de libertad;

- Comisión del migrante
- Programa sobre diversidad cultural

Defensorías, Curadurías y Tutorías Públicas

• Las **defensorías públicas de la Capital Federal** están organizadas de acuerdo al fuero e instancia de los Tribunales ante los cuales se desempeñan: actúan 83 unidades funcionales que se encuentran a cargo de un defensor público cada una y poseen un plantel de funcionarios y empleados asignados para que colaboren con su titular.

• Las **defensorías públicas oficiales del interior del país** se encuentran organizadas de acuerdo a la división judicial territorial del país y a la instancia de los Tribunales ante los cuales ejercen su ministerio: son 100 unidades funcionales, cada una está a cargo de un defensor público y cuenta con un plantel de personal (funcionarios y empleados) asignado para que colabore con su titular.

• **Tutores y curadores públicos de la Capital Federal**; se desempeñan en el ámbito de la Capital Federal 2 tutorías y 13 curadurías públicas, cada una a cargo de un tutor o curador público, según sea el caso, con un plantel de personal propio.

NUEVA LEGISLACION ARGENTINA SOBRE PRISIÓN DOMICILIARIA PARA MADRES DE HIJOS MENORES DE EDAD

Virginia Sansone*

El presente trabajo versa sobre la evolución en el reconocimiento de derechos fundamentales en la legislación argentina a respecto a las modalidades de cumplimiento de la sanción penal de privación de libertad.

Específicamente analizaremos el arresto domiciliario, entendido como una modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad o como una medida cautelar durante el desarrollo del proceso penal en reemplazo de la prisión preventiva.

Este instituto deriva de la sustitución de la cárcel como lugar de privación de libertad por el domicilio. Se trata de una modalidad de ejecución de encierro – pues es detención – que se cumple en el domicilio y/o centro especializado fuera del ámbito carcelario, y no de una suspensión de la ejecución de la condena.¹

I. ACTUALIDAD LEGISLATIVA ARGENTINA

En la República Argentina se sancionó la ley 26.472², modificatoria del Código Penal y de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

Esta reforma, acertadamente, amplía las posibilidades de obtener el arresto domiciliario, de acuerdo a las circunstancias de vida por la que transiten las personas privadas de libertad y habilita a reflexionar sobre las posibilidades de modificar las formas de castigo³.

También responde al compromiso estatal de preservar los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, regulados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto

* Defensora Pública Oficial por ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal de la República

1 De la Rúa, Jorge, Código Penal Argentino, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1997, pág. 143.

2 Sancionada el diciembre de 2007, promulgada en enero de 2009.

3 Di Corletto, Julieta y Monclús, Marta “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas y madres de menores de cinco años”, en Cultura Penal, Homenaje al Profesor Edmundo Hendler, Editores del Puerto, en prensa.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Específicamente los derechos reconocidos por la ley argentina en el marco internacional se encuentran previstos en los siguientes instrumentos: Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁴, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades⁵, Convención sobre los Derechos del Niño⁶, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷.

Previo a la sanción de la ley 26.472, la legislación nacional preveía en el art. 10 del Código Penal que “...cuando la prisión no excediera de seis meses, podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honesta y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias” y el art. 33 de la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de libertad “...el condenado mayor de 70 años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, por resolución del juez de ejecución o juez competente, cuando mediare pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado...”.

El marco normativo detallado no cumplía con los estándares internacionales, más aún en relación a la privación de libertad de las mujeres con hijos de corta edad, por no encontrarse regulada especialmente. Esto obligaba a formular peticiones, para preservar los derechos de las madres como también los del grupo familiar basadas, en la interpretación amplia que debían hacer los jueces de las normas citadas.

La jurisprudencia argentina, antes de la nueva ley, ha receptado criterios que favorecían la modalidad de arresto domiciliario de mujeres embarazadas o con hijos como mecanismos de protección de derechos, desde la perspectiva de los derechos de las mujeres y de los niños.

La Cámara Nacional de Casación Penal de la República Argentina en distintos fallos ha reconocido la procedencia de arrestos domiciliarios preservando los derechos fundamentales.⁸

4 Aprobada por el gobierno de la República Argentina mediante ley 23.338,

5 Aprobada por el gobierno de la República Argentina mediante ley 26.378.

6 Incorporada a la Constitución Nacional de la República Argentina.

7 Incorporada a la Constitución Nacional de la República Argentina.

8 Cámara Nacional de Casación Penal: Sala III, Aliaga, Ana María s/recurso de casación, rta. 7/06/2006., Sala III, “Comesaña, Teresa Martina s/recurso de casación rta. 7/06/2006, Sala IV, A. A. T. s/recurso de casación, rta. 29/08/2006, Sala IV, D. E. E. s/recurso de casación, rta. 02/06/2008 entre otros fallos.

Como señalamos, afortunadamente hoy la República Argentina tiene una legislación que especialmente tipifica la posibilidad del arresto domiciliario para madres con hijos de corta edad y mujeres embarazadas.

Así la ley 24.660, complementaria del Código Penal fue modificada en sus artículos 32, 33 y 35.

Puntualmente el art. 32 de la ley 24.660 establece:

“...el juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) el interno enfermo cuando la privación de libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en establecimiento hospitalario; b) el interno que padezca una enfermedad incurable en periodo terminal; c) el interno discapacitado cuando la privación de libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) el interno mayor de setenta años; e) la mujer embarazada; f) la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo.”

En idénticos términos quedo redactado el art. 10 del Código Penal. Resulta interesante remarcar la particular manera en que el legislador ha introducido la presente reforma. Así entendemos sobreabundante la doble redacción en el mismo cuerpo normativo pues la ley 24.660 es complementaria del Código Penal.

La repetición innecesaria de las prescripciones en los diversos artículos puede calificarse como una defectuosa técnica legislativa, repárese que el art. 10 del Código Penal no se derogó sino que se modificó.

II. FUNCIONES Y FINES DE LA PENA

El tema a tratar no puede dejar de conjugarse con las funciones y fines de la pena, con la operatividad de las mismas y desde esta posición cuidar que su imposición ni se desvincule de su cometido, ni se expanda a terceros inocentes.

La pena es en efecto uno de los instrumentos característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas y su función depende de la que se le asigne al Estado.⁹

Parte la dogmática¹⁰ sostiene que la pena es una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara ni restituye y ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.

Este concepto de pena responde a un modelo negativo, porque no le asigna ninguna función positiva, esta concepción pone de manifiesto el poder punitivo en toda su dimensión.

Las teorías tradicionales de la pena en la actualidad se han desvirtuado por los permanentes cambios sociales y las nuevas políticas criminales.

Estas teorías se basaban en consideraciones empíricas que no han podido ser demostradas. La prevención y la resocialización son fines que no se han podido verificar como verdaderamente alcanzables y ello determinó que sus afirmaciones sobre situaciones y desarrollos empíricos sean metodológicamente cuestionables.¹¹

La resocialización, que dio base a la teoría de la prevención especial, ha recibido fuertes críticas sobre su legitimación ética y la verdadera posibilidad de recibir un tratamiento resocializador en el marco de los establecimientos carcelarios.¹²

Actualmente, la corriente funcionalista del Derecho Penal sostiene que la función de la pena es la prevención general positiva, es decir la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social, o sea la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales.

La pena tiene, en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas.¹³

Una de las críticas que se le han realizado a esta teoría es la negación a la ideología de la resocialización.

9 Mir Puig, Santiago “Función de la pena y teoría del delito en un estado social y democrático de derecho”, editorial Bosch, Barcelona, 1982, pág. 15.

10 Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, pag 47.

11 Bacigalupo, Enrique, “Derecho Penal - Parte General”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pag.39.

12 Bacigalupo, Enrique, ob cit. Pag. 39.

13 Jakobs, Gunther, “Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación”

Frente a ello sus partidarios afirman que la prevención general positiva no impide, aunque no exija, que en la fase de ejecución de la pena se lleve a cabo un tratamiento resocializador y que por otra parte esta teoría tiene el merito de no generar falsos optimismos en relación a las posibilidades de la ejecución de la pena privativa de la libertad y de esta manera, origina, necesariamente, una discusión sobre las alternativas reales a esta pena.¹⁴

Es en este último punto señalado donde comienza el análisis sobre el arresto domiciliario y el continuo debate sobre el progreso de la idea de un derecho penal más humano, con penas que respeten la dignidad de las personas.

En relación a la humanización de las penas, durante el último tercio del pasado siglo, se superó el anacrónico derecho del castigo y de la represión por un derecho orientado al tratamiento del condenado. Se consolidaron, así, los objetivos resocializadores y reeducadores como sustentadores de la pena de prisión.

Como se dijo, este pensamiento resocializador ha sufrido varias crisis, se generaliza la percepción de que la prisión rara vez sirve para los fines teóricamente proclamados, muy al contrario, en lugar de resocializar, indefectiblemente agrava la desocialización.¹⁵

Es la dignidad de la persona, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren.

Uno de los datos más relevantes de la cuestión es el aumento progresivo de la población carcelaria, como factor de reflexión científica y social, que obligan a repensar a la cárcel como lugar de castigo y elaborar una amplia gama de hipótesis como medidas alternativas¹⁶, entre ellas el arresto domiciliario o libertad controlada.

Roxin ya ha puesto de manifiesto como en el futuro la pena será completada por una variedad de otras reacciones a la conducta punible, muchas de ellas ya en

¹⁴ Bacigalupo, Enrique, ob. Cit. Pag. 40.

¹⁵ De La Cuesta Arzamendi, J. L., "Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992", en Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan Del Rosal, Madrid, 1993, p. 320; Muñoz Conde, F., "La prisión como problema. Resocialización versus desocialización", en Derecho penal y control social, Jerez, 1985, p. 89 y ss; Neuman, E./Irurzun, V. J., La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos, Buenos Aires, 1968, p. 223.

¹⁶ Morillas Cuevas, Lorenzo "Alternativas a la pena de prisión" en Derecho Penitenciario incidencia en las nuevas modificaciones, Cuadernos de Derecho Judicial XXII-2006, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 2007, pag.40.

vigor en distintos países, entre las que incluye el arresto domiciliario, nuevas medidas de seguridad, sanciones orientadas a la libre voluntad, como trabajos en beneficio de la comunidad y reparación civil voluntaria.¹⁷

III. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y PONDERACIÓN DE BIENES

Receptamos la reforma legislativa de manera favorable en el reconocimiento de derechos que deben ser valorados en el momento de ponderación de bienes efectuado por el Estado al determinar la modalidad de cumplimiento de ejecución de la pena privativa de libertad.

En el derecho penal se hace uso del método jurídico de ponderación de bienes para resolver conflictos de intereses¹⁸ – los casos de arresto domiciliarios son un claro ejemplo de ello.

En un estado de derecho, el interés general de la sociedad en reprimir ciertos delitos con penas privativas de libertad nunca puede prevalecer si vulnera derechos fundamentales como: los vínculos familiares, la salud, la integridad y la dignidad.

Los principios constitucionales de reserva, legalidad, proporcionalidad y humanidad de las penas operan como límites que impiden extender el ámbito punitivo más allá de lo previsto expresamente por la ley.

La ley de Ejecución de la Pena Privativa de libertad – 24.660 – de Argentina recepta en su art. 2 los principios de reserva y legalidad cuando dispone que "el condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condicen le impone".

Por ello para equilibrar la vigencia de los intereses, se han creado institutos, como el arresto domiciliario, que permiten que la sanción punitiva se cumpla de forma tal que no constituya una vulneración a los derechos aludidos. En tal sentido,

¹⁷ Roxin, Claus "El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo" en Dogmatica penal y Política Criminal, Lima, 1998, págs. 453 y ss.

¹⁸ Hassemer, Winfried "Crítica al Derecho Penal de Hoy", editorial Ad-Hoc- Buenos Aires, 1995, pág.63.

debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de la pena privativa de libertad debe, como ideal, implicar únicamente ello, privar de un derecho al sujeto condenado: el derecho a la libertad. Cuando esta privación implica un grave cercenamiento de otros derechos que se ven afectados por la privación de libertad, ésta debe ser morigerada a través de su cumplimiento domiciliario. Más aún, cuando esta privación de libertad en establecimiento carcelario afecta a sujetos distintos del condenado, como por ejemplo, los niños.¹⁹

Esto debe conjugarse con el principio de personalidad o de trascendencia mínima de la pena²⁰, a fin de evitar que la pena aplicada produzca efectos nocivos irreversibles en terceras personas, que en general suelen ser los familiares directos del privado de libertad. Específicamente los niños cuyos padres están privados de libertad sufren daños irreversibles en su desarrollo y crecimiento.

En estos supuestos la modalidad punitiva de privación de libertad en ámbito carcelario, debe ceder pues, de lo contrario no se respetaría el principio de intrascendencia y se estaría condenando a un sujeto con una pena inconstitucional.²¹

Es importante detenerse en el punto de análisis del lugar de cumplimiento de la pena, pues este es el eje del tema a tratar. El arresto domiciliario no implica la supresión de la potestad punitiva del Estado, no implica la supresión del cumplimiento de la pena, no implica la liberación de la condenada; sino simplemente el cumplimiento en un lugar distinto a la prisión.

En definitiva en los casos de arresto domiciliario no se sacrifica ningún interés público estatal de coerción personal sino que se lo adapta para conjugarlo con los derechos de protección especial que involucran a la infancia y la adolescencia.²²

La prisión se caracteriza, sobre todo, por la mínima comunicación con el mundo social externo. Una prisión es tal por la imposibilidad de franquear sus puertas. Sus muros marcan una ruptura en el espacio social.²³

Se ha demostrado que el uso del encarcelamiento para ciertas categorías de

personas involucradas en el sistema penal, tales como mujeres embarazadas o madres de bebés o niños pequeños, debe ser restrictivo y debe hacerse un esfuerzo especial para reducir su imposición a los casos de excepción.²⁴ La privación de libertad en general afecta el derecho de mantener vínculos familiares, más aun en los casos de madres y mujeres embarazadas. Numerosos estudios sociológicos han determinado que la maternidad hace que la experiencia de la cárcel sea diferente para las mujeres, afectando este encierro particularmente a los hijos.

La normativa constitucional, consagra el derecho a mantener vínculos familiares y no sufrir injerencias arbitrarias en la vida familiar²⁵, obliga a los Estados a proteger a la familia²⁶ y establece una protección especial a la maternidad²⁷, debiendo para ello incluir las medidas judiciales necesarias, como ser la concesión de los arrestos domiciliarios.

Ello por cuanto la situación de encarcelamiento en centros penitenciarios trae aparejada la desvinculación y afectación del entorno familiar, lo que provoca irreparables repercusiones y hasta la destrucción total del vínculo familiar.

Este vínculo es fundamental para el desarrollo psicosocial de los menores de edad y cualquier sustituto de la familia natural resulta, en términos generales, problemático.²⁸

La conveniencia de que los niños de corta edad se queden al cuidado de sus padres está reconocida en distintos instrumentos. En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone al respecto que los estados velarán por que el niño no sea separado de sus padres, quienes tienen la obligación de su crianza y desarrollo. Que para ello los estados prestarán la asistencia apropiada a los padres y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

En el ámbito nacional de la República Argentina, la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, conduce a

19 Marcela Rodríguez/Emilio García Mendez. Proyecto de ley. Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Secretaría Parlamentaria. Dirección de Información Parlamentaria. 4820-D-06.

20 Art. 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

21 Zaffaroni, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, pág. 955.

22 Grasso, Mariana, Solicitud de arresto domiciliario, publicada en Mujeres Privadas de Libertad, editada por Unicef y Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2009, pág. 160.

23 Messuti, Ana "El tiempo como pena", editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 35.

24 Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, La Habana. Documento ONU A/CONF 144/28, Rev. 1, Cap. C. Resolución 19.

25 Arts. 5DADDH, 12 y 16 DUDH, 11 y 17 CADH, 17 PIDCyP, y, 9, 27.2 y 27.3CDN.

26 Arts. 14 bis CN, 23 PIDCyP, 10 PIDESC, 17 CADH, 6 DADDH, 16 DUDH.

27 Arts.75, inc. 23 CN, 7 CADDH, 25.2 DUDDH, 25.2 DUDH, 10.2 PIDESC, Preámbulo y arts. 1.4.b y 5.b CEDAW.

28 Naredo Molero, María "Reclusas con hijos/as en la cárcel. La punta del iceberg de la sinrazón penitenciaria, en I. Rivera Beiras (coord.) La Cárcel en España en el fin del Milenio - a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica Penitenciaria - Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 207.

igual conclusión. Así, los artículos 7º, 35 y 37, entre otros, privilegian el fortalecimiento y preservación de los vínculos familiares.

Debe partirse de la necesidad de la preservación de las relaciones familiares, porque la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y porque es en su seno donde él debe crecer para lograr el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.²⁹

Por ello la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar al niño el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. Son los padres los que tienen responsabilidades y obligaciones en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Ella es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe protegerse³⁰, a través de la creación de políticas, programas y asistencia apropiados para que pueda asumir adecuadamente sus responsabilidades y obligaciones.

Las consecuencias de la privación de libertad de uno de los miembros de la familia repercuten en la vida cotidiana familiar y afectan a la estructura y al mundo de las relaciones intrafamiliares.

El sistema penal, en general, tiende a criminalizar a los sectores sociales que padecen una mayor exclusión económica y social. Esta posición de vulnerabilidad facilita que cuando se encarcele a alguien se produzca un proceso de destrucción familiar.

Cuando un progenitor se encuentra encarcelado, más aún cuando es la madre, el vínculo familiar suele destruirse como consecuencia de la desvinculación. Así para algunos de los hijos/as de personas encarceladas, la persona presa no es más que una desconocida a que tiene que ir a ver de vez en cuando y con la que, se supone, tiene vínculos emocionales incuestionables.³¹

Por ello el criterio orientador para garantizar a los niños la plenitud de todos sus derechos debe centrarse en la convivencia y el desarrollo familiar y comunitario.

29 Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

30 Art. 23 – pto. 1- PIDCyP, art. 1 –pto.1- CADH, y art. 16 –pto3- DUDH.

31 La cárcel en el entorno familiar. Estudio de las repercusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y necesidades. Observatorio del Sistema Penal i Els Drets Humans. Universidad de Barcelona. 2006.

En este contexto de reconocimiento de derechos, tanto para las personas condenadas como para sus familiares, en especial sus hijos; se efectuaron las consideraciones del dictamen de la Comisión de legislación penal en el proyecto de reforma de la ley 24660, en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en la 22ª. Reunión, 14ª. Sesión Ordinaria, del 7/11/2007 la diputada por la provincia de Buenos Aires Marcela Virginia Rodríguez sostuvo: que la prisión domiciliaria es para aquellas personas que no tienen la posibilidad de recibir el tratamiento adecuado a causa de enfermedades, incluyendo las terminales, estén embarazadas, tengan a su cargo niños de cinco años o personas con algún tipo de discapacidad. Esto no significa eliminar un reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen; lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados o procesados. Menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

En la misma discusión parlamentaria otros diputados³² han sostenido que es justificado atenuar determinadas medidas coercitivas en función de otros derechos constitucionales, en el caso particular de las mujeres embarazadas y de los niños.

Se debe interpretar que el mantenimiento del vínculo familiar, en especial el filial, constituye un bien jurídico de primer orden, analizado desde la vigencia de los derechos de los niños a crecer con sus padres. Por ello cuando deba ponderarse el bien jurídico señalado con la potestad punitiva estatal deberá de buscarse una opción alternativa a la tradicional pena de prisión en ámbito carcelario.

En esta línea, las respuestas deben pensarse en el campo de la alternabilidad a la pena carcelaria³³, mediante la adopción de medidas que en algunos casos implicarán reformas legales y reglamentarias y, en otros, la concesión más generosa de beneficios penitenciarios.³⁴

La saturación actual de nuestras cárceles obliga a racionalizar el recurso de la pena de prisión, fuera de los avatares mediáticos, sin demagogia y con honestidad. Debemos internalizar que la prisión ya no es la única respuesta penológica a la delincuencia.

32 Diputada Alicia Marcela Comelli, representante del Movimiento Popular Neuquino.

33 Di Corletto, Julieta y Monclus, Marta, ob.cit, cita nro. 20.

34 A partir de 1988 en España, se creó un modelo alternativo mediante el cual las madres con sus niños eran sacadas del entorno carcelario y alojadas en centros asistenciales estatales, como consecuencia de la denuncia efectuada por el Defensor del Pueblo español.

IV. COMENTARIOS RESPECTOS DE LA NUEVA LEY

La ley 26.472 específicamente en lo que respecta a la concesión del arresto a las madres con hijos menores, solo establece que debe probarse la relación filial.

El legislador no ha establecido la procedencia de requisitos ni ha tipificado causales de negación, ni parámetros de valoración, salvo la edad de los hijos – menos de cinco años.

Sin perjuicio que el legislador delegó la facultad de la concesión a los jueces³⁵, entendemos que la jurisdicción se encuentra obligada a resolver de manera favorable, salvo que se verifiquen situaciones especiales que impidan el contacto de la madre con su hijo y/o causas gravísimas por las cuales los padres se quedan privados de la patria potestad.³⁶

La ley hace referencia a la posibilidad de que la madre sea la que obtenga el arresto domiciliario, sin contemplar el supuesto del padre que se encuentre a cargo de hijos menores.

Esta limitación legislativa, que surge de la casuística de la regulación de la nueva ley, debe ser abordada por los jueces mediante la interpretación armónica con el resto del ordenamiento jurídico que contemple la especial protección a los niños y a la familia, en caso de tratarse de un padre.³⁷

Acreditados los extremos establecido por la ley, debe concederse el arresto domiciliario, bajo la regla general que el contacto de los niños con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para su desarrollo y que por ello se procura mantenerlos unidos.

Este principio general obliga a cuestionar la limitación legislativa en cuanto

³⁵ En la redacción de la ley 26.472 se utiliza el término “podrá” el juez disponer o conceder a su criterio... Fue motivo de debate parlamentario la decisión de si el arresto domiciliario se lo legislativa como una facultad del juez o como una disposición de cumplimiento de pena en todos los casos previsto por la ley. Lo cierto es que confrontadas ambas posturas, la última debió ceder para lograr así finalmente el consenso y la votación de la ley. Cfr. H. Cámara de Diputados de la Nación versión taquigráfica provisoria, 22a. Reunión -14a. Sesión ordinaria 07/11/2007, en especial intervenciones del diputado Federico Pinedo y la diputada Marcela Rodríguez.

³⁶ Art. 307 del Código Civil. “El padre o madre quedan privados de la patria potestad: 1° por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso, contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo. 2° Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero. 3° Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.

³⁷ Di Corletto, Julieta y Monclus, Marta, ob.cit.

a la edad de los hijos menores – cinco años. La delimitación de la edad genera dos planteos que deben resolverse a la luz de las disposiciones de mayor rango normativo.

El primero de ellos es la imposibilidad de gozar del beneficio en los supuestos de madres de niños mayores de cinco años, pero aún en plena etapa de crecimiento y la segunda es la posibilidad del cese del beneficio en el momento que el hijo cumple los cinco años.³⁸

Esto obliga a que los jueces deban analizar y aplicar las leyes en los casos concretos sometidos a su conocimiento, bajo las directrices supra-constitucionales en primer orden y sucesivamente las normas inferiores y cuando alguna de ellas, como es el caso de esta limitación legislativa, entren en conflicto deben tomarse en consideración los estándares de derechos humanos superiores.

Las consecuencias del encierro carcelario en las mujeres y en sus hijos deben ser especialmente consideradas por los tribunales en forma previa a disponer cualquier medida privativa de libertad.³⁹

Sin perjuicio de ello, en la actualidad existe un número elevado de mujeres encarceladas, tanto procesadas como condenadas, madres de niños pequeños. No es usual en el momento en el cual los jueces dictan sentencia que consideren los intereses de esos niños al decidir la modalidad de cumplimiento de la condena de sus madres. Generalmente esas mujeres hasta que se les resuelve el trámite de la incidencia de arresto domiciliario pasan años en prisión.

Interpretamos que la nueva legislación al no establecer requisitos específicos para la concesión, salvo los cinco años, tiende a equilibrar la vigencia de derechos y así lograr que esas madres puedan cumplir su pena en la modalidad de arresto domiciliario.

Sin embargo, la actual práctica judicial ha generado obstáculos inexistente en la ley para la concesión del beneficio.

Previo a la sanción de la nueva ley una Sala de la Cámara Nacional de

³⁸ Acertadamente el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires – ley 1472 - en su art. 32 sobre arresto domiciliario dispuso: la sanción de arresto domiciliario puede cumplirse en el domicilio del contraventor a cuando se trate de: 1- mujer en estado de gravidez o lactancia o personas que tengan hijos menores de dieciocho años (18) años a su exclusivo cargo.

³⁹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes enviados por los estados partes en virtud del art. 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Tailandia, CRC/THA/CO/2, 17/3/2006, parr. 47 y 48.

Casación Penal de la Nación⁴⁰, resolvió que la intervención del Defensor Público de Menores e Incapaces resulta ineludible en los tramites de arresto domiciliario, por ser el órgano que debe alegar objetivamente y no condicionado por ningún interés sobre el interés superior del niño.

Luego de sancionada la ley, el Ministerio Público Fiscal de Ejecución Penal dictamina en términos coincidente con lo sostenido por la Casación Penal por lo que requiere como medida previa a la resolución del arresto la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces a fin de que alegue sobre el interés superior del menor.⁴¹

A nuestro entender requerir en la etapa de ejecución de la condena, específicamente en el momento de resolver la concesión de un arresto domiciliario a una madre, la realización de un dictamen del Defensor de Menores e Incapaces a fin de que se expida sobre la conveniencia o no de revincular al niño con su madre, constituye un obstáculo a la vigencia de los derechos enunciados y una vulneración al principio de legalidad por requerir algo que la propia ley no pide.

La regla general establece que siempre es mejor que los niños, en especial los pequeños, estén con sus madres y la legislación es consecuente con ello, presumir en contrario es vulnerar el sentido de la ley.

Por otro parte argumentar en esta instancia a favor del interés superior del niño, por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, es una falacia pues no es usual que los Tribunales ni los acusadores al momento de dictar sentencia supediten la imposición de la pena a los resultados del mentado dictamen.

Las excepciones a la regla general deben quedar al margen de la concesión del arresto domiciliario, por ello se descarta que se conceda el beneficio en los supuestos en los cuales los padres han perdido el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos que ha perjudicado a sus propios hijos.

Salvo estos supuestos la regla general debe ser operativa para la modalidad del cumplimiento de la pena en arresto domiciliario.

Lamentablemente en la República Argentina existen unidades

40 Sala IV, causa 9764 "Moro, Beatriz s/recurso de casación" rta. 17 de noviembre de 2008.

41 Legajos nro. 106.332 del registro del Juzgado de Ejecución Penal nro. 1; legajo 103.197 del registro del Juzgado de Ejecución Penal nro. 3, entre otros.

penitenciarias⁴² que alojan a madres con sus hijos menores de cuatro años y mujeres embarazadas.

Consideramos que no es admisible el encierro de los niños en prisión y que la reforma legislativa a corto plazo posibilitará que estas madres que se encuentran encarceladas con sus hijos puedan cumplir su condena en arresto domiciliario.

Sin perjuicio de lo dicho, nuestro ordenamiento jurídico ha avalado el permiso para que las mujeres condenadas a penas privativas de la libertad mantengan consigo a los niños menores de cuatro años prisionizados.

Puntualmente la ley 26.061⁴³ en su art. 17, prevé que la mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo y el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario, facilitándose la comunicación con su familia a efectos de propiciar su integración a ella.

Coincidentemente la ley 24.660⁴⁴ - arts. 193 al 196 - autoriza la permanencia de los niños en prisión hasta los cuatro años, y establece un régimen especial para la madre interna en relación a la obligación trabajar y a las correcciones disciplinarias.

Estas normativas y la permanencia de los niños en prisión vulneran las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás legislación tanto internacional como nacional a fin.

Concluimos que la reforma legislativa tratada debe ser aplicada como una herramienta para asegurar los derechos analizados. No debe desvirtuarse la modalidad de cumplimiento de pena fuera de prisión alegando que ello implica la desvirtuación del sistema penal.

Por ello en el marco normativo tratado pueden conjugarse los derechos y garantías vigentes y el ejercicio de la facultad punitiva estatal. La ponderación de interés debe primar siempre como método jurídico en el momento de definir la modalidad de ejecución de una pena.

42 Centro de detención de mujeres "Nuestra Señora del Rosario de San Nicolás" – Unidad 31 del SPF – ubicada en la localidad de Ezeiza, de la provincia de Buenos Aires, Instituto Correccional de Mujeres de Santa Rosa "Nuestra Señora del Carmen" – Unidad 13 del SPF – ubicado en la provincia de La Pampa, Cárcel Federal de Jujuy – Unidad 22 del SPF – ubicada en la provincia de Jujuy.

43 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

44 Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

**EL MINISTERIO DE LA DEFENSA
PÚBLICA DE LA REPÚBLICA DEL
PARAGUAY**

SINOPSIS

*Dr. J. Marcelo Torres Bóveda
Defensor del Fuero Penal de Caacupé
Departamento de Cordillera, Paraguay*

El Ministerio de la Defensa Pública de la República del Paraguay:

Introducción. Antecedentes Históricos del M. D. P. en Paraguay. Antecedentes Nacionales Inmediatos de la Defensoría Pública. Base Constitucional de la Defensa Pública. Normativas legales relativas a la Defensa dispersas en el ordenamiento jurídico. El M. D. P. en la legislación comparada. El Ministerio Público Fiscal del Paraguay. Ausencia de Normativa jurídica que regule el accionar orgánico de la Defensoría Pública. Estructura Actual del M.D.P. Falencias actuales. Necesidad de la Ley Orgánica. Hacia un modelo de Defensoría Pública como Órgano Extra Poder. Conclusiones.

Anexo: Un modelo de ley Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública de la República de Paraguay.

Introducción: En 1989, el Paraguay, no solo experimentó cambios a nivel político-social, sino que además, necesariamente cambios en el ámbito jurídico nacional e internacional, es así que se integra en ese año a la Convención Internacional de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Esto generó consecuentemente cambios profundos en la legislación nacional; comenzando con la Constitución vigente de 1992; leyes penales de fondo y forma; y otros que hacen al sistema jurídico estatal, tales como la ley Orgánica del Ministerio Público.

La Constitución actual esta diseñada sobre el “Estado de Derecho”, como piedra angular sobre la que reposa. Así expresa en su art. 1° la C. N: La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en estado social de derecho., cuya característica es que toma a la persona como centro, basado en

la igualdad de oportunidades, garantizador del principio de la dignidad humana. Por lo que necesariamente siendo nuestro sistema constitucional celoso protector de los derechos humanos se preocupa e interesa en la vigencia real del estado de derecho instituyendo a la defensa pública como medio de asegurar su efectividad. Así, tomando como ejemplo a la defensa penal – *considerando que el derecho penal es la máxima expresión del poder punitivo estatal* – se impone el sistema acusatorio estableciendo al Ministerio Público como titular de la acción pública estatal.

El sistema acusatorio implica que existe un órgano encargado de acusar, quien asume la carga de la prueba; por lo que el órgano juzgador se limita a juzgar en los casos que llegan a su jurisdicción; por otro lado en igual posición se encuentra la defensa de quien es acusado favorecido con el principio de inocencia que consiste en que por imperio constitucional tiene derecho a que se presuma su inocencia en todo momento y esta solo cede ante las pruebas. Las tres partes se hallan en posiciones iguales y equidistantes, como en un triángulo equilátero.

Lo expresado más arriba, todavía es una tarea pendiente en el ordenamiento jurídico, efectivamente, existe una ley Orgánica del Ministerio Público que genera la fortaleza y afianzamiento necesario como institución para el logro de sus fines; además la estructura judicial (jueces), también se halla fortalecida; no así la Defensoría pública, quien sigue debilitada e imposibilitada, en muchos casos, para afrontar los desafíos que requieren la defensa de los derechos en un **Estado Social de Derecho**¹.

¿Cual es la necesidad de contar con una ley orgánica en el Ministerio de la defensa Pública, y en su caso que se lograría con ella? ¿Cómo afecta el sistema actual, al Estado de Derecho? La respuesta a tales interrogantes es sencilla y resulta fácil englobarlas en la idea siguiente: para que el sistema acusatorio funcione, la Defensa Pública precisa igualmente una ley orgánica que la fortalezca como Institución para el

¹ El Estado de Derecho es la sociedad estatal fundada en los presupuestos organizativos de la legalidad, la división de los poderes, y el reconocimiento de los derechos individuales, y sus fines apuntan a la dignidad humana, al libre desarrollo de los individuos, a la igualdad formal de las personas, a la defensa de los derechos individuales y evitar toda forma de absolutismo y totalitarismo. En un Estado Social de Derecho, el Estado deja de ser formal, neutral e individualista, para transformarse en un Estado material de Derecho, en cuanto adopta en su dogmática la intención de realizar la justicia social, en donde el calificativo social refiere una corrección del individualismo clásico liberal por la afirmación de los derechos sociales y la realización de la justicia social. Los rasgos distintivos del Estado Social de Derecho pueden resumirse en lo siguiente: La Ley como expresión de la voluntad general; separación de poderes; legalidad de la administración; derechos y libertades fundamentales; derechos sociales y económicos. El Estado busca materializar el principio de la dignidad humana; el Estado social pretende desarrollar el valor de la igualdad, no solo formal sino en sentido positivo y real; procura un mínimo existencial para las personas y la igualdad de oportunidades; el Estado se constituye en un Agente económico comprometido en la remoción de los obstáculos que impiden el desarrollo y la dignidad de la persona humana. (Ramírez Candia, Manuel Dejesus: “Derecho Constitucional Paraguayo; pag. 240 y sgte.).

logro de sus fines; pues es imprescindible que la Defensa esté a la altura de la Fiscalía y por tanto se hace necesaria una defensa fuerte con posibilidades de investigar y garantizar efectivamente el ejercicio del derecho a la defensa de las personas en juicio. Solo así, el Defensor ejercerá eficazmente su rol preponderante de vigilante de la legalidad, siendo intolerante con los vicios del sistema, las pruebas ilícitas, y las detenciones por sospechas. Y por sobre todo un Agente protagonista con autonomía suficiente, involucrado con la justicia, un ferviente defensor del Estado de Derecho, y un luchador acérrimo del sistema garantista. Con esto se lograría que la comunidad internacional ubique al Paraguay como un país comprometido con el respeto de los derechos humanos y cumplidor de sus obligaciones internacionales a nivel nacional, asumidas a través de los Tratados y Acuerdos Internacionales en la materia y asimismo evitaría el desprestigio internacional que conlleva muchas veces a sanciones pecuniarias en caso de incumplimiento; ya impuesto en algunos casos, por citar el caso del Panchito López².

Nunca se ha abordado en el país este tema; empero las Defensorías Públicas de las Américas, lo están implementado en forma paulatina, esto debido a un largo debate que se ha generado en los congresos y seminarios, de cuyo resultado se ha concluido que el único modelo de Defensoría que puede ofrecer un servicio eficiente es aquella que se presenta con total independencia de cualquier poder. Estos estudios son fuentes de investigación de mucha trascendencia para el modelo que pretendemos sea implementado en nuestro país, lo cual hace posible utilizarlos e insertarlos conforme a nuestra realidad nacional.

Durante los años que nos cupo ejercer la Defensoría Pública, hemos tropezado con numerosos inconvenientes para el ejercicio efectivo la defensa. Investigamos cuales eran las causas provocadoras y concluimos que la “desigualdad de armas” entre acusación y defensa; así como la dependencia de un poder del Estado (Poder Judicial en nuestro caso), eran los responsables de esas percances. Consecuentemente creimos que la única vía válida para salvaguardar la vigencia del Estado de Derecho, a través del ordenamiento jurídico, es un cambio estructural de la Defensoría Pública; fortaleciéndola con una ley orgánica; que otorgue al Ministerio de la Defensa Pública la independencia suficiente; que garantice la autonomía administrativa, funcional; y su autarquía financiera; para el ejercicio

² Panchito López: Unidad Penitenciaria para menores, clausurada a raíz de un amotinamiento por reivindicaciones, relacionadas a buenos tratos, alimentación, y otros. El incidente terminó con una decena de menores lesionados y otros tantos muertos.

eficaz de las funciones constitucionales y legales que le compete y a la vez asegure el cumplimiento del compromiso asumido con la comunidad internacional en materia de Derechos Humanos.

Siempre se ha presentado como un obstáculo, el acceso a la justicia de cierto sector de la sociedad, en particular la clase más desposeída; contratar un abogado importa una erogación económica que muchas veces esta lejos de su alcance, lógicamente esto acarrea una incidencia social negativa; y la estructura actual del Ministerio de la Defensa Pública, no satisface esa demanda tan grande de la sociedad, justamente por el inconveniente que acarrea su dependencia directa de la Corte Suprema de Justicia; por ello una reforma como la que se plantea daría la solución a la problemática señalada, beneficiando de esa manera al sector mas desprotegido de la sociedad – la clase baja – que en países como el nuestro representa la mayoría poblacional que recurre al sector justicia, impactando socialmente la insatisfacción del servicio que brinda el Estado en el área jurisdiccional.

Los aspectos fundamentales, dentro de los cuales se delimita el problema planteado comprende: La dependencia económica; que abarca la falta de recursos para la investigación, en materia criminal; en materia de niñez; así como la falta de recursos humanos; y la necesidad de dotar a los operadores del sistema de la Defensa Pública de medios suficientes para el ejercicio de sus funciones. Además la dependencia administrativa; que comprende el manejo del personal de la Defensoría; la dependencia técnica; maltratos de los jueces y fiscales, que muchas veces es el producto del debilitamiento institucional, lo cual desemboca en la dificultad para el buen ejercicio de la defensa en casos en que haya que demandar al estado en materia de Derechos Humanos y Niñez; y por ultimo un estudio comparado de las Defensorías de las Américas y el MERCOSUR.

Antecedentes Históricos de la Defensoría Pública: Como antecedente remoto de la Defensoría Pública se puede sostener a la figura del *Ombudsman*, el Defensor del Pueblo, dentro de un proceso de transformación que ha sufrido durante su devenir en la historia, tomando diferentes caminos; uno hacia la esfera parlamentaria y el otro hacia la jurisdiccional. El modelo de Defensoría Pública de Costa Rica se ha mantenido dentro de la esfera del Parlamento (Poder Legislativo), pero con funciones jurisdiccionales, como lo vamos a ver en el capítulo dedicado a la legislación comparada. Sin embargo otros pertenecen a la esfera del Poder Judicial, como es el caso de la Defensoría Pública de Paraguay, como lo veremos a continuación:

En efecto; El Ministerio de la Defensa Pública se origina en el Paraguay, como un organismo dependiente del Poder Judicial, por ley N° 325 del 23 de setiembre de 1918 – Ley Orgánica de los tribunales. Esta ley organizaba el sistema de justicia de la siguiente forma: un Tribunal Superior de Justicia, la que sería actualmente la Corte Suprema de Justicia; y otros Tribunales, tales como los de Apelación; de Primera Instancia; Jueces Árbitros y Arbitradores; los Jueces de Instrucción y los Jueces de Paz. Todo esto sucedía bajo el manto protector de la Constitución de 1870.

La Constitución de 1870, es la expresión inequívoca del liberalismo, según lo afirma Justo Prieto al analizar el manifiesto de la referida carta magna, de la cual podemos extraer los siguientes puntos: “...a) Estamos en una nueva era en que se presenta bajo la égida de los derechos del hombre y cotejada de todos los principios liberales que son patrimonio de las naciones más cultas; b) Se debe reaccionar contra los errores principales del pasado, caracterizado por el cierre de los puertos de inmigración; la anulación del comercio exterior; la destrucción de la familia; la creación de un sistema de espionaje, la delación y el tormento; la relajación de la justicia y la religión; el afianzamiento de la esclavitud...”. Como consecuencia de ello la nueva Carta Magna garantizaba lo siguiente: la libertad, la propiedad y la seguridad de los habitantes; el hogar doméstico se constituye en un lugar sagrado; la expropiación deberá hacerse previa indemnización; no habrá privilegios personales, salvo los ligados a los cargos por utilidad pública; obligación de contribuir proporcionalmente; obligación de las autoridades de dar cuenta de la recaudación; irretroactividad de la ley; irrestrictividad de las actividades privadas; orden escrita de la autoridad competente para la prisión y condena; no transmisión de la pena de la persona del delincuente; inviolabilidad de la correspondencia; derecho a petición; obligación del servicio militar; tolerancia de las creencias religiosas.

Aparece por primera vez los principios fundamentales del Estado Paraguayo, tales como los principios “republicano”, de “independencia”, el “unitarismo” y el gobierno “democrático y representativo”; estos novísimos principios se irían repitiendo en las constituciones venideras; y de esa manera ha formado parte del constitucionalismo paraguayo. Además se establece la religión católica, como la oficial; la libre navegación de los ríos interiores de la nación; la obligatoriedad de la enseñanza primaria y la proscripción de la dictadura; la defensa de la ley fundamental a través del Estado de Sitio; la responsabilidad de los funcionarios públicos y la supremacía constitucional.

Entre los derechos y garantías podemos citar: en los derechos civiles: los derechos a petionar a las autoridades, derecho de prensa; entre los económicos, la de navegar, comerciar, trabajar, ejercer la industria lícita y a la propiedad de carácter inviolable. Los derechos procesales como el juicio previo, garantía de la legalidad penal, a no ser obligado a declarar contra si mismo, a la presunción de inocencia, a la detención sólo en virtud de orden escrita de autoridad competente y a la limitación temporal de la detención sin comunicación a la autoridad competente, la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados, la irretroactividad de la ley; el principio de la libertad jurídica, la legalidad de la detención, habilitándose a las autoridades competentes y a todas las personas, en caso de flagrancia, para la detención de las personas, la proscripción de la esclavitud, la garantía de la igualdad ante la ley, la prohibición de la confiscación de bienes y la pena de muerte por motivos políticos.

Empero todos estos novísimos institutos constituían simples expresiones literarias, a falta de técnicos especialistas que puedan darle la virtualidad requerida; se precisaba de abogados entendidos en la materia para que esas bellas palabras insertas en la Constitución de 1870 pueda cobrar vida y los reconstructores de la patria lo sabían. Además, hay que recordar que antes de la Guerra (Guerra contra la triple alianza: Brasil, Argentina y Uruguay), instituciones como el Real Colegio Seminario de San Carlos, fueron las que albergaron a jóvenes y dieron al Paraguay intelectualidades como el mismo José Gaspar Rodríguez de Francia, quien egresó de sus aulas y bajo cuya responsabilidad estaba la consolidación de la incipiente nación paraguaya.

Luego de la desocupación del país – pos guerra – por parte del ejército de la coalición de Argentina, Brasil y Uruguay; quedó en los sobrevivientes del Paraguay, a más de desolación, la responsabilidad de reconstruir el país. Concuraron en esa gran tarea, principalmente, exiliados, miembros de la diplomacia paraguaya que vivieron en el extranjero durante la guerra y egresados de instituciones de Educación Superior europeas. A casi siete años después de terminada la contienda bélica se creó una institución de educación secundaria, el Colegio Nacional, el 4 de enero de 1877, y doce años más tarde, la Universidad Nacional de Asunción, con la Ley de Reforma Educativa, el 24 de septiembre de 1889, con cuatro facultades, entre ellas, por citar algunas, la de Derecho y la de Matemáticas.

El concurso de la Universidad Nacional de Asunción para la formación de profesionales fue uno de los pilares para la reconstrucción del país, si bien algunos

estudiantes también realizaban sus estudios superiores, como en décadas anteriores, en las universidades europeas.

Todos estos nuevos institutos, recientemente creados, requerían para su eficacia, en particular lo relacionado a cuestiones de índole procesal, de operadores judiciales con una preparación profesionalizada; la Ley de Enjuiciamiento Civil y Comercial de fecha 21 de noviembre de 1883 – arts. 744,745 – contemplaba, por ejemplo, que toda persona de reconocida honorabilidad y competencia podía ejercer la defensa de las causas ante los Tribunales de la República; exigiendo además la inscripción en el libro de matrículas que para el efecto llevará el Secretario del Superior Tribunal (actual Corte Suprema de Justicia). Como se podrá notar, para el ejercicio de la Defensa en juicio no se requería Título de Abogado; lógicamente en ese periodo de la historia nacional, pos-guerra contra la triple alianza, con una población casi aniquilada, era poco probable encontrar un abogado que pudiera defender, con el tecnicismo requerido, los derechos de los justiciables. Pasarían más de treinta años para que esto cambie; es así que con la vigencia del L. O. T. en 1918, estas dos disposiciones legales quedaron modificadas por imperio de los arts. 132 y 133. Aparece la asistencia letrada como un derecho de la persona que comparece ante los Tribunales y Juzgados, a fin de que este – el abogado – ejercite en juicio sus acciones y lo defienda. Lógicamente esto ya fue, como consecuencia de los abogados que empezaron a formarse a partir de 1889 en la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

En ese sentido, la L. O. T., en el Título IV contemplaba: “Del Ministerio de la Defensa Pública”; Capítulo I: “De los Defensores de Pobres y Ausentes y de Reos Pobres”; ejercido, conforme se desprende del art. 53 de la siguiente forma: “El Ministerio de la Defensa Pública será desempeñado ante los Juzgados y Tribunales por los Defensores de Pobres y Ausentes, los Defensores de Reos Pobres y el Defensor General de Menores”.

El origen de la Defensoría Pública, en ese periodo de tiempo, es consecuencia de los principios consagrados en la Constitución de la época, (arts. 20 y 21) tales como: “los principios de juicio previo fundado en ley anterior”; “del arresto por orden escrita”; “de la inocencia presunta”; “la inviolabilidad de la defensa en juicio”, “la inviolabilidad del domicilio” y “la abolición de los tomentos y azotes”. Todos estos principios requerían, para su efectividad, la creación no solo de Tribunales y Juzgados que entenderán las cuestiones litigiosas que caen dentro

de su competencia; sino que además de operadores judiciales quienes exigirán su debido cumplimiento.

Concomitantemente la Defensoría Pública desde entonces se erigió en uno de los órganos del Poder Judicial, cuya función era la de vigilar el fiel cumplimiento de estos novísimos principios consagrados en la Carta Magna reseñada.

Posterior a ello se sanciona el Código de Organización Judicial – Ley N° 879/81 – que deroga a la Ley Orgánica de Tribunales N° 325/18. Esta nueva ley – vigente en la actualidad – regula en el Título V: De los auxiliares de la Justicia, en su Capítulo I titulado: Del Ministerio de la Defensa Pública, refiriéndose al mismo en el artículo 70, cuyo texto original decía: “El Ministerio de la Defensa Pública será desempeñado ante los juzgados y Tribunales por los Defensores de Pobres y Ausentes, por los Abogados del Trabajo, por los Defensores de Pobres en el Fuero Penal y el Ministerio Pupilar”.

Posteriormente, el artículo transcrito fue modificado por la Ley 963/82 según el cual: El Ministerio de la Defensa Pública estaba desempeñado por los Defensores y procuradores de Pobres, ausentes e incapaces mayores de edad, los Abogados del Trabajo, los Defensores de Pobres en el Fuero Penal y los auxiliares de la Justicia de Menores, previstos en los incs. a) y b) del Art. 235 de la Ley 903/81, el Ministerio Pupilar. Subsiguientemente y hasta el artículo 86 de la citada ley esta regulada las funciones de los Defensores Públicos que son complementadas por una serie de Acordadas. Precisamente, por la Acordada N° 85/98 - que reglamenta y aprueba las funciones de los Miembros del Ministerio de la Defensa Pública – Defensor General y defensores Adjunto) – la estructura del Ministerio de la Defensa Pública ha sido modificada sustancialmente, pues conforme a la Ley 1.227/97, que aprobó los programas del Presupuesto General de Gastos de la Nación para el ejercicio Fiscal del año 1.998, se crearon las figuras del Defensor General y dos Defensores Adjuntos, cargos que no existían ni en el Código de Organización Judicial ni en su modificatoria.

Desde ese entonces y hasta nuestros días, el Ministerio de la defensa Pública del Paraguay, se ha constituido en la hija menor y descuidada del Poder judicial, quien siempre se ha preocupado más por mantener las formas, pero carente de realismo frente a sociedades fuertemente estratificadas. En estas condiciones el Estado de Derecho siempre ha sufrido los embates devastadores del estado de policía que siempre está al acecho aprovechando cualquier tipo de oportunidad para debilitarlo.

Base Constitucional de la Defensa Pública: Por más cuidada que sea la búsqueda, en el texto constitucional, no se encontrara ninguna alusión específica al Ministerio de la Defensa Pública, lo cual no quiere decir que, conforme a la filosofía que lo inspira y a los valores principistas que proclama en varios de sus pasajes normativos, la institución esté desprovista de rango constitucional. En efecto, desde el preámbulo, el Ministerio de la Defensa Pública encuentra sólida y patente raíz constitucional.

A partir del momento en que por voluntad soberana y responsable del órgano constituyente, se adopta el Estado Social de Derecho, moldeado en el Art. 1° de la Carta Magna, lo que el Constituyente pretendió fue garantizar a la sociedad en general y al individuo en particular el equilibrio entre los derechos y garantías sociales e individuales. De ahí que sin temor a equívocos, se puede afirmar que la Constitución paraguaya se incorporó concretamente a la corriente del Constitucionalismo Social, en el cual se asigna al Estado una función protectora de los sectores marginales de la sociedad con la responsabilidad social de dispensar servicios fundamentales a grupos carenciados o económicamente débiles.

Es decir que por definición del Estado Social de Derecho, el Estado Paraguayo asume la insoslayable obligación de proveer prestaciones básicas para la satisfacción de unas condiciones mínimas de vida digna, mediante la garantía y realización de derecho de rango constitucional. Las bases señaladas operativizan el concepto de Estado Social de Derecho y fundamentan la necesidad de la creación legislativa de la institución llamada a hacer realidad tales postulados.

Absolutamente consecuente con la forma de Estado adoptado, la Constitución Nacional reconoce, a quienes están sometidos a su imperio, otros derechos que, potencialmente, subyacen en la égida del Ministerio de la Defensa Pública. Así ocurre con el Art. 16 - *De la defensa en juicio*: “*La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable...*”. *Dispositivo constitucional que encuentra inmediato correlato con el Art. 17* que, como uno de los derechos procesales establece que el Estado proveerá de asistencia legal adecuada al justiciable que lo necesite al disponer: “*En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:....5) que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección; 6) Que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo....*”

El derecho constitucional a la Defensa, a su vez, se halla estrecha e inescindiblemente vinculado con el principio constitucional de la IGUALDAD consagrado en el Artículo 46 que dispone: “*Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios*”.

El postulado constitucional transcrito encuentra armónica complementación con el art. Artículo 47, que bajo el epígrafe: *De las garantías de la igualdad*, expresa: “*El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2) la igualdad ante las leyes...*”

El axioma del derecho a la igualdad admite un trato diferenciado, siempre que sea justificado, desarrollándose medidas que se denominan de discriminación inversa o positiva, que tiene como fundamento remover los obstáculos que impiden una igualdad real en el acceso a la justicia, buscando reducir las desigualdades, sean sociales, económicas o culturales.

Las medidas de discriminación inversa encuentra el punto más prominente en el derecho de acceso a la justicia, impedida generalmente en las carencias económicas, configurándose por tanto una imposibilidad de justicia originada en las desigualdades sociales, lo cual se traduce en una indefensión institucionalizada que se manifiesta en las limitaciones materiales para utilizar los mecanismos de acceso y tutela judicial que debe tener toda persona con el objeto de evitar cualquier negación de justicia en las diversas áreas del derecho.

Por otra parte, no debe perderse de vista que las garantías constitucionales indicadas son derivaciones directas emergentes de la Convención de los Derechos Humanos, conocido como Pacto de San José de Costa Rica, del cual nuestro país es signatario desde el momento en que ha merecido reconocimiento legislativo con las formalidades de rigor, incorporándose con status constitucional en nuestro ordenamiento jurídico positivo y como tal, por prelación de leyes, superior a las leyes ordinarias. El Tratado Internacional de referencia impone la obligación al Estado paraguayo no sólo de adecuar la norma interna sino la de adoptar mecanismos eficaces de hacer efectivos los derechos reconocidos a todo ser humano.

En efecto, de acuerdo al *Art. 2 del citado Pacto*, los Estados Partes, se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivo tales derechos y libertades. De ello se sigue, la impostergable necesidad de implementar, legislativamente, un cuerpo codificado de leyes que regule el Ministerio de la Defensa Pública que permitan dar virtualidad jurídica a las prescripciones emanadas del Tratado de referencia porque no puede ignorarse que el Ministerio de la Defensa Pública tiene una estrecha vinculación con los postulados de los Derechos Humanos.

Recientemente se ha publicado en un matutino local, información que da cuenta del proceso de observación al cual están sometidos, en general, los sistemas judiciales de los países signatarios y en particular, sus Defensorías Públicas. Al respecto, según el reporte, el relator especial de la Comisión de Derechos Humanos ha instado al Brasil, entre otras cosas, a crear una Defensoría Pública que proteja los derechos de los ciudadanos y organizar núcleos en dicha institución para atender a la infancia y la adolescencia. La significación práctica de la crónica en mención implica la perentoria necesidad de la reestructuración integral del Ministerio de la Defensa Pública orientada a la plena satisfacción de los ingentes compromisos que se le asigna, bajo riesgo – de seguir manteniéndolo en condiciones de extrema precariedad – de incurrir en despropósito ante la comunidad internacional y eventualmente, por tal razón, abrir jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Normativas legales relativas a la Defensa Pública, dispersas en el ordenamiento jurídico: Con los cambios de orden Constitucional y Supra-legales, señalados en principio, se impuso, lógicamente, el cambio en la legislación nacional, si bien esto sucedió en parte; quedan aún pendientes las modificaciones tanto en materia Civil, como en cuestiones relativas a la Organización Judicial. Las variaciones, se han dado en todo el sistema penal; así como también, en la legislación de la Niñez y Adolescencia. Estas disposiciones, regulan de manera dispersa las funciones y atribuciones del Defensor Público.

Código Procesal Penal: Cuando en el proceso penal, de corte acusatorio, en el que entran en juego las libertades fundamentales y garantías individuales más que en cualquier otra forma de manifestación estatal, se hace necesario garantizar unas condiciones mínimas a los individuos para que estos puedan contar con una real defensa de sus derechos, constituyendo los fundamentos superiores de la intervención del Defen-

sor Público Penal, conforme a los Arts. 6, 97 y 104 del Código Procesal Penal.

Código de la Niñez y Adolescencia: Cuando la Defensa Pública interviene como parte de la Justicia Especializada de la Niñez y la Adolescencia, lo hace como resultado de la obligación que tiene el Estado Paraguayo de adoptar mecanismos adecuados para garantizar la efectividad de los derechos y garantías del Niño o adolescente, sujeto especial del derecho, cuyos intereses priman sobre los de los demás, a tenor de la disposición contenida en el Art. 54 de la Constitución Nacional, los Arts. 7, 158 y 162 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Código Procesal Civil: Al actuar en representación de los justiciables carentes de recursos económicos, esto es el resultado del ánimo del legislador de restablecer el equilibrio roto no solamente por la diferente condición económica social de los mismos, sino también por la progresiva incrementación del costo de la actividad jurisdiccional asistiendo a las partes económicamente débiles, sea librándolas de los gastos del proceso, sea creando procesos especiales de rápida tramitación. Arts. 590 y sgtes. del Código Procesal Civil.

Código de Organización Judicial – Ley N° 879/81 y sus modificaciones: Cuando se ejerce la defensa de los incapaces mayores de edad o de los ausentes, por los Defensores y Procuradores de Pobres, ausentes e incapaces mayores de edad, conforme a la Ley 963/82, modificatoria del Código de Organización Judicial, se hace efectiva la garantía constitucional del derecho a la defensa.

Acordada de la Corte Suprema de Justicia N° 85/98 : Esta disposición administrativa; regula el funcionamiento de la Defensoría General y las Defensorías Adjuntas; que fueron creadas por Ley N° 1.227/97 del Presupuesto General de Gastos de la Nación. No tiene el alcance de una ley, pero reviste singular importancia, porque constituye el inicio de la estructura Jerárquica del Ministerio de la Defensa Pública, con grandes vacíos para el logro de sus objetivos.

Es precisamente esa la razón por la que el Ministerio de la Defensa Pública debe propender, en el marco del Estado Social de Derecho y con fundamento en el principio de igualdad, por el acceso de todas las personas a la administración de justicia, con atención prioritaria y gratuita a los prestatarios que a ella recurre en razón de sus limitadas condiciones socioeconómicas y para hacer valer a plenitud sus derechos fundamentales comprometidos, contribuyendo a hacer realidad los principios constitucionales señalados y que transparentando el proceso, cualquiera

sea la naturaleza de este, permite construir una sociedad mas democrática donde la justicia, al tener reglamentada la institución orientada a facilitar su acceso, se hace mas creíble. Como se ve, los derechos constitucionales de: la defensa en juicio, la igualdad ante la ley y el acceso a la justicia, como la garantía del interés superior del niño, se efectivizan a través del Ministerio de la Defensa Pública.

Organización de la Defensa Pública en la Legislación Comparada: El derecho comparado de América demuestra que existen diversos esquemas de organización de Defensorías Públicas, desde un esquema puramente público especializado en lo penal hasta esquemas mixtos, de asistencia judicial y extrajudicial en las diversas áreas del derecho. Desde ese ángulo y en el entorno latinoamericano, en la mayoría de los casos, la defensa Pública presta sus servicios preferentemente en el fuero penal, como una obligación del Estado de garantizar, por una parte, el debido proceso y por otra, la igualdad en el acceso a la justicia, que se concreta con una defensa efectiva, ejercida por defensores técnicos e idóneos que representen al asistido durante la tramitación de la causa hasta su finalización.

En cuanto a su ubicación y dependencia institucional, en algunos casos, forman parte integrante de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio de Justicia y Trabajo, del Ministerio Publico Fiscal, aunque mayoritariamente, están subordinados a las directrices de la Corte Suprema de Justicia o su denominación equivalente. Por cierto, las formas diferentes de apreciar y percibir el fenómeno vital y social hace que cada uno defina los esquemas propios que le permitan alcanzar modelos de justicia que intentan ser adecuadas para una sociedad fragmentada por conflictos, principalmente, de carácter ideológicos, políticos y económicos, que han hecho difíciles los acuerdos para vivir en paz en un mundo regido por el Derecho.

A continuación presentamos algunos de los modelos que hemos recogido de la red para poder someterlos a un estudio comparativo y finalmente construir el modelo que consideramos el que más se ajusta a nuestra realidad:

Defensoría Pública de Jujuy: “En esta provincia argentina la Defensoría Pública se halla integrada con el Ministerio Público al Poder judicial, la defensoría pública no goza de autonomía funcional, por cuanto que debe rendir cuenta de su gestión elevando un informe estadístico trimestral al Superior Tribunal de Justicia. Tampoco cuenta con autonomía financiera, debido a que la Contaduría del Poder Judicial es quien tiene a su cargo toda la gestión administrativo-contable de todo el Poder Judicial incluyendo al Ministerio Público (Ministerio Público Fiscal y de la Defensa)”.

“En las causas penales la defensa es gratuita, mientras que en los demás casos debe acreditarse la carencia económica para acceder a la defensa pública”.

“Como atribuciones y deberes del cuerpo de defensores oficiales se pueden citar lo siguiente: asesorar, representar y patrocinar a quienes carecen de recursos o les sea difícil o grave abonar los gastos de asistencia jurídica y a quienes corresponde el beneficio de justicia gratuita; prestar la colaboración que le sea solicitada por lo jueces de los distintos fueros; asumir la defensa de los procesados mientras no sean representados por abogados de la matricula; informarse del estado de la causa a fin de solicitar las diligencias necesarias para la tramitación de la causa; petitionar a favor de sus detenidos todas las medidas que fueran necesarias e interponer todos los recursos correspondientes; concurrir a las visitas de cárceles y petitionar los pedidos pertinentes para activar los procesos, representar al demandado en los juicios cuando se trate de ausentes, personas inciertas o cuyo domicilio se ignore, asumiendo la intervención o defensa conforme a las leyes, en los juicios sucesorios, representar a los herederos ausentes, entre otros”.

Defensoría del Chubut: “Esta defensoría Pública acorde a su constitución – art. 194 – forma parte del Poder Judicial. Esta misma disposición sienta la autonomía funcional del Ministerio Fiscal y del Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e incapaces. En la cabeza de este órgano se encuentra el Defensor General. Formar parte del Poder Judicial no implica subordinación alguna a este poder del estado, por el contrario goza de autonomía, sea funcional o administrativa; si bien relativa, por cuanto que para el nombramiento o designación de sus funcionarios requieren que el Superior tribunal de Justicia así lo decida”.

“Las funciones de los defensores oficiales varían según sean estos Defensores Generales, Defensores de Cámara o Defensores de Menores e Incapaces. Le corresponde a los primeros la representación de aquellos que gocen del beneficio de litigar sin gastos, así como de los ausentes, y de los imputados en causa criminal o correccional mientras no sean representados por abogados de la matricula, efectuar visitas a las cárceles y concurrir a las que realicen los magistrados, proponer el nombramiento de su personal al Superior Tribunal, sancionar a aquel, integrar las juntas zonales del Patronato de Presos y Liberados conforme a las normas de su creación”.

“Por su parte los Defensores de Menores e Incapaces, cumplen funciones de asesores civiles, tienen prescriptos por ley los siguientes: intervenir en todo juicio o casa en que estén en juego los intereses de incapaces; agotar los recursos a este respecto;

velar por la conducta, moralidad, seguridad y trato de los incapaces con facultad de fiscalizar la actuación de sus representantes; inspeccionar los establecimientos públicos y privados destinados a su internación; efectuar todo acto o diligencia conducente al mejor ejercicio de las facultades antecedentes; proponer al Superior Tribunal el nombramiento de su personal, así como encargarse de su sanción”.

“Defensoría Pública de la Provincia de Corrientes: Esta defensoría pública mantiene una relación de dependencia con el Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, careciendo de autonomía funcional y financiera.

La constitución provincial sancionada en el año 1993, establece que al igual que los miembros del Superior Tribunal de Justicia, jueces de cámara y jueces de 1ra. Instancia, los funcionarios del Ministerio Público (Fiscales y Defensores) son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado”.

“Defensoría Pública de México: Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de septiembre de 1903, el presidente Porfirio Díaz expide la Ley de Defensoría de Oficio Común para el Distrito y Territorios Federales. Dicha legislación contemplaba la existencia de quince defensores de oficio para la ciudad de México y los partidos judiciales de Tacubaya, Xochimilco y Tlalpan, así como también tres para cada uno de los territorios federales de Baja California, Tepic y Quintana Roo. De conformidad con dicho ordenamiento, la defensoría pública dependía de la Secretaría de Justicia, la cual podía nombrar y remover libremente a los litigantes”.

“Para recibir el nombramiento de defensor de oficio, se requería ser ciudadano mexicano en ejercicio de sus derechos y abogado con título profesional. La administración de la defensoría se encontraba asignada a un director o jefe de defensores quien, además de los requisitos antes señalados, debía contar con treinta años de edad y cinco años de ejercicio profesional. Éste ordenamiento, que también contemplaba las causales de responsabilidad de los defensores, tuvo una aplicación limitada debido al estallido del conflicto revolucionario de 1910. Siendo presidente Lázaro Cárdenas del Río, se expidió el 7 de mayo de 1940 el Reglamento de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal, mismo que fuera publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de ese año. A través del referido Reglamento se crea el Cuerpo de Defensores de Oficio del Fuero Común, extendiendo las funciones de defensa pública al ramo civil. La dirección del cuerpo de defensores se encontraba encomendada a un Jefe de Defensores, siendo nombrado

dicho funcionario por el titular del Departamento del Distrito Federal. Gracias a este ordenamiento se establece por primera vez la obligación de llevar libros de registro y rendir informes periódicos, así como también causales para que los defensores de oficio pudieran excusarse de conocer de un determinado asunto. No sería sino hasta el 9 de diciembre de 1987 cuando se publicara un nuevo marco jurídico para Defensoría de Oficio del Distrito Federal: la Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal. Esta regulación propondría por primera vez la creación de un área de trabajo social, cuyas funciones se reducirían a tramitar fianzas de interés social, atender la problemática de los internos en reclusorios en sus aspectos social, familiar, laboral y cultural, promoviendo la excarcelación de sentenciados”.

“El 30 de abril de 1997, la Asamblea Legislativa expide la Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal. Esta ley recoge buena parte del contenido de la Ley anterior, pero crea un Consejo de Colaboración que asume las funciones del Comité Asesor, pero no su misma integración. Asimismo, establece nuevas reglas para la selección de personal y la supervisión de expedientes”.

“Defensoría Pública de Guatemala: “La Defensoría Pública de Guatemala nació al promulgarse el nuevo código procesal penal – de corte acusatorio moderno – en julio de 1994. Antes regía el modelo procesal inquisitivo y la defensa de oficio era prestada por estudiantes de Derecho que no eran efectivamente supervisados por profesionales del Derecho o por el Colegio de Abogados y Notarios para asegurar la calidad de la prestación de su servicio. El nuevo código procesal penal guatemalteco tiene, en cambio, un carácter eminentemente garantista”.

“En los Acuerdos de Paz el Estado guatemalteco asumió el compromiso de crear y organizar un servicio de defensa pública acorde con los estándares internacionales. Así, en el “Acuerdo Global sobre Derechos Humanos” se comprometió a fortalecer las instancias de protección de los derechos humanos, y en el “Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática” se estableció que era obligación del Estado crear un servicio público de defensa penal, “como un ente con autonomía funcional e independiente de los tres organismos del Estado, que tenga la misma jerarquía en el proceso que el Ministerio Público y que alcance efectiva cobertura nacional”. En 1995 al iniciar el “Proyecto de Fortalecimiento de la Defensa Pública”, se encontró que había ocho defensores públicos en la capital y un total de 25 para un país de aproximadamente 10 millones de habitantes. El ámbito del servicio estaba principalmente concentrado en la capital

de la república, y la cobertura en los departamentos del interior del país era mínima. Los lugares más distantes y con mayor presencia indígena no contaban con defensores públicos. En Guatemala se realizaron tareas para contribuir a crear una institución que respondiera al momento histórico que ese país vivía. Se establecieron tres líneas prioritarias de trabajo: diseñar una ley de la defensa pública, asesorar a los defensores públicos en los casos patrocinados por éstos y crear e implementar programas de capacitación, especialmente para entrenar a los nuevos defensores públicos”.

“El Congreso de la República aprobó, el 5 de diciembre de 1997, el Decreto 129-97, con vigencia a partir del 13 de julio de 1998. Esta ley crea, por primera vez en la historia de Guatemala, el “Instituto de la Defensa Pública Penal”, con autonomía funcional y total independencia técnica para el cumplimiento de su función. Establece que el servicio debe cubrir desde las sedes policiales hasta el ámbito judicial, incluyendo el campo de la ejecución penal, y que los defensores públicos pueden litigar en el ámbito internacional, es decir, presentar peticiones o quejas ante los órganos del sistema universal o regional interamericano de protección de los derechos”.

“En un país en el que más del 80% de la población se encuentra imposibilitada de pagar los servicios de un abogado defensor; que está acostumbrado al linchamiento de los “delincuentes”; en el que la justicia estuvo controlada por los militares; donde se presumió que todos los imputados eran culpables y donde se promueve la aplicación de la pena de muerte, el surgimiento del Servicio Público de Defensa Penal tiene sin duda un impacto importante en materia de acceso a la justicia”.

Defensoría Pública de Colombia: A diferencia de la de Guatemala, la Defensa Pública colombiana no es una institución autónoma, pues depende de la Defensoría del Pueblo y no cuenta con un plantel permanente de defensores públicos. La Defensoría del Pueblo, junto a la Procuraduría General, forma parte del Ministerio Público.

“Creado por la Ley 24 de 1992, el sistema de prestación del servicio público de defensa se realiza a través de la contratación de defensores privados. La Defensa Pública colombiana está organizada a partir de una Dirección Nacional de Defensoría Pública, la que se encarga de contratar y organizar la prestación del servicio. En 1996 había 558 defensores contratados; en 1999, 1200”.

“El servicio de Defensoría Pública no se restringe a la asistencia legal y a la protección de los derechos fundamentales de los usuarios, sino que se extiende también al restablecimiento del derecho y la reparación del daño a las víctimas de la violencia. La Defensoría Pública está concebida como una institución para la promoción y defensa de los derechos humanos”.

“Uno de los retos institucionales más claros de la Defensa Pública colombiana es la consolidación de un sistema de gerencia eficaz y de control de la labor de los defensores. En los últimos años la Dirección Nacional ha dado prioridad al entrenamiento de los defensores públicos en derechos humanos, para fortalecer su capacidad de conocer y utilizar los instrumentos y mecanismos de los sistemas universal y regional interamericano de protección de los derechos humanos. Por ello, ha implementado un agresivo programa de capacitación con el apoyo del Centro de Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Center for Human Rights and Humanitarian Law) de American University y de USAID”.

Defensoría Pública del Perú: “En el Perú pareciera ser que la defensa pública es prácticamente una causa perdida. Sin embargo, experiencias como las citadas anteriormente, las de Guatemala y Colombia, demuestran que las cosas pueden mejorar”.

“Guatemala y Colombia nos muestran que pese a los graves problemas de conflicto armado y de violencia social, sus gobiernos han reconocido que la justicia debe ser el principal garante de los derechos humanos. En ambos casos, la importancia de la Defensa Pública se ha resaltado y se ha entendido que los derechos de las personas fuera o dentro del proceso necesitan ser protegidos por un abogado defensor o, en ausencia de éste, por un servicio de defensores públicos gratuito”.

“El Perú, lamentablemente, aún no ha comprendido la importancia de organizar un servicio público de defensa legal, gratuito y eficiente, con cobertura nacional, que preste sus servicios a la población que no puede contratar a un abogado defensor privado y que, por tanto, se encuentra en estado de indefensión”.

Antonio Maldonado, abogado peruano sostiene:

“Los Acuerdos de Paz son los instrumentos que las Partes en el conflicto, el Estado y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) se comprometieron a respetar para superar los problemas históricos que llevaron a Guatemala a sufrir el largo conflicto armado interno, dentro de los cuales se encuentra

la administración de justicia”. “Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala”. “Por primera vez en la historia de las defensas públicas del continente, los defensores públicos han presentado peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado guatemalteco por presuntas violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en casos de pena de muerte (los casos de Martínez Coronado y de Pedro Rax Cucul)”. “Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados fueron creados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de setiembre de 1990. La Asamblea General de las Naciones Unidas los aprobó en diciembre de 1990, instando a los Estados Miembros a aplicarlos...”

Defensoría Pública de Venezuela: “Esta Defensoría Pública, contiene el modelo autónomo. Desde su incorporación como modelo independiente de cualquier poder del Estado empezó su fortalecimiento y a partir de ese hecho, contribuyo en forma directa a dar celeridad a los procesos judiciales y atender un mayor número de causas en el corto plazo. Garantizo el “Acceso a la Justicia” a todos los ciudadanos”.

“El proceso de transformación logró un irrestricto respeto al Estado de Derecho y trabajo consigo fundamentalmente la de garantizar el Derecho a la Defensa, incorporándose además en materias de competencias Laboral y Agraria, lo que representa sin duda un elemento innovador, que permite la asistencia integral a los usuarios del sistema en estas áreas”.

“Una de las prioridades de la Defensoría Pública Venezolana es, encarar el problema penitenciario, que efectivamente es un hecho que actualmente preocupa a todo el continente; establecieron políticas para contribuir desde esta institución a alcanzar salidas y acuerdos que permitan aliviar esta situación. Han reforzado las guardias en las cárceles, donde las Defensoras y Defensores Públicos permanecen constantemente atentos a cualquier hecho que pueda agravar la situación; además la Defensoría Pública se halla avocada a la construcción de un sistema penitenciario que dignifique al ser humano, donde quienes allí se encuentran, puedan desarrollarse y transformarse en ciudadanos útiles para su comunidad”.

“Se creó en el año 2000, mediante Resolución 1.191, de fecha 16 de junio de 2000, publicada en Gaceta Oficial N° 37.024 de fecha 29 de agosto de 2000, la Defensa Pública, órgano adscrito al Tribunal Supremo de Justicia, que tiene como objeto Garantizar el Derecho a la Defensa y el acceso a la tutela judicial

efectiva de todo ciudadano o ciudadana, nacional o extranjero, bajo los principios de gratuidad, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, responsabilidad, equidad y oportunidad. En ese contexto la Constitución Bolivariana de Venezuela dispone: Art. 2. – “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia” Art. 26. – “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y 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”.

“La Defensoría Pública de Venezuela es una institución que tiene como propósito fundamental, garantizar la tutela efectiva del derecho constitucional a la defensa, en las distintas áreas de su competencia. Asimismo, está dedicada a prestar, a nivel nacional, un servicio de Defensa Pública, en forma gratuita a los ciudadanos y ciudadanas que lo requieran, sin distinción de clase socio-económica”.

“En cuanto a su organización la Defensoría Pública Venezolana se adscribe al Sistema Autónomo de la Defensa Pública conformado por tres niveles: Directivo, Apoyo y Asesoría y Operativo. El nivel directivo esta integrado por la Dirección y la Coordinación General, quienes representan la máxima autoridad de la organización y tienen como propósito principal asegurar que la misión de la Defensa Pública se cumpla de manera efectiva en todo el territorio nacional”.

“El nivel de apoyo y asesoría lo integran las Coordinaciones de: Unidades de Defensa, Actuación Procesal, Apoyo Técnico Pericial, Vigilancia y Disciplina, Proyecto de Modernización, Administración y Servicios y Planificación y Proyectos. Constituyen las instancias de coordinación entre el nivel directivo y las unidades operativas y sirven para articular y adecuar las políticas y control de gestión sobre el servicio que presta la institución”.

“Por último, se encuentra el nivel operativo, constituido por las Unidades de Defensa Regionales, quienes son las responsables del desarrollo y operatividad efectiva de garantizar el derecho a la defensa a todo ciudadano o ciudadana”.

“En cada entidad estatal funciona un servicio de Defensa Pública; en los territorios de gran tamaño o con alta concentración poblacional, existen adicionalmente una o más extensiones de unidades de defensa, creadas para asegurar el acceso

y un mejor servicio a la ciudadanía”.

“Además de su los principios enunciados precedentemente se cimientan sobre los siguientes valores”:

VALORES ORGANIZACIONALES:

- Ética
- Mística
- Constancia
- Compromiso institucional
- Excelencia
- Probidad
- Honestidad
- Solidaridad
- Motivación al logro

“En cuanto a las funciones de los diferentes Niveles de la Organización se encuentran la definir las políticas, estrategias, directrices, planes y programas relacionados con la prestación del servicio, así como administrar los recursos de la Defensa Pública, para garantizar a los ciudadanos y ciudadanas el derecho a la defensa como mandato constitucional”.

“La Jefatura de despacho tiene como deber la de documentar las actuaciones de la Dirección General y asistirle en la elaboración y ejecución de la agenda institucional”.

“La Jefatura es asistida por un Coordinación General quien define las políticas, estrategias, directrices, planes y programas relacionados con la prestación del servicio, así como también, en la supervisión, coordinación y ejecución de las normas internas que garanticen el cumplimiento de las metas trazadas por la institución”.

“Cuenta además con una Asesoría Jurídica que tiene como función la de

prestar asesoramiento y representar judicial y extrajudicialmente a la Defensa Pública, garantizando la aplicación de las normas establecidas por la Constitución y las Leyes de la República, tanto en su funcionamiento interno como externo”.

“Un departamento de Prensa que ejecuta la política de información y divulgación establecida que permita proyectar la imagen de la Defensa Pública”.

“Una Coordinación de Actuación Procesal que procura la garantía del derecho a la defensa a las ciudadanas y ciudadanos, a través de los procesos de asistencia, asesoría, orientación jurídica y representación en forma eficiente y eficaz”.

“Unas Coordinaciones Regionales que gestiona las acciones administrativas y legales, en procura de la garantía del derecho a la defensa a las ciudadanas y ciudadanos, a través de las instituciones jurídicas de asistencia, asesoría, orientación y representación en forma eficiente y eficaz”.

“Una Coordinación de Vigilancia y Disciplina que vigila el cumplimiento de la normativa legal y organizacional que conlleve a una gestión transparente, idónea y expedita de la Defensa Pública”.

“Una Coordinación de Planificación y Proyectos que presta asesoramiento a la máxima autoridad y demás instancias de la organización en materia de planificación, presupuesto, investigación y desarrollo organizacional e información estadística que facilite el proceso de gestión y desempeño”.

“Una Coordinación de Unidades de Defensa (R.R.H.H.) que procura la existencia de un recurso humano idóneo, que contribuya con el logro de los objetivos organizacionales de la Defensa Pública”.

“Una Coordinación de Administración y Servicios que Administra eficientemente los recursos presupuestarios y financieros requeridos para el logro de los objetivos de la Defensa Pública”.

“Un Departamento de Informática que busca mantener actualizada la plataforma tecnológica y los sistemas de información para garantizar su uso eficiente”.

“Unos Servicios Generales que administran las actividades relacionadas con la construcción, mantenimiento y remodelación de la planta física”.

“Una Coordinación de Proyecto de Modernización que busca actualizar al recurso humano en diferentes materias, de acuerdo a la especialización, objetivos

y funciones de cada unidad estructural de la Defensa Pública”.

“Una Coordinación Técnico – Pericial que presta apoyo en materia técnico-científica, a las Defensoras y Defensores Públicos para el mejoramiento de la prestación del servicio en el derecho a la defensa”.

“La Defensa Pública Bolivariana se propone estructurar mecanismos para la eficiente prestación del servicio, como Deber de Estado, ofreciendo al ciudadano el conocimiento y uso de los procesos institucionales de orientación, asesoría, asistencia y representación legal, a través de los siguientes objetivos estratégicos”:

“1. Fortalecer continuamente los procesos de asistencia, asesoría, orientación y representación al ciudadano y/o ciudadana para alcanzar la excelencia del servicio que presta la Defensa Pública.”

“2. Adecuar la estructura y el sistema administrativo al logro de la filosofía de gestión de la Defensa Pública.”

“3. Mantener una política integral de RRHH que permita la captación, el desarrollo y la permanencia del personal idóneo, capaz de garantizar la excelencia en la prestación del servicio de la Defensa Pública.”

“4. Instrumentar una plataforma tecnológica institucional (informática, planta física, sistema de seguridad) que permita la automatización de los procesos y la optimización del servicio.”

“5. Garantizar la formación y capacitación continua del recurso humano en todos los ámbitos de su competencia que permita la prestación de un servicio de calidad.”

“6. Mantener un proceso de información y comunicación con la comunidad sobre el servicio que presta la Defensa Pública, así como los medios de acceso y los procedimientos a seguir.”

“7. Establecer mecanismos de cooperación técnica y comunicación con organismos nacionales e internacionales que contribuyan al fortalecimiento de la gestión institucional.”

“8. Mantener la ética, disciplina e idoneidad, en la prestación del servicio, a través de la supervisión constante del recurso humano.”

Costa Rica: “En Costa Rica el origen de la Defensa Pública deviene de la figura del Ombudsman, quien nace y se desarrolla en Suecia. Desde un inicio la misión de este funcionario consistió en ejercer una estricta vigilancia para asegurar el cumplimiento de las leyes y las normas existentes, además de velar porque los servidores públicos cumplieran con sus obligaciones. Para cumplir este cometido, este funcionario podía recurrir y plantear cualquier tipo de acción ante los Tribunales de Justicia”.

“En un inicio este Procurador era designado directamente por el rey. Sin embargo, como producto de una serie de revueltas que se produjeron en Suecia en 1809, se dictó una nueva Constitución que incluyó en su artículo 96 la designación del Ombudsman por parte del Parlamento. Según dicho texto constitucional, el Parlamento debía designar a un jurisconsulto de “probada ciencia y de singular integridad” encargado de controlar la observancia de las leyes y velar porque los funcionarios las cumplieran en el ejercicio de sus funciones”.

“Casi inmediatamente, la figura del Ombudsman fue incorporada al régimen jurídico-político finlandés y más adelante, ya entrado el siglo XX, se difundió por el resto de los países nórdicos. Luego pasó a formar parte del sistema institucional de Nueva Zelanda y de ahí la figura del Ombudsman fue difundida por los países anglosajones; posteriormente se extendió a Francia y España. A partir de ese momento, su difusión alcanzó gran cantidad de países, incluyendo más recientemente a los del Continente Americano. No obstante que estas instituciones conservan la esencia originaria, la figura ha sido en cada caso adaptada a las exigencias propias del sistema social, político y jurídico de las sociedades que la adoptaron. Ello ha sido posible gracias a la flexibilidad que presenta y a los rasgos que la caracterizan.”

“La incorporación de la figura al sistema institucional costarricense fue parte de una tendencia que se desarrolló desde muchos años atrás.”

“En un inicio, la Procuraduría de Derechos Humanos, creada como órgano de la Procuraduría General de la República en setiembre de 1982, cumplió funciones de defensa de derechos humanos. En la misma ley en que se creó la Procuraduría, se estableció la figura del Procurador del Consumidor. Posteriormente, se crearon el Defensor de Derechos Humanos para el Sistema Penitenciario, el Defensor de los Usuarios del Registro Nacional y el Defensor de los Derechos de los Refugiados. Este último órgano fue suprimido tiempo después. Más adelante, en el seno del Ministerio de Justicia, se crearon las instancias específicas para velar por

la tutela de los derechos de la mujer y de la infancia, este proceso tomó fuerza con la aprobación de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer (Ley No. 7124) que vino para crear lo que se denominó la Defensoría General de los Derechos Humanos. Esta Defensoría se creó como un órgano adscrito al Ministerio de Justicia y tuvo como función la protección de los derechos humanos, por lo que se dividió en seis órganos específicos: Defensoría General, Defensoría de la Mujer, Defensoría de la Infancia, Defensoría del Consumidor, Defensoría de los Internos del Sistema Penitenciario y Defensoría del Usuario del Registro Nacional.”

“La organización, atribuciones y competencias de estas Defensorías fueron determinadas por reglamento ejecutivo. Aún cuando estas oficinas lograron alcanzar ciertos resultados de importancia, su vinculación jerárquica y presupuestaria con el Poder Ejecutivo, específicamente con el Ministerio de Justicia, significó una limitación para su trabajo.”

“De ahí la importancia de que, conforme lo señala la doctrina, el órgano de control de la Administración Pública se ubique en una posición de independencia que le permita ejercer su función con la mayor libertad posible.”

“De forma paralela a este proceso, se trabajó en la elaboración de un Proyecto de “Ley del Defensor de los Habitantes de la República”, que fue presentado a la Asamblea Legislativa el 7 de noviembre de 1985 por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia de ese entonces. La redacción del proyecto se basó en la Ley del Defensor del Pueblo Español (Ley Orgánica del 6 de abril de 1981).”

“En el mes de noviembre de 1992 la Ley No. 7319 del Defensor de los Habitantes de la República Costarricense fue aprobada por la Asamblea Legislativa y publicada en la Gaceta #287 del 10 de diciembre de 1992, con vigencia a partir del 10 de marzo de 1993. Reformada mediante la Ley No. 7423 del 18 de julio de 1994, se sustituyó la palabra “Defensor” por “Defensoría”, tanto en el título como en algunos de los artículos.”

“La Defensoría de los Habitantes de Costa Rica abrió sus puertas el 1 de octubre de 1993, luego de que su primer Defensor, Rodrigo Alberto Carazo Zeledón, asumiera su cargo a partir del 22 de marzo de 1993. La primera Defensora Adjunta, Joyce Zurcher Blen de Carrillo, fue elegida el 28 de abril de 1993. Desde entonces, la Defensoría ha velado por el buen funcionamiento de los servicios del sector público, procurando que sus actos se ajusten a la moral, la justicia y a todo el ordenamiento

jurídico. Además, le corresponde divulgar y promover los derechos de los habitantes de todo el territorio nacional.”

“De conformidad con lo dispuesto en la Ley, la Defensoría de los Habitantes de la República es un órgano adscrito al Poder Legislativo, con plena independencia funcional, administrativa y de criterio. Esto significa que, junto con la Contraloría General de la República, es auxiliar de la Asamblea Legislativa en la labor de control que ejerce ese poder público.”

“En esta triada que compone al Poder Legislativo, la Asamblea es la que ejerce el control político directa y explícitamente, mientras que la Contraloría lo ejerce a través de la vigilancia superior de la hacienda pública; la Defensoría de los Habitantes lo hace mediante el control de la legalidad, la moralidad y la justicia de las acciones u omisiones de la actividad administrativa del sector público, en tanto puedan afectar derechos e intereses de los habitantes.”

“La Defensoría puede actuar de oficio o a solicitud de parte. En estos casos, no existe costo alguno para el quejoso ni se le exige ninguna formalidad especial.”

“Si en el ejercicio de sus funciones, la Defensoría llega a tener conocimiento de la ilegalidad o arbitrariedad de una acción, debe recomendar y prevenir al órgano respectivo, la rectificación correspondiente, bajo los apercibimientos de ley; pero si se considera que el hecho puede constituir delito, debe denunciarlo ante el Ministerio Público.”

“El ámbito de acción de la Defensoría es el sector público. La institución carece de competencia para intervenir en asuntos entre sujetos privados; tampoco puede intervenir en asuntos que estén en conocimiento de los Tribunales de Justicia. En principio, no puede actuar en casos que tengan más de un año de haber ocurrido; no obstante, la ley da un margen de discrecionalidad para atender asuntos fuera de ese plazo.”

“La Defensoría no puede sustituir los actos, actuaciones materiales ni las omisiones de la actividad administrativa. No puede ordenar que se ejecute o se deje de ejecutar un acto, ni mucho menos puede realizarlo. El principio de separación de poderes que inspira el ordenamiento costarricense, asigna a cada uno de los poderes su ámbito de acción. Corresponde al Poder Ejecutivo primordialmente dictar los actos y al Poder Judicial, eventualmente, ordenar la suspensión de los mismos o por el contrario, ordenar su ejecución.”

“Atendiendo el principio de obligación de consulta y obviamente el derecho de respuesta, el artículo 361 inciso 2 de la Ley General de Administración Pública establece la obligación de consultar a las entidades representativas de intereses generales o corporativos que se vean afectadas por alguna disposición, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia. La Defensoría ha manifestado al Poder Ejecutivo que el espíritu de esa norma, que data de 1978, implica la intervención del Ombudsman en tal proceso de consulta.”

“La Defensoría, en coordinación con la Asamblea Legislativa y a través de una Oficina de Enlace, ha dispuesto un mecanismo que permite darle seguimiento a los proyectos de ley y debates parlamentarios, con el objetivo de incidir en el proceso legislativo, contribuyendo a mejorar de alguna manera la emisión de leyes, lo que brinda la posibilidad de actuar preventivamente en la defensa de los derechos e intereses de los habitantes.”

“La institución también considera que la divulgación y promoción de los derechos humanos es una acción necesaria en el cumplimiento de sus objetivos y la participación comunitaria se convierte en un factor fundamental en la protección de esos intereses. En este sentido, la Defensoría de los Habitantes ha desarrollado una serie de proyectos con la asistencia de la cooperación internacional, con la finalidad de rescatar y fortalecer el principio de que los habitantes no sólo deben ser los receptores pasivos de los servicios de la institución sino los actores protagonistas de un proceso de lucha cívica por los derechos, bajo la premisa de que el mejor defensor de los habitantes es el habitante mismo.”

“Otra nota llamativa concierne a que la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica, constituye un órgano contralor que forma parte del Poder Legislativo. El fin de esa institución es el de velar porque la actividad del sector público se ajuste al ordenamiento jurídico y la moral, de forma tal que los derechos e intereses de los habitantes siempre estén protegidos.”

“Pese a ser un órgano adscrito al Poder Legislativo, la Defensoría Costarricense goza de independencia funcional, administrativa y de criterio. Ello implica que no está sujeta a la voluntad de otros órganos en el ejercicio de sus funciones aunque, como es propio de un Estado Democrático de Derecho, está sometida a la fiscalización de otras organizaciones como la Contraloría General de la República y los tribunales de justicia, cada uno dentro de su ámbito de competencia.”

“Debe advertirse que el control parlamentario que ejerce esta Defensoría es jurídico; es decir, se basa en parámetros normativos para vigilar a todos los órganos y entes que integran el sector público. Esto conlleva implícita la afirmación de que un control basado solamente en criterios de conveniencia y oportunidad (que son el fundamento del control político) no puede válidamente ser ejercido por esta institución.”

“Es necesario tener presente que el sector público está compuesto no sólo por organismos estatales, sino también por otros no estatales que ejercen alguna función pública. Es decir, no basta con saber la naturaleza del sujeto para determinar si está dentro del ámbito de competencia de la Defensoría, sino que además debe contemplarse la función que desarrolla. De allí que sea posible para la institución controlar por ejemplo, las mutuales de ahorro y crédito cuando manejan fondos para el desarrollo de vivienda de interés social, o los colegios profesionales, entre otros.”

“El papel fiscalizador de la Defensoría no es exclusivo de ella, sino que hay otros órganos públicos que también ejercen funciones similares. A modo de ejemplo puede citarse a la Contraloría General de la República, la cual fiscaliza al sector público en lo que al manejo de la hacienda pública se refiere. También se puede considerar que la Procuraduría General de la República realiza una función similar a través de la emisión de dictámenes técnico-jurídicos que constituyen jurisprudencia administrativa. Claro está que los tribunales de justicia son el mejor ejemplo de órganos de control, pero a diferencia de las instituciones ya citadas, que se ubican dentro de lo que puede llamarse Administración Contralora (o Consultiva en el caso de la Procuraduría), los jueces y demás órganos de la judicatura están fuera de esa categoría.”

“La Defensoría de los Habitantes desarrolla su actividad a través de la emisión de informes finales, luego de haber desarrollado un procedimiento sumario e informal de investigación. Debe resaltarse que la investigación recae sobre sujetos integrantes del sector público y nunca sobre sujetos ajenos a éste, ya que ello constituiría un exceso de poder por trasgresión de su competencia legalmente delimitada. En el informe final que rinde la Defensoría es posible que haya recomendaciones al sujeto fiscalizado, con las cuales se procura hacer efectiva la protección de los derechos e intereses de los habitantes.”

“Si bien es cierto, las recomendaciones que emite el Defensor de los Habitantes (o el Defensor Adjunto por delegación de aquél) no tienen un carácter

vinculante, su fuerza radica en el peso institucional del organismo del que emanan. De eso se trata la magistratura de influencia. Sin embargo, no cabe duda de que el sólido fundamento jurídico de esas recomendaciones podría hacer inexcusable para el sujeto fiscalizado el observarlas.”

“El modelo de Defensoría Costarricense fue el resultado de un largo proceso de discusión legislativa que se inicio el 5 de noviembre de 1985 con la presentación del proyecto por iniciativa del Poder Ejecutivo.”

“Con la creación de esa institución se estableció una garantía para la protección de los derechos e intereses de los habitantes y el adecuado funcionamiento del sector público. Además, se reconoció la necesidad de complementar estas funciones de control con el desarrollo de actividades basadas en la divulgación y promoción de los derechos fundamentales.”

“Con el marco normativo que la rige, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica se convirtió en la primera expresión de una forma de control que no se fundamenta en el poder sancionatorio sino en el ejercicio de una magistratura de influencia, entendida ésta como una posición social y jurídicamente legitimada que le otorga peso a sus recomendaciones. La experiencia acumulada por la institución permite confirmar las ventajas que representa un mecanismo de esta naturaleza en términos de oportunidad, agilidad e informalidad.”

“Una de las características resaltantes de la Defensoría de Costa Rica es por su capacidad para reconocer el momento histórico y responder a las exigencias. Como estrategia para lograr este cometido, la Defensoría de los Habitantes de la República ha buscado desde siempre estimular la participación democrática y activa de los habitantes en el proceso de protección y promoción de sus derechos e intereses. En ese contexto resulta necesario que la sociedad reivindique su papel como elemento integrador del Estado y que, en ese tanto, esté preparada para asumir la responsabilidad que le corresponde en la solución de los problemas que le afectan. Es desde esa perspectiva, que el trabajo conjunto con los habitantes será siempre piedra angular de la gestión institucional.”

Defensoría Pública en Chile: En un medio chileno³ fue publicado una columna sobre el proceso de transformación jurídica que está experimentando ese

3 El Mercurio de Antofagasta 01-10-2006

país andino, haciendo referencia en particular a la Defensoría Pública, enfatizo que uno de los principales desafíos de la Defensoría Penal Pública, en el tiempo próximo, será lograr el reconocimiento de servicio autónomo. “La autonomía institucional se debe entender como la capacidad de un organismo público para fijar sus criterios de actuación, dictar sus normas internas y elegir los cursos de acción institucional que permitan la mayor realización de la misión que el legislador le ha encomendado, sin estar sujeto a la influencia, injerencia o poder de otros órganos que integran la estructura del Estado”.

En el ordenamiento jurídico chileno, sigue sosteniendo, que existen varios ejemplos de organismos o servicios que gozan de autonomía. Se trata de instituciones que, por las funciones que deben cumplir, necesitan cierto grado de independencia del centro de decisiones políticas para sustraerse a eventuales conflictos de intereses que puedan desvirtuar su identidad y legitimidad. La Contraloría General de la República, el Banco Central, el Consejo de Defensa del Estado y el Ministerio Público son algunos casos.

Todos ellos gozan de independencia de los diversos ministerios, tienen patrimonios propios, mecanismos de nombramiento de sus autoridades nacionales que conjugan la designación presidencial y la intervención sea del Senado y/o de la Corte Suprema e inamovilidad temporal de sus jefaturas. La Defensoría por la sensible función que se le asignó debe ser uno de esos casos.

Los Chilenos se encuentran en un debate sobre el modelo de defensoría pública que más se ajuste a los requerimientos de los nuevos tiempos, la idea que más aceptada es la definición del modelo concreto de autonomía, han instalado la idea de la legitimidad que la Defensoría aspire a tener un esquema organizacional que le asegure, en el marco de la estructura estatal, un funcionamiento desvinculado de las vicisitudes de la política contingente. En todo caso, la autonomía institucional como mecanismo intraestatal, no implica una prescindencia absoluta de consideraciones sobre políticas públicas. Por el contrario, consideran que es una herramienta de articulación, cuando no de colaboración, entre los organismos que integran la Administración del Estado, en un sentido amplio.

Sostienen que en la instalación del tema en la agenda legislativa como en la búsqueda de posibles modelos corresponde ser especialmente prudente, ya que no hay ningún antecedente de injerencia en la tarea que tiene asignada la Defensoría. Por ello, el horizonte debe ser la consagración normativa de una realidad que, con

el concurso de muchas personas e instituciones, ha operado sin sobresaltos y ajena al juego político.

Alegan que “la autonomía de la Defensoría” debe constituirse en la necesaria consolidación de un servicio público, inédito no sólo en ese país, y que a cinco años de inaugurado el sistema de justicia penal, aún denominado la Reforma, ha sabido superar las naturales dificultades y problemas que presenta un cambio normativo tan importante.

Como conclusión del estudio comparativo realizado, en el mundo del “net” a las Defensorías Públicas de las Américas y del MERCOSUR se podrá notar que existen diferentes modelos de Defensorías Públicas, algunas forma parte del Poder Judicial con dependencia casi total de esta; otras formando parte del Ministerio Público dependiente del Poder Ejecutivo; y otras formas parte del Poder Legislativo pero con la autonomía suficiente para el cumplimiento de sus fines.

El proceso de reforma de la justicia penal que se viene desarrollando en la región de América Latina y el Caribe en las últimas décadas ha significado un cambio de gran magnitud para la defensa pública. Antes de ese periodo, la situación general de la región, con muy limitadas excepciones, mostraba un panorama desolador en la materia.

El principal y permanente desafío es crear sistemas de defensa pública capaces de asegurar el ejercicio efectivo de esta garantía a todos los ciudadanos, en especial a los de menos recursos. Tarea que implica avanzar en diseño y gestión organizacional.

Buenos sistemas de defensa pública en países con altos grados de pobreza es un factor crítico para el éxito de sistemas penales construidos precisamente en torno a la presunción de inocencia y el derecho a una defensa efectiva y de calidad. Por lo mismo es necesario organizarlos de forma eficiente, colocar estándares de calidad y evaluar constantemente el trabajo de sus integrantes.

En ese contexto es preciso señalar que bajo esa premisa se ha elaborado, el *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*, desarrollado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, que tiene como objetivo ser un instrumento de carácter práctico que permita desarrollar o fortalecer los sistemas nacionales de defensa de forma tal que sean coherentes con las exigencias de la ampliación del

acceso a la justicia, pero al mismo tiempo con las que imponen los nuevos sistemas procesales penales, en un contexto de modernización de la gestión.

De esa forma, el manual a través de una estructura de capítulos, entrega en la primera parte una visión global del Estado de Derecho y la defensa pública penal, con un análisis de los principales problemas y desafíos que existen en América Latina, a través de un recorrido desde los modelos tradicionales hasta los nuevos sistemas de defensa basados en la modernización de la gestión y orientación hacia los intereses del defendido. En este sentido, los autores profundizan en el nuevo perfil que debe adoptar el defensor público penal, desde sus actividades y funciones hasta las habilidades necesarias para su correcto desempeño.

En la segunda parte del manual, algo muy interesante para hacer resaltar, es la que establece las herramientas necesarias para construir un buen sistema de Defensa Pública, abarcando desde el diagnóstico de la situación actual en la oferta y demanda del sistema y el contexto institucional, hasta las herramientas para mejorar el diseño y gestión organizacional.

Además contiene recomendaciones para implementar sistemas que permitan conjugar la prestación universal de la defensa con una orientación preferente a la defensa de los sectores más vulnerables.

En el Paraguay el Ministerio de la Defensa Pública, es considerada como un Auxiliar de la Justicia componente del Poder Judicial, jerárquicamente dependiente de la Corte Suprema de Justicia y funcionalmente abarca variados sectores (fueros) que están regulados en el derecho positivo nacional.

El Ministerio Público Fiscal del Paraguay. La Constitución de 1992 le ha dedicado especial atención al Ministerio Público, es así que siendo parte del Poder Judicial conforme se puede apreciar en el Capítulo III, Sección IV; sin embargo no existe ningún tipo de dependencia hacia ese poder del Estado. Está constituido como un Órgano Extra Poder, por la competencia que le fuera atribuida constitucional y legislativamente; goza de autonomía funcional y administrativa. Conforme a su Ley Orgánica 1562/00; el Ministerio Público es un órgano con autonomía funcional y administrativa, que representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales para velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales, promover la acción penal pública en defensa del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y de los derechos de los pueblos indígenas,

y ejercer la acción penal en los casos en que para iniciarla o proseguirla no fuese necesaria instancia de parte. En el cumplimiento de sus funciones ante los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público actúa en el marco de la ley con independencia de criterio. La otra nota distintiva que lo hace independiente del Poder Judicial y de los demás poderes u otros órganos estatales, es la que establece que el Ministerio Público ejerce sus funciones en coordinación con el Poder Judicial y las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura. Su ley orgánica además le asigna como recursos los provenientes de las partidas específicas en el Presupuesto General de la Nación y lo administrará con autonomía los que le sean asignados, sin perjuicio de los controles que establecen la Constitución Nacional y la ley.

Actualmente el Ministerio Público se halla fortalecido como institución contando dentro de su dotación a un Fiscal General del Estado en la cabeza.

El Ministerio Público representa a sociedad ante la judicatura, su función específica es la de contralor de los trámites judiciales y la acusación penal en los hechos punibles de carácter público. No existe ninguna duda de que su fortalecimiento fue el producto de la reforma que ha sufrido y en el especial el carácter autónomo que le han otorgado.

Ausencia de Normativa jurídica que regule el accionar orgánico de la Defensoría Pública: No existe en la actualidad una ley orgánica del Ministerio de la Defensa Pública de tal manera a darle la verdadera potencialidad jurídica pretendida en la Constitución; en ese sentido, desde el alcance de la defensa de los derechos humanos precisa para el cumplimiento de esas funciones, así como para el cumplimiento de las obligaciones en materia internacional, una ley que otorgue la competencia requerida.

De un análisis comparativo resulta que el Ministerio Público Fiscal; es el reverso por facultades constitucionales de la función que ejerce el Ministerio de la Defensa Pública, y este órgano del Estado, con la aprobación de su ley orgánica, a partir de la cual posee las herramientas necesarias para el eficaz ejercicio de sus funciones. El crecimiento que ha experimentado a partir de ese momento, ya sea en recursos humanos, equipamientos, recursos financieros, mejoras salariales, mayor infraestructura, etc; ha dejado a la Defensa Pública muy por debajo de él. En ese contexto, se impone la necesidad de que el Estado Paraguayo, equipare, equilibre la balanza entre las partes, que en un procedimiento siempre son partes de sectores

sociales que requieren los servicios de la justicia en igualdad de condiciones, tal cual lo garantiza la Constitución Nacional.

En el año 2005 el Ministerio Público Fiscal contaba con una asignación presupuestaria de Gs. 161.203.833.492, y el Ministerio de la Defensa Pública con una asignación de Gs.22.566.551.444; en el año 2006 el Ministerio Público generó un incremento considerable a la suma de Gs. 188.383.559.535, y el Ministerio de la Defensa Pública un incremento de Gs. 26.666.465.970⁴. Esta temática sigue hasta la actualidad, el Ministerio Público se ha fortalecido ostensiblemente; sin embargo la Defensa Pública quedó debilitada.

Estructura y Falencias actuales.

De todo cuanto hasta aquí se ha apuntado, el Ministerio de la Defensa Pública se estructura con una **Defensoría General**, que es la titular de esta institución y ejerce su representación legal en todo el territorio de la República y en el ámbito internacional, siendo además responsable de su buen funcionamiento. A la vez, anexas a la Defensoría General, existen dos **Defensorías Adjuntas**, una en lo Civil y otra en lo Penal, con funciones eminentemente de control administrativo y operacional; hallándose en el organigrama por debajo de estas los demás Defensores Públicos de los distintos fueros que, estructural y jerárquicamente, dependen de las jefaturas de niveles superiores.

El art. 10°, de la referida acordada, establece **Un Consejo de Coordinación del Ministerio de la Defensa Pública** integrado por el Defensor General y los Defensores adjuntos en lo Civil y en lo Penal, Consejo que entre sus atribuciones tiene la de ejercer las facultades disciplinarias y de supervisión respecto de los miembros de la defensa pública, recibir denuncias, dictar instrucciones, elevar informes a la Corte, ejercer la coordinación general en todo el territorio de la República; etc.

Sin embargo, en lo que hace relación a la actividad jurisdiccional propiamente dicha, los Defensores Públicos de los diversos fueros son absolutamente AUTÓNOMOS en sus funciones, sin perjuicio, en principio, del control jerárquico de la Defensoría General y/o del Consejo de Coordinación del Ministerio de la Defensa Pública conforme a los arts. 4° y 10 de la Acordada N° 85/98 y potencialmente, del

⁴ Fuentes: Departamento de Presupuesto del Ministerio de la Defensa Pública dependiente del Poder Judicial y Departamento de Presupuesto del Ministerio Público Fiscal (www.ministeriopublico.gov.py)

Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia.

Falencias actuales: Los marcos legales que regulan el funcionamiento del Ministerio de la Defensa Pública impiden la proyección de la institución como piedra angular en la administración de justicia ante los grandes desafíos que debe afrontar. Si bien es verdad la mentada Acordada Reglamentaria, al establecer la Jefatura jerárquica y al dotárseles, a quienes lo ejercen, de derechos, facultades y obligaciones, importa un avance institucional del Ministerio de la Defensa Pública; empero, en la realidad práctica, resulta ser un modelo puramente teórico enervante de la funcionalidad institucional que la normativa en cuestión pretende atribuirle.

El primer obstáculo se encuentra en el rango de la Acordada que lo regula que es de inferior jerarquía, por una parte, de la Constitución Nacional (*Art. 259 inc. 1*), por otra, del Código de Organización Judicial (*Art. 29 Título V, Capítulo I*) y la Ley N° 609 (Que Organiza la Corte Suprema de Justicia, *Arts. 4 y 27*), por los cuales se mantiene el carácter de la Defensa Pública como Auxiliar de la Justicia y el sometimiento de sus agentes a la Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia. Ello explica, de derecho, la dudosa legitimidad constitucional y legal de la delegación de tan esencial prerrogativa y propia de órganos autónomos, a quien, en sentido estricto, no es.

La naturaleza misma de la institución incide negativamente en la percepción que sobre la misma tienen sus usufructuarios porque el etiquetamiento de auxiliar de justicia hace suponer que es un subalterno de las autoridades judiciales y como tal un simple servidor o colaborador de los mismos y en consecuencia, que sus derechos no son defendidos a plenitud y que al final todo queda dentro de la cofradía judicial por el sentimiento de pertenencia que los vincula. Y esta pertenencia también incide, en forma subrepticia y hasta diríase imperceptiblemente, en la autonomía del ejercicio de la defensa, en tanto que el Defensor Público se encuentra autolimitado en sus expresiones, en la utilización de los dispositivos creados para dinamizar el proceso (urgimientos, quejas, resoluciones fictas, etc.), en la interposición de los recursos (incluso supranacionales) y formular denuncias ante los órganos competentes contra los jueces, porque se consideran partes de la familia judicial y podrían afectar a sus miembros y peor aun cuando se tratan de los superiores.

El carácter fragmentario de auxiliar de justicia que se le atribuye al Ministerio de la Defensa Pública es un factor deteriorante del rol que se le asigna y tiene por efecto, por una parte, debilitar su posición jurídica porque antes que actuar

como un contrapoder social – poder para detener y enfrentar el poder – tiende a ser un mero legitimador del proceso en detrimento de su función principal; esto es, la tutela efectiva de un interés exclusivamente individual vinculado a un derecho humano fundamental cual es la defensa en juicio. Por otra, la legítima percepción que sobre la institución tienen sus potenciales o reales usufructuarios, por la razón explicada, mina considerablemente el trascendental vínculo de confidencialidad que debe existir entre representante y representado, toda vez que la falta de confianza imposibilita proyectar una estrategia defensiva con posibilidades de éxito.

Desde la perspectiva fáctica, en función a las facultades que le otorga la Acordada N° 85/97, la Defensora General, en su carácter de responsable del buen funcionamiento de la institución, ha adoptado variadas resoluciones fundadas en las necesidades de un mejor servicio, pero muchas de ellas fueron revertidas por el Consejo de Superintendencia de la Corte, dejándolas sin efecto. Y las más, numerosas cuestiones cuyo entendimiento, según la Acordada, correspondían a la Defensoría General, fueron resueltas directamente por la Corte Suprema de Justicia sin dar participación a la titular a quien concernía la cuestión decidida. Si bien tales aptitudes, irreverentes a la institucionalidad, han quedado sensiblemente morigeradas. Similar situación se da en materia del ejercicio de las potestades disciplinarias, puesto que aun – independientemente de la Acordada – cuando tuviera respaldo legal (Art. 235 del C.O.J.), en los archivos de Defensoría General no se ha abierto ni un solo sumario administrativo a los funcionarios dependientes, no porque no existen causas que lo ameritan ni por falta de voluntad en hacerlo, sino simplemente porque tal actividad es absorbida por la Superintendencia de la Corte con intervención del Superintendente General de Justicia. Los fenómenos señalados son consecuencias de la existencia de ordenes normativos de categorías distintas que no congenian, pero cuyas coexistencias son necesarias.

En las condiciones apuntadas, es factible afirmar que estructuralmente el Ministerio de la Defensa Pública es bicéfala, en tanto su dirección es ejercida por dos categorías de autoridades de niveles jerárquicos disímiles y que frecuentemente se contraponen, situaciones en las que por el principio de autoridad, deberá prevalecer siempre las directrices de aquella que se encuentra en el escalón superior. En consecuencia, la hibridez direccional de la institución desemboca en una confusión en los integrantes del sistema de la Defensa Pública; puesto que la Defensora General y los Defensores Adjuntos, quienes conviven directa y cotidianamente con los problemas de la institución, se ven inhibidos para adoptar decisiones que la Acordada les faculta

por la potencial posibilidad de ser revertidas por la Corte Suprema de Justicia en función a lo que la ley les autoriza. Y esta bifurcación direccional repercute también en los Defensores Públicos y demás Funcionarios adscriptos a la Defensa Pública, toda vez que no tienen definido, a ciencia cierta, a que autoridad están subordinados y por ende, rendir cuentas de sus actos o formular peticiones vinculados al ejercicio del cargo.

La incierta direccionalidad institucional descrita, de por sí, permite revelar la absoluta falta de autonomía normativa y por ende organizativa, del Ministerio de la Defensa Pública en tanto no puede autorregularse y asegurar así su independencia institucional. A tal privación, emparentado con la primera, se añade la falta de autonomía administrativa habida cuenta que no se le concede la potestad de crear órganos internos y designar funcionarios, según las exigencias que el buen servicio reclama. Estas facultades están en exclusividad en manos de la Corte Suprema de Justicia, que a la hora de adoptar decisiones sobre la materia – munidos de los legajos respectivos que se tramitan en dependencias internas – no siempre son justos en las elecciones porque frecuentemente se dejan de lado a funcionarios de larga y brillante trayectoria en la Defensa Pública para designar a terceros totalmente extraños a la institución. Y esa propensión es perniciosa porque trunca el legítimo anhelo de todo funcionario de ir escalando posiciones en su ámbito laboral; fenómeno que se traduce en una frustración de la carrera judicial en cuyo contexto y fin, el funcionario se ha esmerado, capacitado y actuado responsablemente.

Por lo demás, al esquema actual del Ministerio de la Defensa Pública le es totalmente desconocida la autarquía presupuestaria toda vez que los escasos 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 y como tal, dentro de los acotados límites presupuestarios, se ingenia para mantener el funcionamiento de la Defensa Pública. Por lo tanto, toda necesidad del Ministerio de la Defensa Pública, cualquiera sea su naturaleza, cuantitativa o cualitativa, y siempre que importe erogación, necesariamente debe ser satisfecha por la máxima instancia judicial, precedido de los trámites burocráticos que frecuentemente conducen a tardías respuestas, a las que tampoco se puede renunciar considerando que la utilización del dinero público, por mínima que sea, debe estar documentada a los efectos de rendirse cuenta de ello a las instituciones correspondientes.

Obviamente que una institución – al cual se le priva del poder de

disponibilidad de sus recursos para tutelar los variados, acrecentados y complejos derechos y garantías involucrados en su gestión – no puede exigírsele a que sea un interlocutor válido en la política estatal de administrar justicia, porque, precisamente, la eficacia de su desempeño está supeditada a la posibilidad real de administrar sus propios recursos de acuerdo a las necesidades y dentro de los límites que cada caso particular recomienda, sin perjuicio de estar sometido en su ejecución a los mecanismos de control constitucional.

Los ítems analizados permiten visualizar la excesiva carga administrativa de la Corte Suprema de Justicia, fenómenos que distraen la atención y tratamiento preferencial de las que son merecedoras numerosas y complejas cuestiones jurisdiccionales sometidas a su consideración, de las que se encuentra agobiada, con incidencia en la morosidad judicial que viene a constituir una de las grandes flaquezas de la administración de justicia, no obstante que, desde esa óptica, se ha logrado un importante repunte al escindirse de sus facultades la función de gerenciamiento del Ministerio Público Fiscal en virtud a la Ley N° 1562/00 (Ley Orgánica del Ministerio Público).

Necesidad de la Ley Orgánica: Añadido a las falencias estructurales y normativas panoramizadas precedentemente, debe tenerse en cuenta que a más de obsoletas y promiscuas, son insuficientes, toda vez que no acompañan la progresiva evolución legislativa que cada vez se vuelve más compleja y exigente a la hora de reconocer derechos y garantías a los ciudadanos, y en particular, al momento de pergeñar las instituciones orientadas a reconocerles virtualidad jurídica efectiva. Pero el problema no queda circunscripto a dichas insuficiencias, sino que se ensancha, impredeciblemente, por la tambaleante situación económica y social que atraviesa el país, perfilando una incidencia preponderante e inocultable en la esfera de la administración de justicia.

En ese contexto, nuestro país, como bloque sociocultural latinoamericano, también vive su propio proceso, puesto que entre los años comprendidos entre 1.989 y 2.003, nuestro ordenamiento jurídico positivo ha sido objeto de grandes e importantes transformaciones. Para poner en evidencia tal aserto basta señalar, a título ilustrativo y por citar algunos, que en dicho lapso de tiempo ha entrado en vigencia la Constitución Nacional; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley N° 1/89); el Pacto de San José de Costa Rica (Ley N° 1/90); a Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Ley N° 57/90); el Código Penal (Ley 1.160/97); Ley

Nº 1.500/99 (Habeas Corpus); el Código Procesal Penal (Ley Nº 1.286/98); Ley de Transición (Ley Nº 1.444/99); El Código de la Niñez y de la Adolescencia (Ley Nº 1680/01); Ley Contra la Violencia Domestica (Ley Nº 1600/00); Ley de Adopciones (Ley Nº 1136/97), etc.

Con los aportes de los instrumentos jurídicos citados, se ha asentado las bases de una verdadera reformulación – y no una simple o mera reforma – al servicio de la justicia del país. Naturalmente, que la base de los profundos cambios introducidos están apoyados en las leyes de superior jerarquía, como son la Constitución Nacional y los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales aprobados y ratificados, en tanto las leyes inferiores, como las leyes de fondo y de forma, no hacen otra cosa que reglamentar, sin desnaturalizarlos, los principios rectores reconocidos por aquellos, adentrándonos a la etapa de constitucionalización del proceso.

Ante la globalización del derecho, la función del Ministerio de la Defensa Pública, tal como se ha señalado, no se encuentra circunscripta exclusivamente al ámbito penal (Penal Ordinario y Menores Infractores), sino que abarca, con sus peculiaridades propias, las demás ramas del derecho (Civil, Laboral, Contencioso Administrativo, Niñez y Adolescencia), amplificándose significativamente la carga laboral de sus agentes, al cual es inherente el incremento de la responsabilidad emergente de la función.

Y esa inflación laboral, aunque sin minimizarlo en las demás ramas del derecho, es más acentuada en el Fuero de la Niñez y la Adolescencia y en el Fuero Penal. En el primero, con la creación de la figura del Defensor del Niño, a la luz de la Convención de las Naciones Unidas por los Derechos del Niño y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se requiere, en la generalidad de los casos, de dos Defensores Públicos, uno como Defensor Técnico y otro como Defensor Contralor de los derechos y garantías que los niños les reconoce la ley. En el Fuero Penal, porque, por una parte, bien es sabido que la selectividad que caracteriza el reparto del poder punitivo en todo el mundo hace que la mayoría de los procesados forman parte de su masiva clientela, con una franca tendencia a aumentar en número en razón de la polarización de la riqueza.

Por otra, cuando en un proceso penal la defensa técnica lo ejerce un Defensor Público, su intervención es subsidiaria o residual, porque el derecho a la defensa es un derecho personal y por ende, su elección – el defensor de confianza – se basa en la voluntad del imputado; pero cuando este no puede nombrar uno o no

quiere, el Juez esta obligado a designarle un Defensor Público aun contra su renuente voluntad en aras de un interés superior de justicia y como condición de validez del proceso, porque ningún proceso penal se concibe sin defensa y tampoco aquel puede quedar varado por una posición díscola del imputado. La significación práctica de lo señalado implica que en nuestra legislación penal la potencialidad económica del imputado o acusado no es óbice para inhibir la intervención del Defensor Público, fenómeno que opera como llave para el sensible incremento de sus prestatarios.

Otros núcleos problemáticos se asocian para acrecentar la ya cargada agenda laboral de los Defensores Públicos, por una parte, la preocupante cantidad de casos penales en que los defensores privados renuncian o abandonan la defensa penal en las etapas culminantes del proceso penal, lo cual obliga la intervención de la Defensa Pública para cubrir irresponsabilidades de operadores judiciales ajenos a su estructura. El cuestionamiento formulado no pasa por rehuir el ejercicio de la defensa, sino por la imposibilidad material de proyectar una actividad defensiva real y efectiva como lo exige el debido proceso y no meramente formal que constituye su contrapartida. Lógicamente, en esas condiciones y ante la emergencia que lo motiva, la defensa penal ejercida tiene el sello de un resignado y discreto servicio que no alcanza, ni por asomo, el nivel de un autentico contradictorio exigido por el ordenamiento constitucional.

El extraordinario crecimiento del Ministerio Público Fiscal, cada vez con mas Agentes y Fiscalías Barriales, por ahora en la capital y seguramente luego en las otras ciudades de mayor densidad poblacional, hacen decrecer, paradójicamente, el nivel de cobertura de la Defensa Pública, toda vez que se ve superada, material y humanamente, por la evolución de la institución que por antonomasia es su parte adversa, sin perder de vista que hoy en día proliferan preocupantemente los conflictos penales de acción penal privada en las que el Ministerio Público Fiscal no es parte, pero la Defensa Pública debe estar lista para intervenir en ellas cuando el querellado requiere de sus servicios. Como reflejo de lo apuntado, hoy en día, la Defensa Pública es poco menos que una oficina virtual, donde los Defensores Públicos están con sobredosis de trabajo y no obstante, del esfuerzo sobrehumano que despliegan, no puede cumplir a cabalidad su función, en tanto no existe igualdad de armas entre las partes en el marco del proceso penal en que intervienen.

En ese mismo orden de ideas, existe un elevado porcentaje de casos que requieren la intervención de la Defensa Pública porque según la ley de forma, la

función del defensor culmina con la sentencia definitiva firme, lo cual presupone que el justiciable se incorpora en la etapa de ejecución de sentencia, estadio procesal en que precisamente son abandonados a su suerte. El plus laboral es absorbido por la Defensa Pública quien debe incursionar en el empinado sendero en busca de lograr la libertad del condenado por los dispositivos penales previstos en la ley y que no siempre son fáciles de obtener por la falta de un proceso de rehabilitación social que ubique a los condenados en condiciones de acogerse a aquellos beneficios.

Concurrentemente, los cambios producidos en la estructura socio-económica del país, muy críticas por cierto, y el incremento de la litigiosidad, hacen que aparezcan grupos sociales que antes no requerían asistencia jurídica gratuita. Estos grupos – llamados por los sociólogos “nuevos pobres” – provienen de los sectores culturales medios y presentan características diferenciadas de las personas que tradicionalmente ocupan la franja conocida como pobres estructurales (categoría a la que pertenecen, mayoritariamente, la población paraguaya). Es decir que los nuevos pobres son aquellas personas que, debido a una fuerte y permanente movilidad descendente en sus niveles de vida, han quedado al mismo nivel que los pobres estructurales, no precisamente como producto de una pobreza heredada, sino adquirida, forzosamente, por la fuerza implacable de los eventos coyunturales apuntados.

A lo expuesto, desde la misma perspectiva, debe añadirse las muy en boga modalidades utilizadas como medios de luchas sociales o sindicales que – sin entrar a juzgar sobre la idoneidad o no del medio empleado, ni de la justicia o no los reclamos – se concretizan a través de invasiones de propiedades privadas, manifestaciones con cierres de rutas, huelgas generales, etc., que son llevados a cabo por cientos de personas y que normalmente desembocan en un proceso penal. Y la mayoría de los que participan en tales hechos, en la medida que sean sometidos al proceso penal, se sirven de una defensa técnica gratuita. Lo señalado, en términos reales o potenciales, permiten inferir, como mínimo, la duplicación de personas que se insertan o insertaran al catálogo de beneficiarios del sistema de la Defensa Pública.

Lo indicado autoriza a afirmar que las reformas legislativas, además de sus imperfecciones, se traduce en una voluntad real del Estado de tutelar los derechos y garantías de sus habitantes, pero esos valores volcados en los textos servirán solo para aquietar conciencias y no para la concreción y efectiva aplicación del acceso igualitario e irrestricto a la justicia de un gran sector de la población que se encuentran

aprisionados por la crisis económica y social imperante, sino no se potencia, a nivel legislativo, el Ministerio de la Defensa Pública que, dentro del esquema de la justicia paraguaya y por medio de sus agentes, la soma como la institución capaz de oxigenar, vitalizar e inyectar confianza a sus usuarios que sus intereses y derechos serán representados con eficiencia técnica y profesional y, además, con un sentido humanitario.

Justamente las precariedades que afectan a la institución ha originado opiniones que menoscaban y minimizan la labor del Ministerio de la Defensa Pública en las diversas áreas de su competencia, pero esas censuras son productos de enfoques visionarios relacionados con las carencias estructurales y financieras, tal cual se ha explicado, de la institución y que son materias no atribuibles a sus agentes. Pero aun así, sus integrantes, combinando esfuerzos y energías hacen prevalecer la unidad en el sacrificio por un mismo ideal, lidiando en un mismo campo de batalla y con un mismo objetivo; esto es, dar satisfacción a los beneficiarios del servicio quienes han confiado en la Defensa Pública la tutela de sus vidas, sus libertades, sus hijos, sus bienes y en general, sus vicisitudes y carencias.

Y ese esfuerzo mancomunado se traduce en un punto de partida del fortalecimiento del anhelado Estado de Derecho y Democrático que tiene como postulado implícito el respeto a la dignidad humana y el afianzamiento de la justicia en condiciones de igualdad. De ahí que solamente los gobiernos insensibles, que se desentienden de los acuciantes problemas de la población, pueden seguir consintiendo tantas limitaciones al Ministerio de la Defensa Pública que por la función social que esta llamado a cumplir es un auténtico gestor del Estado Social de Derecho.

Así se explica que el Ministerio de la Defensa Pública es una institución esencial para la tutela judicial efectiva que el Estado pregona y garantiza, pues esta concebida para servir a las personas que se encuentren en imposibilidad económica o social de proveer, por sí mismas, a la defensa de sus derechos y al contenido de dicha prestación es inherente la gratuita representación judicial de sus prestarios, según sea la naturaleza del derecho comprometido en el ámbito de la administración de justicia, y sin discriminación de capacidad económica, condición social, preferencias políticas, religiosas, etc.

Las funciones que les son asignadas permiten descubrir la trascendencia del delicado rol que ejerce en un Estado de Derecho y la necesidad imperiosa de dotarla de una adecuada infraestructura para afrontar con éxito el desafío que le es

encomendado, que pasa por contrarrestar, legislativamente, las actuales trabas y limitaciones que se reflejan en su sistema de servicio y construir un Ministerio de la Defensa Pública moderna, eficiente y con capacidad de cobijar con solidez y sin fisuras la prestación de sus servicios a quienes lo reclaman.

Bien se ha afirmado, que el Ministerio de la Defensa Pública, por el rol social trascendente que cumple, es un derecho del pueblo y como tal, un compromiso de todos y por lo tanto su fortalecimiento y consolidación institucional depende de las férreas y concientes voluntades de los actores políticos involucrados; en caso contrario, el derecho constitucional de la defensa, de la igualdad, del acceso a la justicia, quedarán como meras formalidades para cubrir las apariencias del respeto al debido proceso, absolutamente incompatible con los principios axiomáticos que encarnan a un auténtico Estado Social de Derecho.

Hacia un modelo de Defensoría Pública como Órgano Extra Poder:

La naturaleza jurídica del Ministerio de la Defensa Pública, debe orientarse hacia los órganos extrapoderes, sustentado en los arts. 16 y 17 de la Constitución. La ubicación actual no responde a los postulados previstos en el art. 247 de la Constitución que dispone: “La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los Tribunales y por los Juzgados, en la forma que establezcan la Constitución y ley”. La defensoría pública, no puede estar integrado a este órgano, el mismo solo se integra por organismos jurisdiccionales, como lo es el Poder Judicial, tal cual se halla en la norma constitucional transcripta.

En ese sentido es necesario precisar, antes que nada, el alcance del concepto “Órgano Extrapoderes”. Los órganos extrapoderes conforme con la doctrina, son los órganos públicos que no tienen dependencia funcional respecto a los poderes clásicos: legislativo, ejecutivo y judicial⁵. Podemos citar como órganos extrapoderes, contenidos en la Constitución vigente al Consejo de la Magistratura; el Ministerio Público; la Justicia Electoral; la Defensoría del Pueblo; etc.

Todo órgano extrapoder requiere de ciertas condiciones jurídicas para su funcionamiento, como ser la calidad de persona jurídica de derecho público, con autonomía y autarquía. En ese sentido sería necesario, para tener una mayor comprensión del tema, conceptualizar a las entidades autónomas y autárquicas.

5 Derecho Constitucional Paraguayo, Tomo I; Manuel Dejesus Ramirez Candia

Entidades autónomas: Las entidades autónomas pueden conceptualizarse como: “personas jurídicas de derecho público, creada por el estado, para cumplir su propia normativa para cumplir con las funciones que se le asignan”⁶. Entre los elementos que lo caracterizan se pueden citar los siguientes:

- Entidad de creación legal.
- Personalidad jurídica propia.
- Para cumplir con determinadas finalidades estatales.
- Capacidad de crear normas jurídicas para ejercer puestos.
- Sometido al control estatal

Las entidades autárquicas: La expresión autarquía proviene de: auto (propio) y arquia (dirección) por tanto, autarquía significa dirección propia. Es decir, las entidades autárquicas son personas jurídicas públicas dotadas de la capacidad de autodirección o autoadministración de sus recursos para cumplir con sus fines⁷.

Lucía Valle Figueiredo ha conceptualizado a las entidades autárquicas como: “personas jurídicas de derecho público, con capacidad administrativa, creada por el Estado para la prosecución de finalidades públicas, que se someten al régimen jurídico de derecho de derecho público”⁸. La doctrina mayoritaria resume en los siguientes a los elementos constitutivos de los entes autárquicos:

- Creación legal.
- Personalidad jurídica propia.
- Auto-administración financiera.
- Finalidad pública específica.
- Sometimiento al control del poder central.

Estas entidades se hallan sometidas al régimen jurídico administrativo y por consiguiente, sus actos son asimilados a los actos administrativos, los bienes

6 Derecho Administrativo, Manuel Dejesus Ramirez Candia

7 Derecho Administrativo, Manuel Dejesus Ramirez Candia, pag. 101

8 Valle Figueiredo, Lucia; Curso de Dereito Administrativo, Malheiros Editora, 4º ed., Sao Paulo, 2000, pag. 124

patrimoniales de las entidades autárquicas adquieren las características de ser inenajenable, inembargable e imprescriptible.

Conclusiones: Lo que hemos pretendido con este trabajo es examinar el espíritu y los mandatos marcados por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales que el Estado Paraguayo ha suscripto, lo que bastaría para justificar su tratamiento – en la legislatura – en un plazo razonablemente corto, por razones operativas que hacen, no a los funcionarios; sino a los usuarios, a los requirentes del servicio, a quienes sirve y para quienes esta organización ha sido pensada.

Si existe un apego al programa de transformación que sugiere un Estado Social de Derecho, Democrático y Republicano a los que responde el citado proyecto de Ley Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública, esta institución estará abierta a enormes posibilidades de progreso y de contribución al desarrollo del país. Pero en contrapartida, si valores negativos, como el desinterés o la falta de visión, invaden el ánimo del órgano legislativo se estará dando el dorso a elementales derechos y garantías que reconocen las normas de las más elevadas jerarquías, que no solo comprometen la responsabilidad del Estado ante los órganos supranacionales y la comunidad internacional, sino también el Ministerio de la Defensa Pública quedara, en teoría, como ostentosa institución protectora de los desvalidos, pero en la realidad práctica, convertido en una raquítica maquinaria burocrática que, sin cumplir con sus finalidades, contribuirá a seguir manteniendo ingentes gastos que se satisfacen con los escuálidos recursos públicos.

Como se pudo apreciar en el contexto histórico; el Ministerio de la Defensa Pública, se originó en el seno de la Corte Suprema de Justicia, como órgano auxiliar de este; pero los nuevos cambios legislativos que ha experimentado nuestro país, exigen una transformación de estructura; no se concibe en la actualidad defensorías Públicas sumidas a algún Poder u otro Órgano del Estado; de ser así se seguirá transitando por la senda de la vulneración de liminares principios, garantías y derechos del usuario del sistema de la Defensa Pública, consagrados en la Carta Magna y Tratados Internacionales ratificados por nuestro país. El modelo de Defensoría dependiente a algún órgano estatal, siempre es sinónimo de debilitamiento estructural.

Existen distintos tipos de modelos de Defensorías Públicas, desde el modelo que cuenta con mayor autonomía, como aquellos que no. Otros se hallan

dentro de la Estructura del Poder Legislativo, como es el caso del Ministerio de la Defensa Pública de Costa Rica; en este caso existe una suerte de fusión entre el Defensor del Pueblo y el Defensor Público, lo cierto es que el Defensor Público de Costa Rica, cumple tanto funciones dentro de la judicatura, y como protector de los Derechos humanos. Empero la pertenencia a ese poder estatal, no importa algún tipo de sometimiento o de dependencia; por el contrario esta defensoría se ha caracterizado por su autonomía e independencia, logrando un fortalecimiento institucional que lo ha llevado a un sitial de privilegio, siendo uno de los órganos del sistema judicial de mayor prestigio. En la judicatura Costarricense, la selección de los Jueces, son electos en su mayoría de los Defensores Públicos, por ser los más capacitados y respetados.

Sin embargo, existen otros que se hallan insertos dentro de la estructura del Ministerio Público, formando una unidad entre el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces; inserto a su vez dentro de la Estructura del Poder Judicial; con cierta autonomía; como es el caso de las defensorías públicas de las provincias de Jujuy y del Chubut, República Argentina. La segunda de las nombradas goza de mayor autonomía, si bien formando parte del Poder Judicial, eso no implica que se halla subordinada a ella, por el contrario goza de autonomía funcional o administrativa. La defensoría Pública de Corrientes, también se halla inserta dentro de la estructura del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, República Argentina, con una relación de dependencia que lo hace carente de autonomía funcional y financiera.

Otros, como es el caso de la Defensoría Pública de Chile, se hallan embarcados en plena actividad de reforma, dentro de un proceso de transformación jurídica, similar al sistema jurídico paraguayo. Propugnan una Defensoría Pública que preste servicios autónomos; han instalado un debate serio sobre el modelo que más se ajusta a las exigencias actuales y el que más sobresale es el modelo autónomo.

El Modelo adoptado por el Ministerio Público Fiscal de la República del Paraguay, con autonomía y extraño a cualquier Poder del Estado, le ha otorgado un extraordinario crecimiento, cada vez con más Agentes y Fiscalías Barriales, por ahora en la capital y seguramente luego en las otras ciudades de mayor densidad poblacional. En la actualidad cuentan con 263 Fiscales, 10 Fiscales Generales Adjuntos y un Fiscal General⁹. Con esta contrapartida el Ministerio de la Defensa Pública se halla

imposibilitado de afrontar el nivel de cobertura abarcada por los fiscales, pues se ve superada, material y humanamente, por la evolución de la institución que por antonomasia es su parte adversa, sin olvidar que en la actualidad cada vez más ingresa dentro del sistema los hechos punibles de acción penal privada en las que el Ministerio Público Fiscal no es parte, pero la Defensa Pública debe estar presto para intervenir en ellas cuando el querellado requiere de sus servicios. Como se vislumbra, en la actualidad la Defensa Pública es poco menos que una oficina aparente, donde los Defensores Públicos están sobrecargados de trabajo y no obstante, del esfuerzo que despliegan, no puede cumplir a cabalidad su función, en tanto no existe igualdad de armas entre las partes en el marco del proceso penal en que intervienen.

En ese sentido, cabe mencionar la existencia de un creciente porcentaje de casos que requieren la intervención de la Defensa Pública, porque según la legislación procesal penal, la función del defensor culmina con la sentencia definitiva firme, lo cual presupone que el condenado se incorpora en la etapa de ejecución de sentencia, estadio procesal en que precisamente son abandonados a su suerte. Ese plus laboral es absorbido por la Defensa Pública quien debe incursionar en el empinado sendero en busca de lograr la libertad del condenado por los dispositivos penales previstos en la ley y que no siempre son fáciles de obtener por la falta de un proceso de rehabilitación social que ubique a los condenados en condiciones de acogerse a aquellos beneficios.

Concomitantemente, el proceso de cambios producido en la estructura socio-económica del país, muy críticas por cierto, y el incremento de la litigiosidad, hacen que aparezcan grupos sociales que antes no requerían asistencia jurídica gratuita. Estos grupos – llamados por los sociólogos “nuevos pobres” – provienen de los sectores culturales medios y presentan características diferenciadas de las personas que tradicionalmente ocupan la franja conocida como pobres estructurales (categoría a la que pertenecen, mayoritariamente, la población paraguaya). Es decir que los nuevos pobres son aquellas personas que, debido a una fuerte y permanente movilidad descendente en sus niveles de vida, han quedado al mismo nivel que los pobres estructurales, no precisamente como producto de una pobreza heredada, sino adquirida, forzosamente, por la fuerza implacable de los eventos coyunturales apuntados.

Sumado a ello, debe agregarse las muy modalidades en boga utilizadas como medios de luchas sociales o sindicales que – sin juzgar sobre la idoneidad o no del medio empleado, ni de la justicia o los reclamos – se concretizan a través de

invasiones de propiedades privadas, manifestaciones con cierres rutas, entre otras, los cuales desembocan casi siempre dentro de la esfera penal, y por consiguiente potenciales usuarios del servicio de la Defensa Pública.

Mientras el cometido del Ministerio de la Defensa Pública es la salvaguarda en juicio de la libertad, honra, bienes, en fin, de todo tipo de derechos, constitucional o legalmente reconocidos, a nuestros habitantes, la misión de esa Honorable Legislatura en el punto no puede, no debe ser otra, que la defensa de la Defensa Pública que, como eslabón técnico-jurídico, actúa en pro de los menos afortunados, de los que menos recursos poseen y única posibilidad de acceso a la justicia de los mismos.

Con este proyecto, lo que pretendemos – hoy día en Paraguay¹⁰ – es influenciar en la Legislatura Nacional, de manera a que dicho órgano la revise y si lo considera viable lo sancione como instrumento que materialice los derechos y garantías que nuestra Constitución ha consagrado para todos, tanto en lo que hace al aseguramiento del acceso a la justicia y a la defensa en juicio de las personas y de los derechos.

Sin la defensa a ultranza de la Defensa Pública – no es tomada como bandera por los Legisladores – estos derechos corren el serio y grave peligro no ya de desaparecer sino, lo que es aún peor, de convertirse en meros enunciados teóricos a los que los paraguayos, lamentablemente, somos cada vez más proclives.

Sin igualdad en el acceso a la justicia, sin igualdad en la defensa en juicio, ningún Estado puede seriamente vanagloriarse del aseguramiento efectivo de los derechos humanos dentro de su territorio.

Sólo puede considerarse satisfecha la exigencia de una defensa real, cuando los que tienen acceso a la defensa privada gozan de una defensa pública de igual calidad. Esto sería la satisfacción real del derecho de defensa de los desahogados. En la práctica se la viola en diferente medida, es decir, desde el establecimiento de un funcionamiento de un funcionario al que se recarga de tareas de modo que su cumplimiento sea directamente imposible, y que se resigna a convertirse en buzón de notificaciones que cumplimenta una formalidad, hasta servicios mas o menos discretos, pero que no alcanzan el nivel de dedicación de las defensas de confianza.

¹⁰ Actualmente el anteproyecto de ley orgánica de la Defensa Pública se halla en estudio en la Legislatura.

Un defensor público no puede ser limitado en su deber de defensa por su pertenencia a una corporación en que se puedan incidir presiones externas, como provenientes de los poderes ejecutivos o judiciales u otros. Uno de los errores estructurales de las defensorías públicas, es su pertenencia al poder judicial y, por ende, su autopercepción como parte de la corporación judicial. Esto puede no incidir en forma abierta sobre la autonomía del ejercicio de la defensa, sino, lo que es más frecuente, hacerlo en forma de autocensura: el abogado defensor no puede autolimitarse en sus expresiones ni en la interposición de todos los recursos (incluso supranacional y denuncias ante los órganos competentes contra los jueces) por considerarse parte de una carrera en la que estaría afectando a sus colegas, o peor aún, a sus superiores.

Sin temor a equívocos se puede afirmar que el indicador del grado de realización del estado de derecho, está dada por la autonomía y el Poder de la Defensoría Pública en comparación con las otras instituciones del sistema penal. Poco importan códigos procesales acusatorios – como el nuestro – y jueces técnicamente formados, si carecen de defensa idónea quienes más la necesitan. Allí donde la Defensa Pública es poco menos que una oficina virtual, donde abogados recargados con una misión de imposible cumplimiento se esfuerzan por tratar de hacer lo que puedan, olvidados por quienes prefieren disputar el poder y el presupuesto para otras instituciones siempre más poderosas y mejor conceptuadas por una comunicación que explota y fomenta la venganza (Ministerio Público Fiscal), desgraciadamente el estado de derecho será muy débil, si es que no es reemplazado directamente por el poder arbitrario del estado policial. El estado de derecho sólo podrá considerarse mínimamente respetado cuando la defensa pública – que se ocupa de los menos poderosos o de los directamente desamparados – tenga el mismo poder y la misma jerarquía que el ministerio de la acusación – Ministerio Público Fiscal – pero, por supuesto, a condición de que sobre ninguno de ambos ponga su zarpa ningún poder del estado.

El Ministerio de la Defensa Pública requiere de la necesidad absoluta de independencia del Poder Ejecutivo; del Poder Legislativo; y del Poder Judicial. El Defensor debe ser un magistrado con todas las garantías de independencia del Juez, y quizás con algunas garantías más, ya que no se trata solo de garantizar la imparcialidad, sino también de la defensa del imputado. Debe tratarse de un contrapoder, que puede competir y no inclinar la cabeza en cuanto se trata, al igual que el defensor privado, de un órgano extraño al aparato administrativo público.

La muestra inequívoca de la necesidad de fortalecer el Ministerio de la Defensa Pública, radica en que mayoritariamente las defensas se hallan en manos de los defensores públicos, porque evidentemente se trata de personas que no pueden recurrir a las costosas defensas privadas. Sin embargo, el derecho a la defensa es un derecho fundamental, un derecho de esta naturaleza es un derecho universal, y por lo tanto a todo ciudadano debe consentírsele que, aunque siendo económicamente pudiente, recurra a la defensa pública, sin ser privativo de este. La defensa pública es un derecho del ciudadano, cualquiera puede recurrir a ella. Evidentemente que si una persona opulenta recurra a este instituto es un signo de la menor confiabilidad de la defensa privada y un signo positivo en torno a la efectividad y a la capacidad profesional de la defensa pública. La defensa pública no solo debe ser para los pobres, no debe ser concebida como un débil suplente de la defensa privada. Es la concreción de una garantía fundamental como el derecho de defensa, dejando a salvo, evidentemente, al interesado optar por la defensa privada.

ANEXO
PROYECTO DE LEY DEL
MINISTERIO DE LA DEFENSA PUBLICA

LEY ORGANICA

EL CONGRESO DE LA NACION PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA
DE LEY: LEY ORGANICA DEL MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA

TITULO I - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Naturaleza. Ubicación. Misión. El Ministerio de la Defensa Pública, en adelante denominado “Defensa Pública” es una persona jurídica pública ubicada dentro de la estructura del Poder Judicial con autonomía normativa, administrativa y funcional. Asimismo, goza de autarquía financiera en la administración de los recursos de la institución.

Su principal misión es la de resguardar adecuadamente el debido proceso. Tiene a su cargo la defensa de los intereses de los prestatarios de los servicios de la Defensa Pública y vigila la efectiva protección de los derechos humanos dentro del ámbito de su específica competencia, en la forma y condiciones que estipulan la Constitución Nacional, los Tratados y Convenios Internacionales, esta y las demás leyes aplicables, las Acordadas reglamentarias y el Reglamento Interno General.

Artículo 2. Autonomía. Autarquía. Alcances. La autonomía normativa implica la facultad de dictar normas reglamentarias para su funcionamiento.

La autonomía administrativa importa, para el eficaz cumplimiento de su cometido, la potestad de crear órganos internos y designar funcionarios.

La autonomía funcional, dentro de la competencia que tiene en las distintas áreas de la actividad jurisdiccional, significa que los representantes de la Defensa Pública, sin perjuicio de actuar coordinadamente con la Corte Suprema de Justicia,

el Ministerio Público y con las demás autoridades de la república, desempeñan sus cargos con independencia, libertad y responsabilidad, con sujeción a las leyes que integran el ordenamiento jurídico vigente.

Su autarquía financiera implica la auto administración de las partidas específicas que se le asigna en el Presupuesto General de la Nación y las que le corresponde en otros conceptos establecidos en la ley.

Artículo 3. Principios Específicos. La Defensa Pública adecua su actuación a los siguientes principios específicos que orientan todas sus actuaciones:

1. Interés prioritario. A través de los órganos correspondientes, fija las políticas generales estableciendo los intereses prioritarios que guían la asignación de sus recursos.

2. Unidad de Actuación. Cada uno de los representantes de la Defensa Pública, de acuerdo a la especificidad de sus funciones, responde al principio de unidad de actuación y cuando actúa representa a la institución en su indivisibilidad, sin perjuicio de su responsabilidad personal.

3. Interés predominante del asistido. Los representantes de la Defensa Pública actúan en cada caso en favor de los intereses que les son confiados, procurando en su cometido el resguardo del debido proceso y la justa aplicación de la ley. Ninguna instrucción general o particular de un superior jerárquico afecta el criterio profesional del Defensor Público actuante durante el trámite de un caso concreto.

4. Confidencialidad. Los representantes y funcionarios de la Defensa Pública se encuentran sometidos a la obligación de confidencialidad respecto de la información confiada por sus asistidos, acorde a la ética profesional.

5. Intervención supletoria. La participación de los Defensores Públicos cesa cuando el asistido ejerce el derecho de designar un abogado de confianza o asume su propia defensa, en los casos y en la forma que las leyes autorizan, salvo los casos de intervención legal, exclusiva o promiscua previstas en el ordenamiento jurídico.

6. Competencia Residual. Los Defensores Públicos intervienen en todo asunto judicial cuando los interesados disponibilizan juntas las condiciones para acceder al servicio, siempre que se trate de alguna cuestión que no sea atendida especialmente por otro sistema jurídico gratuito.

7. Gratuidad. Los servicios de la Defensa Pública son gratuitos para quienes acceden a sus servicios en las condiciones requeridas en la presente ley y demás normas reglamentarias. Sería interesante considerar la posibilidad de que cuando el usuario disponga o cuente con recursos financieros para hacerle frente a su defensa judicial, previo dictamen del Departamento de Trabajo Social de la Defensa Pública – o de quien se designe –, pague a la DP el canon establecido por los servicios profesionales, tal y como sucede, por ejemplo, en el caso de Costa Rica. De esta manera se limita un poco el uso abusivo que algunas veces se hace de este servicio y se cobra el servicio cuando el usuario puede pagarlo. Esos fondos podrían tener un destino específico, por ejemplo, para capacitación.

Artículo 4. Deber de Colaboración. Los representantes de la Defensa Pública, cualquiera sea el ámbito específico de su competencia, pueden pedir la colaboración de todo funcionario o autoridad del Estado, de sus entes descentralizados y de los organismos de contralor de la función pública, quienes están obligados a prestarla sin demora y a proporcionar, gratuitamente, los documentos e informes que les sean requeridos, dentro de los límites legales y en el término establecido en el requerimiento.

Igual proceder deben observar los organismos e instituciones privadas y públicas en general, ante las solicitudes que, en ejercicio de sus funciones, efectúan los representantes de la Defensa Pública, debiendo remitir los informes o la documentación en el plazo que la petición establezca.

Artículo 5. Capacitación. La Defensa Pública promoverá la permanente capacitación y especialización de todos sus integrantes, a través de programas destinados a tal fin; cada uno de ellos tiene tanto el derecho a recibir la capacitación establecida por el Programa como el deber de cumplir con las actividades generales y específicas que se fijen.

Artículo 6. Comunicación con el público y control de gestión. La Defensa Pública mantiene comunicación con el público mediante prácticas sencillas y estandarizadas, con el objetivo de conocer el grado de satisfacción con el servicio y

las quejas que formulen los usuarios. Para la supervisión y el control institucional de gestión se establecerán estándares de desempeño institucional a través de la Dirección de la defensa Pública. Estos estándares estarán orientados a mejorar los niveles de transparencia en las gestiones a cargo de la Institución, a mejorar la productividad institucional y a asegurar el buen desempeño individual de los defensores públicos y del personal auxiliar.

Artículo 7. Información ciudadana. La Defensa Pública establece y mantiene programas de información al público sobre los derechos de las personas, las garantías constitucionales y las condiciones y modos para acceder a los servicios de la institución.

Artículo 8. Cooperación e Integración de Recursos. La Defensa Pública, por los canales previstos en la presente ley y de acuerdo a su disponibilidad presupuestaria, podrá establecer convenios con Colegios Profesionales, Universidades, Municipios, Organizaciones no Gubernamentales y otros entes públicos y privados de **cooperación técnica, nacionales e internacionales** para la realización de sus fines.

TITULO II

FUNCIONES DEL MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA

Artículo 9. Funciones Principales. La Defensa Pública tiene como funciones principales las que siguen:

1. Fijar políticas generales tendientes al resguardo del debido proceso y la defensa en juicio de las personas y los derechos conforme a la Constitución Nacional y las leyes de la Republica.
2. Propender a la salvaguarda de los derechos humanos en el ámbito de su competencia.
3. Asesorar, asistir, representar y defender **mediante pago de honorarios cuando corresponda, o gratuitamente**, a las personas físicas que carecen de recursos

suficientes para el acceso a la jurisdicción. Ejerce así la tutela judicial efectiva de sus derechos en condiciones de igualdad.

4. Promover la cooperación local, regional, nacional e internacional para la protección de los derechos humanos.

5. Procurar la conciliación y aplicación de medios alternativos para la solución de conflictos en los casos y materias que corresponda.

6. Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos penitenciarios, de internación, instituciones de familia y afines, con el objeto de que sus representados sean tratados con el respeto debido a sus personas, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y que tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto y en caso de verificar la trasgresión de tales derechos, promover las acciones correspondientes ante las autoridades judiciales o administrativas. **OJO: aquí se está incorporando una función muy delicada relacionada con la ejecución de la pena, actividad que está asignada al poder Ejecutivo. También se asume con esta función una tarea de defensa de derechos humanos que no corresponde, en esencia, a la función de la defensa pública. Para cumplir esta función la DP requeriría de profesionales especializados en materia penitenciaria, tarea ajena a su función. Yo recomiendo eliminarla.**

7. Informar (**a quien**) pública y anualmente, sobre la gestión realizada previo al inicio de cada año judicial. **Informe escrito, oral, que debe ser presentado en qué fecha máxima a quien?**

8. Controlar y prevenir los hechos de corrupción en que puedan incurrir sus miembros.

9. Remitir, por la vía correspondiente, al Poder Legislativo los proyectos de leyes necesarios para un mejor ejercicio de su Ministerio.

10. Elaborar su propio anteproyecto de presupuesto conforme a la Ley Orgánica del Presupuesto General de la Nación.

Artículo 10. Funciones Accesorias. Para el mejor cumplimiento de sus funciones, la Defensa Pública, en lo posible:

1. Promueve investigaciones vinculadas con el acceso a la justicia.
2. Organiza y mantiene bancos de datos sobre fallos jurisprudenciales.
3. Solicita la cooperación de instituciones de investigación, nacionales y extranjeras, públicas y privadas, en los temas de su incumbencia, y celebra convenios de capacitación con los mismos.
4. Propone a las autoridades administrativas y judiciales las medidas de protección de derechos que considere oportunas y necesarias.
5. Realiza informes sobre la situación de las prisiones, formulando recomendaciones para su mejoramiento y promueve la participación de la comunidad en la reinserción social de los sancionados penalmente.

TITULO III

ORGANIZACIÓN

CAPITULO I

Artículo 11. Reglas Generales. Los integrantes de la Defensa Pública, sin distinción de jerarquías, observan en el desempeño de sus funciones los principios de flexibilidad, especialización, trabajo en equipo y responsabilidad personal en el caso y compartida en relación con el resultado de la gestión del órgano que integra; todo ello, en aras del logro de la mayor eficacia de la función. En particular evitan trámites innecesarios y todo descuido en la atención al público.

Artículo 12. Integración. La Defensa Pública está integrada por:

1. Defensor General
2. Defensores Generales Adjuntos
3. Consejo de Coordinación del Ministerio de la Defensa Pública
4. Defensores Públicos
5. Defensores Públicos Coordinadores.

6. Funcionarios y Auxiliares de la Defensa Publica

7. Dirección Administrativa y de Gestión (Presupuesto-financiero-personal-servicios generales-transportes, etc.)

8. Servicios técnicos de apoyo (psicología-trabajo social)

9. Oficina de Prensa

CAPITULO II

DEL DEFENSOR GENERAL

Artículo 13. Defensor General. Jerarquía. Requisitos Elección. Duración. Reelección y Remoción. Defensor General es titular de la Defensa Pública y superior jerárquico de los Defensores Generales Adjuntos, los Defensores Públicos y demás funcionarios. Su autoridad se extiende a todo el territorio nacional.

Para ser Defensor General se requiere nacionalidad paraguaya, edad mínima de treinta y cinco años, título de abogado, haber ejercido la profesión, la magistratura o la cátedra universitaria en materia jurídica como mínimo por cinco años; en forma conjunta, separada o sucesivamente.

Será elegido según la forma prevista para los magistrados judiciales. Durará cinco años en sus funciones y será reelegible, previo concurso, y adquirirá la inamovilidad en el cargo en las condiciones previstas en el artículo 252 de la Constitución Nacional. Podrá ser removido, en lo pertinente, por las causales establecidas para los magistrados judiciales y por el mismo procedimiento.

Artículo 14. Atribuciones. Son atribuciones del Defensor General:

1. Ejercer la Superintendencia de la Defensa Pública, por si mismo o por medio de los órganos correspondientes, en todo el territorio de la Republica, con todas las potestades administrativas, reglamentarias y de contralor que les son atribuidas por la presente ley, las demás leyes dictadas en consecuencia y el Reglamento Interno General.

2. Dictar instrucciones generales y particulares, para la organización de la Defensa Pública que permitan un mejor desenvolvimiento del servicio, a fin de optimizar los resultados de la gestión y la observancia de los principios que rigen el funcionamiento del mismo. Estas instrucciones son públicas y no se refieren al trámite de causas en particular.

3. Diseñar la política general de la Defensa Pública para poner en ejercicio las funciones principales y accesorias enunciadas en esta ley, y ejercer las atribuciones que le confieren las demás leyes y el Reglamento Interno General.

4. Promover y ejecutar estrategias para facilitar el acceso a la justicia de los sectores sociales menos favorecidos.

5. Ejercer la representación legal de la Defensa Publica.

6. Integrar y presidir, salvo la excepción prevista en esta ley, el Consejo de Coordinación de la Defensa Pública y convocarlo cuando lo crea pertinente.

7. Dictar y poner en ejecución los reglamentos necesarios para la organización de las diversas dependencias de la Defensa Pública, las condiciones para acceder al servicio, los criterios para la asignación y distribución de los casos y, en general, cuanto sea menester para la operatividad de su ministerio, de acuerdo con la presente ley, su reglamento, y las necesidades del servicio público;

8. Asegurar en todas las instancias y en todos los procesos en que sea parte la defensa pública, la debida asistencia a los representados, pudiendo intervenir de oficio, cuando a su criterio no se hubiera cumplido dicho presupuesto u otras razones así lo ameritan.

9. Actuar ante los órganos jurisdiccionales en cumplimiento de cargas procesales y, en los casos que correspondan patrocinar los reclamos que los Defensores Públicos planteen ante los Tribunales Internacionales.

10. Fijar el horario de trabajo, de atención al público, en coordinación con la Corte Suprema de Justicia.

11. Conceder vacaciones, permisos y licencias ordinarias a los Defensores Adjuntos, Defensores Públicos y a los demás funcionarios integrantes de la Defensa Publica.

12. Plantear a la Corte Suprema de Justicia los conflictos de atribución

de competencias que se suscitan con otras autoridades del Poder Judicial o con los restantes poderes del Estado.

13. Cuando existen demoras que perjudiquen los legítimos intereses de los representados de la Defensa Pública y éstas provienen de los Jueces, Secretarios o Fiscales, puede solicitar cooperación de la Corte Suprema de Justicia o del Fiscal General del Estado para allanar los obstáculos y si correspondiere, requerir la aplicación de medidas correctivas.

14. Determinar las actividades de capacitación de sus integrantes.

15. Celebrar convenios de cooperación con Instituciones públicas o privadas, nacionales o extranjeras, para la capacitación o la realización de investigaciones propias de sus funciones en las condiciones previstas en el artículo 8 de la presente ley.

16. Promover la utilización de centros de mediación, conciliación, arbitraje y negociación de acceso voluntario.

17. Designar, previa evaluación de meritos y aptitudes, a los funcionarios de la Defensa Pública de acuerdo a la disponibilidad presupuestaria y conforme a los mecanismos establecidos en la presente ley y el Reglamento Interno General.

18. Recibir los juramentos de los funcionarios designados para cumplir funciones en la Defensa Pública.

19. Convocar, por lo menos una vez al año, a una reunión general a los Defensores Públicos para evaluar el trabajo realizado, unificar criterios sobre la actuación de la Defensa Pública, analizar la eficiencia del servicio y las propuestas concretas sobre modificaciones o mejoras que requiera.

20. Inspeccionar periódicamente las Defensorías Públicas en todo el territorio de la República.

21. Remitir a la Corte Suprema de Justicia y publicar anualmente la memoria de la institución en el que da cuenta de la labor realizada, el grado de cumplimiento de los objetivos propuestos y los resultados obtenidos.

22. Recibir donaciones, legados u otros equivalentes y disponer su asignación conforme a las necesidades de la institución y en los rubros específicos previstos en la presente ley.

23. Organizar, reglamentar y dirigir la Dirección de Recursos Humanos, las Oficinas de Asistencia y la Dirección de Administración de la institución.

24. Proveer todo lo conducente para la investigación administrativa y según corresponda, imponer las sanciones disciplinarias que sean de su competencia.

25. Disponer el gasto de la institución de acuerdo al presupuesto asignado, pudiendo delegar esa atribución en el Administrador y en la cuantía que estime conveniente.

26. Enviar al Poder Legislativo el anteproyecto del presupuesto anual de la Defensa Pública.

27. Cualquier otra establecida en la ley o el Reglamento Interno General.

Artículo 15. Reemplazo. En los casos de ausencia o impedimento del Defensor General, será reemplazado interinamente por el Defensor General Adjunto en lo Civil o Penal que el determine.

En caso de inhabilidad o muerte será reemplazado interinamente por el Defensor General Adjunto en lo Civil o Penal, en ese orden. Si ello no fuere posible, por el Defensor Público con mayor antigüedad en el cargo, hasta tanto sea designado el nuevo Defensor General. El reemplazante interino tendrá las mismas atribuciones y obligaciones que el Defensor General.

Artículo 16. Secretaria General. Funciones. Requisitos Designación. Naturaleza del cargo. El Defensor general será auxiliado por un Secretario General, que tendrá por función, la organización de la oficina, la comunicación de las instrucciones, la custodia de los expedientes, documentos y archivos del despacho y todas las demás labores administrativas que el Defensor General le asigne.

La Secretaria General estará a cargo de un Abogado, nombrado directamente por el Defensor General y, contara con los auxiliares de secretaria que sean necesarios.

El cargo de Secretaria General es de confianza y sujeto a libre disposición. En el acto administrativo de designación se deberá mencionar expresamente el carácter del cargo. Los funcionarios de carrera judicial o administrativa, que pasen a ejercer

dicho cargo, de producirse su remoción y toda vez que la misma no obedezca a las causales previstas en el artículo 73 de la presente ley, volverán a las funciones que cumplían con anterioridad o su equivalente.

Artículo 17. Asesoría. Remisión. El Defensor general, dentro de los límites que le permita el presupuesto de la institución, contara con un cuerpo de asesores para que colaboren con el en las diversas áreas que abarcan sus funciones y en su caso, ejercer la representación legal en que la Defensa Pública sea parte.

Para ser asesor se requiere título de abogado. En cuanto a la designación y naturaleza del cargo rige lo dispuesto en el artículo 16, segundo y tercer párrafo, de la presente ley.

CAPITULO III

DE LOS DEFENSORES GENERALES ADJUNTOS

Artículo 18. Dependencia Jerárquica. Numero. Los Defensores Generales Adjuntos tienen rango jerárquico inmediatamente inferior al Defensor General. Mientras su número no sea aumentado por ley para abarcar las diversas áreas jurisdiccionales, será ejercido por los Defensores Generales Adjuntos en lo Civil y Penal, el primero con atribuciones ante las jurisdicciones Civil, de la Niñez y la Adolescencia, Laboral y Contencioso Administrativo derivada de cuestiones laborales, el segundo ante el Fuero Penal ordinario y Menores Infractores de la ley penal.

Artículo 19. Requisitos. Designación. Duración. Reelección y Remoción. Remisión. Para ser Defensor General Adjunto se requiere título de abogado, nacionalidad paraguaya, edad mínima de treinta años, haber ejercido la profesión, una magistratura, funciones judiciales, o la cátedra universitaria en materia jurídica como mínimo por cinco años; en forma conjunta, separada o sucesivamente.

En cuanto a su designación, duración, reelección y remoción al cargo, rige lo dispuesto en el artículo 13, tercer párrafo, de la presente ley.

Artículo 20. Reemplazo. En caso de ausencia, impedimento inhabilidad o muerte del Defensor General Adjunto, será reemplazado interinamente por su par. Si ello no fuere posible, por el Defensor Público de mayor antigüedad en el cargo, hasta tanto sea designado el nuevo Defensor General Adjunto. El reemplazante interino tendrá las mismas atribuciones y obligaciones que el Defensor General Adjunto.

Artículo 21. Funciones del Defensor General Adjunto en lo Civil: El Defensor General Adjunto en lo Civil tiene las siguientes funciones:

1. Proveer lo conducente al orden y funcionamiento de la Defensa Pública en las jurisdicciones Civil, de la Niñez y la Adolescencia, Laboral y Contencioso Administrativo derivadas de cuestiones laborales.
2. Disponer las medidas necesarias para dotar de asistencia legal o representación en las jurisdicciones Civil, de la Niñez y la Adolescencia y Laboral, a quien lo requiera e insta al cumplimiento eficaz de la defensa.
3. Vigilar el estricto cumplimiento de los deberes de los Defensores Públicos a su cargo.
4. Requerir a los Defensores Públicos informaciones periódicas para evaluar el desarrollo de los procesos y para la elaboración del informe anual.
5. Coordinar y supervisar a los Defensores Públicos y funcionarios auxiliares a su cargo, distribuyendo las tareas del modo más objetivo y equitativo para el mejor desenvolvimiento del servicio, en consonancia con las directivas emanadas del Defensor General.
6. Resolver las cuestiones que dentro de su área se susciten entre los Defensores Públicos y funcionarios en materia de atribuciones y competencia.
7. Inspeccionar periódicamente las Defensorías Públicas en todo el territorio de la República.
8. Solicitar informes a las Instituciones de familia y afines donde los representados de la Defensa Pública se encuentran alojados y en su caso, ordena que el Defensor Público interviniente se constituya en dichas sedes con el objeto de inspeccionar su estado y el respeto de su derecho.
9. Formular al Defensor General recomendaciones que, por ser

convenientes a un mejor servicio de su área, amerita el dictado de instrucciones generales o particulares.

10. Cooperar con la Dirección de Administración en las cuestiones relativas a la elaboración y ejecución del presupuesto de la Defensa Pública.

11. Ejercer las otras funciones que le derive el Defensor General y el Consejo de Coordinación del Ministerio de la Defensa Pública.

12. Cualquier otra establecida en la ley o el Reglamento Interno General.

Artículo. 22. Funciones del Defensor General Adjunto en lo Penal. El Defensor General Adjunto en lo Penal tiene por función.

1. Proveer lo conducente al buen orden y funcionamiento de la Defensa Pública en la jurisdicción penal ordinaria y de los Menores Infractores de la Ley Penal.

2. Disponer las medidas necesarias para dotar de asistencia legal o representación a quienes requieran de los servicios de la Defensa Pública e insta al cumplimiento eficaz de la defensa penal;

3. Vigilar el estricto cumplimiento de los deberes de los Defensores Públicos a su cargo;

4. Coordinar y supervisar a los Defensores Públicos y funcionarios auxiliares a su cargo, distribuyendo las tareas del modo más objetivo y equitativo para el mejor desenvolvimiento del servicio, en consonancia con las directivas emanadas de la Defensoría General.

5. Resolver las cuestiones que dentro de su área se susciten entre los Defensores Públicos y funcionarios en materia de atribuciones y competencia.

6. Requerir a los Defensores Públicos informaciones periódicas para evaluar el desarrollo de los procesos y para la elaboración del informe anual.

7. Inspeccionar periódicamente las Defensorías Públicas en todo el territorio de la República.

8. Solicitar informes a los establecimientos penitenciarios donde los representados de la Defensa Pública guardan reclusión y en su caso, ordena que el Defensor Público interviniente se constituya en dicha sede para comunicar a su

representado el estado procesal de su causa y verificar las condiciones en que cumple su reclusión.

9. Participar, cuando se requiera de su concurso, en los Juicios Orales y Públicos.

10. Formular al Defensor General recomendaciones que, por ser convenientes a un mejor servicio de su área, amerita el dictado de instrucciones generales o particulares.

11. Cooperar con la Dirección de Administración en las cuestiones relativas a la elaboración y ejecución del presupuesto de la Defensa Pública.

12. Ejercer las otras funciones que le derive el Defensor General y el Consejo de Coordinación del Ministerio de la Defensa Pública.

13. Cualquier otra establecida en la ley o el Reglamento Interno General.

CAPITULO IV

DEL CONSEJO DE COORDINACIÓN DEL MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA

Artículo 23. Consejo de Coordinación del Ministerio de la Defensa Pública. Integración. Presidencia. Sesión. Resolución.

El Consejo de Coordinación del Ministerio de la Defensa Pública, en adelante denominado “Consejo”, está conformado por el Defensor General que lo preside y los Defensores Generales Adjuntos.

Sesiona para tratar los asuntos previstos en la presente ley, o cuando el Defensor General lo convoque.

En caso de tratarse de objeciones a las Instrucciones del Defensor General o evaluación de la investigación administrativa, el Consejo se integra, con exclusión del Defensor General, con el Defensor Público Coordinador de la capital o en su defecto, el de la localidad más cercana, quedando la presidencia a cargo del Defensor General Adjunto en lo Civil o Penal, en ese orden.

Las resoluciones o dictámenes del Consejo serán adoptadas por mayoría de votos. Sus integrantes fundaran separadamente sus votos o lo harán en forma conjunta cuando estén de acuerdo.

Artículo 24. Funciones. El Consejo tiene las siguientes funciones:

1. Ejercer las facultades de supervisión respecto de los integrantes de la Defensa Pública en todo el territorio de la República. En tal carácter, de acuerdo a la presente ley y el Reglamento Interno General, evalúa la investigación administrativa sustanciada por las denuncias o quejas que se formulan en contra de Defensores Públicos y funcionarios de la institución y dictaminando sobre el merito de la investigación, lo remite al Defensor General a sus efectos.

2. Asignar o reasignar los fueros en que los Defensores Públicos ejercerán sus funciones, de acuerdo a las necesidades y números con los que se cuenta en las diversas localidades o Circunscripciones Judiciales. Se requerirá la conformidad expresa del Defensor Público cuando el fuero que se le asigna o reasigna es distinto al cual ha concursado, conforme al edicto del Consejo de la Magistratura.

3. Comisionar, por razones de mejor servicio, a Defensores Públicos y funcionarios para cumplir con sus funciones en otras localidades o Circunscripciones Judiciales. A tal efecto deberá contar con la expresa conformidad del comisionado.

4. Designar, sin perjuicio de sus funciones, al Defensor Publico que represente a la Defensa Pública en el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia u otros equivalentes.

5. Aprobar el Anteproyecto de presupuesto anual del Ministerio de la Defensa Pública.

6. Organizar un adecuado sistema de control de gestión permanente.

7. Dictaminar sobre las objeciones que se realizan a las instrucciones del Defensor General y en los demás casos previstos en la presente ley.

8. Elaborar el Reglamento Interno General de la Defensa Pública.

9. Expedirse sobre las licencias o permisos extraordinarios de los Representantes de la Defensa Pública y demás funcionarios.

10. Dictar su propio reglamento.

11. Cualquier otra establecida en la ley o el Reglamento Interno General.

Artículo 25. Secretaria. Funciones. Requisitos. El Consejo será asistido por un Secretario, profesional en la materia, que tendrá a su cargo la organización del despacho, la preparación de las sesiones, la notificación de las resoluciones y las demás que les sean atribuidas por el reglamento del Consejo.

En cuanto al requisito, designación y naturaleza del puesto rige lo dispuesto en el artículo 16, segundo y tercer párrafo, de la presente ley.

CAPITULO V

DE LOS DEFENSORES PUBLICOS

Artículo 26. Conformación. Designación. El cuerpo de Defensores Públicos esta conformado por los abogados designados para dicho cargo por la Corte Suprema de Justicia, previa selección de ternas por el Consejo de la Magis- tratura.

Artículo 27. Requisitos. Para ser Defensor Público se requiere edad mínima de treinta años, título de abogado y ejercicio de la profesión, de una magistratura o funciones judiciales por el término de tres años, como mínimo.

Artículo 28. Duración. Reección. Remoción. Remisión. En cuanto a la duración, reelección y remoción al cargo, rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 13, tercer párrafo, de la presente ley.

SECCIÓN I

DE LOS DEFENSORES PÚBLICOS EN LO CIVIL

Artículo 29; Deberes y Atribuciones. Para el cumplimiento de su Ministerio, el Defensor Público en lo Civil tiene las siguientes funciones y atribuciones:

1. Ejerce la defensa y representación en juicio como actor o demandado de los beneficiarios del sistema en las condiciones previstas en el Título VII (Acceso a la Jurisdicción) de la presente ley.

2. Por delegación, promueve la acción civil para la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados por un hecho punible, en las condiciones previstas en el Libro Preliminar, Título II, Capítulo I del Código de Procedimientos Penales.

3. Con carácter previo a la promoción de un proceso y aun promovido este, en los casos que corresponda, procura y facilita acuerdos extrajudiciales, intenta la conciliación y ofrece medios alternativos a la solución judicial de conflictos. En su caso presenta a los jueces los acuerdos alcanzados para su homologación.

4. Contesta las consultas formuladas por personas carentes de recursos, las asesora y en su caso, asume la representación judicial de las mismas.

5. Arbitra los medios para hallar al demandado ausente. Cesa su intervención cuando se le notifica personalmente que ha sido hallado, salvo que invoque y justifique ser beneficiario del sistema conforme lo previsto por esta ley y el código procesal civil.

6. Interviene en el fuero de la Niñez y de la Adolescencia en representación de las personas beneficiarias del sistema en cuanto se trate del ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad y para el régimen de relacionamiento judicial de las personas comprendidas en el artículo 95 de la Ley 1.680, Código de la Niñez y de la Adolescencia, sin perjuicio de la intervención necesaria del Defensor de la Niñez y de la Adolescencia.

7. Tiene intervención necesaria en todos los juicios donde puede venir la interdicción o inhabilitación de una persona. Asimismo, interviene en todos los asuntos judiciales que afecten a los incapaces mayores de edad cuando no tengan curador o cuando existan conflictos de intereses entre los mismos.

8. En los mismos casos del numeral anterior, pero en forma autónoma y ejerciendo la directa representación de los mayores incapaces, petitiona las medidas

que hagan a la protección de su persona o bienes, en los casos expresamente previstos en la ley o cuando aquellos carecieran de asistencia o representación legal o resulte necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales o de las personas que los tuvieren a su cargo por disposición judicial o de hecho.

9. Solicita, la designación o remoción de curadores de los incapaces mayores de edad, y la imposición de medidas para seguridad de sus bienes.

10. Formula ante las autoridades judiciales denuncias por malos tratos a incapaces mayores de edad, y promueve las acciones pertinentes.

11. Inspecciona los establecimientos que tengan a su cargo incapaces mayores de edad bajo su representación, informándose del tratamiento que se les da y denuncia a las autoridades correspondientes los abusos o defectos que adviertan, solicitando se disponga las medidas correspondientes.

12. Convoca a su despacho a los parientes, curadores o encargados de los incapaces mayores de edad y a cualquier persona cuando a su juicio sea necesario para el desempeño de su ministerio, a fin de pedir explicaciones o aclaraciones de denuncias por malos tratos, o que por cualquier otra causa sean formuladas.

13. Se dirige a cualquier persona, autoridad o funcionario público, solicitando informes o medidas en interés de los incapaces mayores de edad.

14. Vela por el buen desempeño de los guardadores y curadores de los incapaces mayores de edad.

15. Cita, en su despacho, a personas que puedan aportar elementos de juicio para el desempeño de su Ministerio.

16. Solicita de los Registros u Oficinas Públicas o Privadas, sin cargo alguno, testimonios, documentos y actuaciones necesarias para su gestión.

17. Requiere la colaboración de la Policía a los fines del cumplimiento de sus funciones.

18. Responde los pedidos de informes que le formula el Defensor General o el Defensor General Adjunto del área.

19. Cuando pretenda valerse de asistente que coopere con el en las tareas accesorias, solicita al Juez actuante su designación dando a conocer sus datos personales y expresando que asumen la responsabilidad por su elección y vigilancia.

20. Ejerce la jefatura del despacho a su cargo.

21. Los demás deberes y atribuciones establecidos en la ley y el Reglamento Interno General.

SECCIÓN II

DE LOS DEFENSORES PÚBLICOS DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA

Artículo 30. Deberes y Atribuciones. El Defensor Público de la Niñez y de la Adolescencia ejerce la defensa de los derechos y garantías de los Niños y Adolescentes de conformidad a las funciones y atribuciones establecidas en los artículos 162, 163 y 164 y concordantes de la ley 1680/01 en función al Principio de Interés Superior de los mismos.

Para el cumplimiento de su ministerio, el Defensor Público de la Niñez y de la Adolescencia tiene las siguientes funciones y atribuciones:

1. En los procesos de la jurisdicción especializada podrá intervenir en carácter de Defensor Técnico en cuanto al ejercicio de la acción, o en su carácter de Defensor Contralor en cuanto a la observancia de los derechos y garantías reconocidos en la ley.

2. Para el ejercicio de su ministerio, el Defensor de la Niñez y de la Adolescencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 90 de la presente ley, no requerirá de la tramitación del beneficio de Litigar sin gastos, ya sea que intervenga en su rol de defensor técnico o contralor.

3. En lo pertinente, el Defensor de la Niñez y de la Adolescencia esta sujeto a las mismas facultades y obligaciones impuestas a los Defensores Públicos en lo Civil, sin que tal remisión importe desatender el principio de interés superior del niño o adolescente a quien representa.

4. Los demás deberes y atribuciones establecidos en la ley y el Reglamento Interno General.

SECCIÓN III

DE LOS DEFENSORES PÚBLICOS EN LO LABORAL

Artículo 31. El Defensor Público en lo Laboral defiende los derechos y garantías laborales del trabajador en relación de dependencia, que requiere de sus servicios y es beneficiario del sistema, en las condiciones previstas en esta ley y en las leyes vigentes que le son aplicables.

Para el cumplimiento de tal fin, tiene los siguientes deberes y atribuciones:

1. Velar por la observancia de los derechos y garantías laborales consagrados por la Constitución Nacional, Convenios Internacionales y demás disposiciones normativas del derecho laboral.

2. Ejercer la representación y defensa en juicio, como actor o demandado, de los trabajadores recurrentes, conforme a las leyes laborales de fondo y forma aplicables.

3. Asesorar y asistir judicialmente, en el fuero contencioso administrativo, a los funcionarios y empleados públicos, beneficiarios del sistema, que sean dependientes de la Administración Central, de los entes descentralizados, los gobiernos departamentales y las municipalidades, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Banca Pública y los demás organismos y entidades del Estado, según la Ley de la Función Pública.

4. Ejercer la representación procesal de los trabajadores declarados ausentes en los juicios laborales.

5. En los casos en que reciba las denuncias por incumplimiento de las leyes del trabajo, las documenta y remite al órgano competente para su intervención, debiendo requerir del mismo un informe sobre lo actuado.

6. En el supuesto de que el denunciante sea un trabajador adolescente, desempeñar la representación legal y procesal del mismo, procurando materializar el principio del interés superior del adolescente.

7. En lo pertinente, está sujeto a las mismas facultades y obligaciones impuestas a los Defensores Públicos en lo Civil.

8. Los demás deberes y atribuciones establecidos en la ley y el Reglamento Interno General.

SECCIÓN IV

DE LOS DEFENSORES PÚBLICOS EN LO PENAL

Artículo 32. Deberes y Atribuciones. El Defensor Público en lo Penal ejerce la defensa de los imputados, acusados y condenados en los procesos penales, sean aquellos, adolescentes o mayores. En cada caso, lo hará conforme a las prescripciones de esta ley y a las leyes de fondo y forma que les son aplicables.

Para el cumplimiento de tal fin, tiene los siguientes deberes y atribuciones:

1. Vigilar por la estricta observancia de los derechos y garantías reconocidos por la legislación a toda persona sometida a enjuiciamiento penal.

2. En los procesos penales en que esté involucrado un adolescente, ajusta su actividad defensiva a las disposiciones del Libro V del Código de la Niñez y de la Adolescencia procurando materializar el principio de interés superior del adolescente a quien representa. En tal carácter estimula, en lo posible, la intervención de los padres, tutores o responsables del mismo.

3. Brindar una completa información al imputado para que este decida su defensa material. En los casos en que considere que corresponde la aplicación de institutos penales capaces de comprometer la responsabilidad personal del representado, de sus bienes, de terceros, o que de cualquier manera importen condicionamientos u obligaciones, el Defensor Público está obligado a explicarle la naturaleza, fines, alcances y efectos, favorables y desfavorables de la institución de que se trate. Supletoriamente puede articular otras defensas que convengan al representado.

4. Cuando la naturaleza del hecho punible lo admita, procura y facilita acuerdos extrajudiciales, intenta la conciliación y ofrece medios alternativos a la solución judicial del conflicto penal. En su caso, los hace valer ante los órganos judiciales correspondientes.

5. Realizar, por lo menos una vez al mes, visitas en los Institutos Penitenciarios, Centros Educativos o Sedes Policiales, en los que guardan reclusión sus asistidos, para;

a) Informarle sobre su situación jurídica-procesal y coordinar sobre la estrategia defensiva seguida o a seguir.

b) Atender los reclamos de reclusos cuyas causas caen bajo el área de su competencia y en caso de que carezcan de medios económicos para solventar los gastos que demandan una defensa privada, ponerse a su disposición para ofrecerle servicio gratuito.

c) Informarse de las condiciones en que se encuentran y del tratamiento que reciben y en caso de constatar secuelas compatibles con torturas o tratos inhumanos, denunciar a las autoridades, jurisdiccionales o administrativas, solicitando se disponga las urgentes medidas que correspondan.

6. Nunca ejerce la representación de quien pretende intervenir como víctima o querellante en el proceso penal, salvo la excepción prevista en el artículo 73, numeral 5 de esa ley.

7. En lo pertinente, está sujeto a las mismas facultades y obligaciones impuestas a los Defensores Públicos en lo Civil.

8. Integrar la Comisión revisora a los fines previstos en el artículo 83 de esta ley.

9. Los demás deberes y atribuciones establecidos en la ley y el Reglamento Interno General.

CAPÍTULO VI

DEL DEFENSOR COORDINADOR

Artículo 33. Defensor Coordinador. En cada Circunscripción o Asiento judicial, con tres (3) o más Defensores Públicos asignados, habrá un Defensor Público Coordinador, y otro Vice Coordinador, denominados en adelante “Coordinador y Vice Coordinador” elegido por sus pares, por mayoría simple o consenso. Duran en el

ejercicio de la función un (1) año y pueden ser reelegidos. En caso de impedimento o ausencia del Coordinador, el Vice Coordinador lo reemplaza con las mismas atribuciones y obligaciones.

Artículo 34: Funciones. Además de las que le corresponden en su carácter de Defensor Público, tiene, en el ámbito territorial asignado, los siguientes deberes y atribuciones:

1. Servir de enlace directo con el Defensor General y en su caso con los Defensores Generales Adjuntos en lo Civil o Penal, poniendo a su conocimiento los obstáculos, inquietudes, cuestiones jurídicas o administrativas que afecten al ámbito territorial en que ejercen sus funciones.

2. Ser portavoz de las indicaciones e instrucciones emanadas del Defensor General, de los Defensores Adjuntos, Civil y Penal, proponiendo las posibles soluciones.

3. Coordinar y supervisar el trabajo de las distintas Oficinas y sus respectivos funcionarios, para el mejor desenvolvimiento del servicio, en consonancia con las directivas emanadas del Defensor General o del Defensor General Adjunto en lo Civil o Penal, según el caso.

4. Ejercer, cuando es comisionado por el Defensor General, la superintendencia sobre los funcionarios de la Defensa Pública de su localidad o Circunscripción.

5. Integrar, en el caso previsto en el artículo 23 de esta ley, el Consejo.

6. Recepcionar las denuncias o quejas formuladas contra los Defensores Públicos o funcionarios de su localidad o Circunscripción y poner a conocimiento del Defensor General.

7. Dirigir la investigación administrativa conforme a lo previsto en el artículo 70 de la presente ley.

8. Organizar reuniones de trabajo, al menos una vez al año, con las instituciones responsables de políticas públicas relacionadas con la niñez, la familia, el trabajo, el sistema judicial, el régimen penitenciario y la protección de los derechos humanos, para recoger las demandas de la comunidad en cuanto a

las prioridades a establecer para la actuación de la Defensa Pública, informando al Consejo y al Defensor General.

9. Representar, en su área de actuación, al Ministerio de la Defensa Pública en las solemnidades oficiales.

10. Las demás atribuciones que le asigna la presente ley y el Reglamento Interno General.

CAPITULO VII

DE LOS FUNCIONARIOS Y AUXILIARES DEL MINISTERIO DE LA DEFENSA PUBLICA

Artículo 35. Funcionarios y Auxiliares. Los funcionarios y auxiliares de la Defensa Pública se registrarán por la presente ley, las normas pertinentes del Código de Organización Judicial, las Acordadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia y el Reglamento Interno General. Esta compuesto por:

1. Los funcionarios de la Defensa Pública
2. Las Instituciones auxiliares de la Justicia dependientes del Poder Judicial.
3. Las Oficinas de Asistencias.

SECCIÓN I

DE LOS FUNCIONARIOS

Artículo 36. Funcionarios de la Defensa Pública. Son las personas nombradas mediante acto administrativo para ocupar de manera permanente o periódica un cargo previsto en el Presupuesto General de la Nación, donde desarrollan tareas inherentes a la función de la Defensa Pública en el que prestan sus servicios. Operativamente responden a las instrucciones del titular del despacho al cual están

adscriptos, sin perjuicio de las facultades del Defensor General. Incluye a las personas que ejercen cargo de confianza y a las que integran las Oficinas de Asistencia.

Artículo 37. Composición. Facultad del Asistente. Remisión. Cada Defensor Público tendrá, como mínimo, un Asistente, un Dactilógrafo y un Ordenanza. En cada Circunscripción Judicial habrá, por lo menos, un Ujier Notificador de la Defensa Pública. Los asistentes, siempre que sean abogados, podrán intervenir en los actos procesales en los que el superior jerárquico a quien asiste haya fundamentado su petición o se ha expedido sobre el objeto del acto, salvo en la audiencia preliminar cuando el Ministerio Público haya presentado acusación. Las otras funciones serán reguladas por el Reglamento Interno General.

SECCIÓN II

DE LAS INSTITUCIONES AUXILIARES DE LA JUSTICIA

Artículo 38. Composición. Son las instituidas en tal carácter y en las condiciones establecidas en el Código de Organización Judicial, en la presente ley, en las Acordadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia. Esta compuesto por.

1. Cuerpo Médico Forense, Peritos, Profesionales de los Departamentos de Psicología, Psiquiatría y otros afines. Los mismos, a requerimiento de los representantes de Defensa Pública, prestarán sus servicios conforme a la naturaleza de las funciones para los cuales fueron instituidos, siempre que no se haya expedido sobre lo requerido por mandato judicial.

2. Ujieres Notificadores y Oficiales de Justicia dependientes de la Corte Suprema de Justicia, para quienes constituye carga pública, privilegiada y gratuita, los mandamientos y notificaciones en las cuales esté interesado la Defensa Pública, sin perjuicio de la remuneración que les pueda corresponder en las condiciones establecidas por Acordada de la Corte Suprema de Justicia.

SECCIÓN III

DE LAS OFICINAS DE ASISTENCIAS

Artículo 39. Las Oficinas de Asistencias. Son dependencias de la Defensa Pública creadas en cada Circunscripción Judicial, en la medida de las posibilidades presupuestarias y necesidades funcionales de la institución. Estará compuesta por las siguientes Oficinas:

- 1 - Oficina de Asistencia Social.
- 2 - Oficina de Asistencia Técnica.
- 3 - Oficina de Asistencia al Detenido y al **Condenado**.

Artículo 40. Oficina de Asistencia Social. Finalidad. Prohibición. Tiene como cometido asesorar, informar y asistir a los representantes de la Defensa Pública y a los usuarios del servicio que ésta presta.

Como dependencia de la Defensa Pública nunca es utilizada en el control de las condiciones impuestas por los jueces a imputados, condenados o sometidos a medidas.

Artículo 41. Jefatura. Designación. Requisitos. Duración Funcionarios dependientes. La Jefatura de la Oficina de Asistencia Social estará a cargo de un profesional designado por el Defensor General, del que depende, mediante el procedimiento de concurso previsto en la presente ley y en el Reglamento General Interno.

Son requisitos para acceder al cargo, poseer título habilitante en Servicio Social; antigüedad mínima en el ejercicio del mismo de cuatro (4) años, o de dos (2) años en cualquier Oficina de Servicio Social, público o privado. Durará cinco años en sus funciones.

Tendrá a su cargo el número de funcionarios que se le asigna en el Presupuesto General de Gastos.

Artículo 42. Funciones. El Jefe de Asistencia de Servicio Social tiene los siguientes deberes y atribuciones:

1. Coordinar, supervisar y evaluar técnicamente a todo el personal dependiente de su Servicio y pone a conocimiento del Defensor General para tomar las providencias que estime necesarias.

2. Informar anualmente sobre las tareas cumplidas y el grado de alcance de los objetivos propuestos y proyecta los programas y tareas que llevará a cabo el Servicio en el siguiente año.

3. Coordinar actividades con organismos oficiales y privados con el fin de participar en programas que complementen las prestaciones del Servicio.

4. Proponer al Defensor General la firma de convenios útiles a los fines de su cometido.

5. Evaluar las necesidades de recursos humanos, materiales y financieros y las eleva en forma de propuesta fundada al Defensor General.

6. Ejercer la Jefatura de la Oficina Técnica y Oficina del Detenido, Condenado o sometido a Medida, conforme al Reglamento Interno General.

Artículo 43. Remoción. Reemplazo. El Jefe de la Oficina de Asistencia Social es removido por las mismas causales que los funcionarios del Ministerio de la Defensa Pública, conforme a la presente ley y el Reglamento Interno General.

En caso de renuncia, vacaciones, ausencia o vacancia temporal de la Jefatura del Servicio, el reemplazante, definitivo o temporal, es designado por el Defensor General, conforme al artículo 56 de la presente ley.

Artículo 44. Oficina de Asistencia Técnica. Tiene por objeto proporcionar apoyo técnico y científico a los diversos órganos del Ministerio de la Defensa Pública.

Como mínimo se compone de las siguientes áreas:

1. El Área de Informática: A cargo de un técnico especializado en procesamiento de datos para brindar informaciones sobre leyes, doctrinas,

jurisprudencias nacionales y extranjeras y cuadros estadísticos a los Defensores Públicos que lo requieran.

2. El Área de Consultores Técnicos: es cubierta por técnicos y profesionales especializados que, mediante pedido de cooperación acordado, dan apoyo gratuito a la Defensa Pública en el área de su especialidad.

Artículo 45. Oficina de Asistencia al Detenido, al Condenado y al sometido a medida. Función. Su cometido es velar por las condiciones de salubridad e higiene en los centros de detención y el respeto de los derechos de las personas privadas de libertad. Se ocupa de dar ayuda humanitaria, consejo legal y de preparar a los asistidos para su reinserción social, realizando las gestiones y trámites pertinentes.

TITULO IV

REGLAS GENERALES DE FUNCIONAMIENTO

Artículo 46. Principios de Actuación. Alcance. Los representantes de la Defensa Pública, en el ejercicio de sus funciones, no pueden ser impedidos ni coartados por ninguna otra autoridad. Sus actividades se rigen con arreglo a los principios de legalidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica en tanto sean compatibles con la misión que le es atribuida, pero sin sujeción a directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura.

Artículo 47. Instrucciones del Defensor General. Objeciones. Las objeciones a las instrucciones impartidas por el Defensor General, son planteadas ante el Consejo, el que se expide dentro de los tres días, recomendando mediante dictamen fundado al Defensor General su ratificación, modificación o revocación. El dictamen no tiene carácter vinculante y el Defensor General podrá apartarse del mismo aun fundado en razones de oportunidad y conveniencia.

Artículo 48. Instrucciones de Defensores Públicos. Los Defensores Públicos imparten al personal de su dependencia las instrucciones que consideran convenientes al mejor servicio y ejercicio de sus funciones.

Las instrucciones pueden efectuarse en forma escrita o por cualquier medio electrónico de transmisión de la palabra. En caso de peligro en la demora se imparten verbalmente o en forma telefónica.

En las audiencias y juicios orales, el Defensor Público actúa según su criterio profesional, sin perjuicio de observar las instrucciones generales que resulten pertinentes.

Artículo 49. Objeciones a las Instrucciones de Defensores Públicos. Los funcionarios o auxiliares que deban cumplir una orden emanada del Defensor Público de quien depende o del Coordinador, en caso de considerarla improcedente lo hacen saber a quien la hubiere emitido, a efectos de que la ratifique o rectifique.

Ratificada la instrucción cuestionada, pueden objetarla fundadamente por las siguientes razones: a) Ilegalidad y b) Improcedencia.

Las objeciones son resueltas por el Defensor General o, según corresponda, por el Defensor General Adjunto, dentro del término de tres días de su recepción. En caso de ser confirmada la instrucción objetada, el inferior jerárquico debe cumplirla, pudiendo dejar a salvo su discrepancia.

Artículo 50. Actos procesales sujetos a plazo o urgentes. Cuando una instrucción objetada se refiere a un acto sujeto a un plazo o que no admita demora, el Defensor o funcionario que recibe la orden la cumple en nombre del Superior que la emitió, sin perjuicio del trámite de la objeción.

Si la instrucción objetada, consiste en omitir un acto sujeto a plazo o que no admite demora el Defensor o funcionario que la objeta actúa bajo su exclusiva responsabilidad, sin perjuicio del posterior desistimiento de la actividad cumplida.

Artículo 51. Recurso. Promoción de acción. Los Defensores Públicos deberán interponer los recursos legales contra las resoluciones adversas a sus

representados, consintiéndola solamente cuando juzgan que no existen condiciones objetivas de impugnabilidad que autoricen a promoverlas o las mismas sean inconsistentes, inconvenientes o lesivas a los intereses que representa. En tal caso, el Defensor Público, comunica al representado y le hace saber que puede solicitar la revisión de su decisión por el Defensor General Adjunto en lo Civil o Penal, según el caso.

Similar proceder observara cuando niega al requirente la promoción de una acción o intervenir en la ya promovida.

Artículo 52. Impulso Procesal. Los Defensores Públicos, cualquiera sea el fuero en que intervienen, deberán implementar los dispositivos procesales tendientes a contrarrestar las demoras en la realización de diligencias requeridas o en el dictado de las correspondientes resoluciones.

Artículo 53. Excusación. Los representantes de la Defensa Pública deberán excusarse cuando existan intereses contrapuestos graves, con el representado o de estos entre si, que les impida desempeñar su labor en forma eficaz. Estas causales son de interpretación restrictiva y podrán ser denunciadas por el representado. En casos de controversia resolverá directamente la autoridad judicial ante la que actúan, salvo que esta requiera un dictamen previo del Defensor General.

Artículo 54. Incompatibilidad. El Defensor Público no puede ejercer su función, a favor de una misma persona, en forma simultánea con un defensor particular.

Artículo 55. Visitas Carcelarias. Eximición Para el cumplimiento del deber que el Artículo 32 numeral 5 de la esta ley asigna a los Defensores Públicos Penales, la autoridad penitenciaria asume el compromiso de ofrecer condiciones de máxima seguridad. Para el efecto deberá disponer de una oficina destinada a la entrevista privada entre el asistido y el Defensor Público.

En caso contrario el Defensor Público queda eximido de esa obligación debiendo comunicar inmediatamente al Defensor General. Así mismo, cuando lo requiera, deberá poner a su disposición, los datos registrales que sobre el asistido se tiene en la institución penitenciaria.

Artículo 56. Reemplazo. En caso de vacaciones, vacancias o permisos ordinarios de los integrantes de la Defensa Pública, el Defensor General, previo dictamen de la Dirección de Recursos Humanos, designara provisoriamente, mediante Resolución debidamente fundada en razones impostergables del servicio y mientras dure las vacaciones, vacancias o permisos de la que se trate, al funcionario que reúne las condiciones exigidas para el titular. En los casos de solicitudes de permisos o licencias extraordinarias, la decisión corresponderá al Consejo, previo dictamen de la Dirección de Recursos Humanos.

Tratándose de impedimentos circunstanciales, se suplirán automáticamente entre sí.

Artículo 57. Actuación Conjunta. Cualquier Defensor Público podrá solicitar la cooperación de otro Defensor Público, aún de diversa jerarquía y asiento, para actuar conjuntamente en los juicios orales, siempre que cuente con la conformidad del requerido.

Artículo 58. Contracautela. Los Defensores Públicos, en el ejercicio de sus funciones, están exceptuados de la prestación de contracautelas, fianzas, cauciones reales o personales u otras afines o condicionantes de medidas cautelares.

Artículo 59. Costas e Indemnizaciones. Los costos o indemnizaciones derivadas de las actuaciones de los Defensores Públicos en los procesos en que intervienen, serán abonadas por el prestatario del servicio, exceptuando lo que pudiera haber correspondido a un profesional particular de no ser Defensor Público.

TITULO V ORGANO ADMINISTRATIVO

Artículo 60. Dirección de Administración. Administrador. Designación. Naturaleza del cargo. La Defensa Pública será administrada por la Dirección de Administración en adelante denominado “Administrador”, que dependerá directamente del Defensor General.

El Administrador será nombrado directamente por el Defensor General.

Para ser Administrador se requiere nacionalidad paraguaya, edad mínima de 30 años, título de Economista, Licenciado en Ciencias Contables o Administración de Empresas, haber ejercido, como mínimo, la profesión o la docencia en esa materia durante cinco años, en forma conjunta, separada o sucesivamente.

En cuanto a la naturaleza del cargo rige lo dispuesto en el artículo 16, tercer párrafo, de la presente ley.

Artículo 61. Administrador. Funciones principales. El administrador tendrá las funciones siguientes.

1. elaborar y proponer al Consejo el anteproyecto de presupuesto anual del Ministerio.
2. distribuir los materiales y recursos necesarios para el cumplimiento de las funciones de la institución,
3. programar y autorizar las compras y gastos, salvo aquellos gastos que el Defensor General determine que requieran de su autorización.
4. gestionar el cobro de los recursos propios de la Defensa Pública, preparar y ejecutar las partidas especiales de los fondos propios.
5. proveer, previa autorización del Defensor General, del dinero necesario para afrontar los gastos extraordinarios que demanden las actividades de la Defensa Pública.

6. controlar los depósitos de dinero del Ministerio.

7. coordinar sus tareas con el Ministerio de Hacienda, con la Contraloría General de la República y con otras dependencias del Estado vinculadas a la ejecución presupuestaria, y,

8. realizar todas las tareas de administración y organización del Ministerio que encomienda el Defensor General y asesorarlo en todos los problemas administrativos y financieros de la institución.

Artículo 62. Funciones Accesorias. Recursos Materiales. El Administrador organizara la distribución y utilización de los recursos materiales, de los medios de comunicación y transporte.

Mensualmente cada representante de la Defensa Pública presentara los requerimientos de recursos materiales y serán responsables de su buen uso y mantenimiento.

El Administrador elaborara y mantendrá actualizado el inventario de bienes de la Defensa Pública y dará de baja aquellos que ya no sean útiles o se hayan deteriorado.

Artículo 63. Personal Administrativo. Jefatura. La Defensa Pública, con asiento en la capital, contara con el personal administrativo necesario para el cumplimiento de sus funciones.

El Administrador será el Jefe del plantel administrativo, sin perjuicio de las facultades del Defensor General. Tiene los derechos, deberes y responsabilidades que le acuerda esta ley, las demás leyes y el Reglamento Interno General.

Artículo 64. Incorporación. A los efectos previstos en la ley N° 2051 (Ley de Contrataciones Públicas), el Ministerio de la Defensa Pública se incorpora al Artículo 1, numeral “a” de la referida ley.

TITULO VI CAPITULO I REGIMEN DISCIPLINARIO

Artículo 65. De los Deberes, Derechos y Responsabilidades. El Defensor General, los Defensores Generales Adjuntos, los Defensores Públicos, los demás Funcionarios de la Defensa Pública tienen los derechos, deberes y responsabilidades que establecen la Constitución Nacional, las Leyes u otros instrumentos normativos dictadas en consecuencia y las establecidas en el Reglamento Interno General.

Artículo 66. Excepciones. Están exceptuados del régimen disciplinario el Defensor General, los Defensores Generales Adjuntos y los profesionales y auxiliares de la justicia comprendida en los artículos 44 numeral 2, y 38 de la presente ley. En los casos en que estos últimos incurrieren en irregularidades en el ejercicio de sus funciones, el Defensor General o los Defensores Generales Adjuntos en lo Civil o Penal, comunicaran del hecho a la Corte Suprema de Justicia, a los efectos legales correspondientes.

Artículo 67. Tribunal de Disciplina. El Consejo de la Defensa Pública, en las condiciones previstas en el Artículo 23 de esta ley, se constituye en Tribunal Disciplinario para evaluar el mérito de la investigación administrativa abierta a un Defensor o funcionario de la Defensa Pública, que supuestamente ha incurrido, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas, en acciones u omisiones consideradas como faltas, a los efectos de elevar el correspondiente dictamen al Defensor General, sin perjuicio e independientemente, si correspondiera, de que sugiera la remisión de los antecedentes a otra autoridad competente para su juzgamiento.

Artículo 68. Contralor Disciplinario. Designación. Requisitos. Rango. Duración. El Defensor General nombrara al Contralor Disciplinario. Para ejercer el cargo se requiere de los mismos requisitos exigidos para el Defensor General Adjunto. Durara cinco años en sus funciones y podrá ser reelegido.

Artículo 69. Funciones y Atribuciones. El Contralor Disciplinario, tiene las siguientes funciones y atribuciones:

1. Recepcionar las denuncias o quejas que se formulan contra los Defensores Públicos o funcionarios de la Defensa Publica y pone a conocimiento del Defensor General.
2. realizar las investigaciones administrativas en las condiciones previstas en la presente ley.
3. Acusar ante el Tribunal Disciplinario cuando cuenta con elementos probatorios suficientes capaces de detectar la existencia de falta administrativa y su responsable.
4. Poner a conocimiento del Defensor General los sucesos que permiten sospechar la existencia de hechos punibles en que incurren los funcionarios en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ella y actuar en consecuencia.
5. Instituir una dependencia en la que se recepcione las quejas, reclamos y denuncias que afecten a los Defensores Públicos y funcionarios de la institución, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ella.
6. Proyectar y ejecutar programas tendientes a una adecuada prestación de servicio publico por parte de los miembros de la institución y a prevenir acciones u omisiones constitutivas de hechos punibles o faltas administrativas.
7. Elevar anualmente al Defensor General un pormenorizado informe de las actividades desplegadas.

Artículo 70. Delegación. Salvo en los casos en que el involucrado sea un Defensor Publico, el Administrador o el Jefe de la Oficina de Asistencia y si a criterio del Defensor General resulte mas conveniente, la investigación administrativa podrá delegarse al Coordinador del asiento judicial correspondiente. En tal caso y concluida la investigación, este elevara los antecedentes al Consejo a los efectos previstos en el Artículo 24 numeral 1 de la presente ley.

Artículo 71. Independencia Investigativa. La investigación administrativa es independiente a cualquier otro proceso que se inicie contra el Defensor

Publico o funcionario ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados o de la justicia ordinaria, sin perjuicio de lo establecido, en lo pertinente, en el artículo 75 de la presente ley.

Artículo 72. Sanciones. El Defensor General, previo dictamen del Tribunal Disciplinario, podrá imponer las sanciones disciplinarias siguientes.

1. Amonestación verbal o escrita.
2. Multa hasta el 30 % de su remuneración mensual, a excepción de lo que corresponda al aporte de seguridad social u otros equivalentes.
3. Suspensión al cargo o empleo sin goce de haberes de hasta 30 días, salvo la excepción prevista en el Artículo 75 de la presente ley.
4. Remoción, cuando se trate de funcionarios del área judicial o administrativa, dependientes de la Defensa Publica.

Artículo 73. Faltas. Serán motivos de sanción disciplinaria las siguientes acciones u omisiones.

1. realizar o participar en un hecho punible, en ocasión del ejercicio de sus funciones, o con motivo de estas, sin perjuicio de su responsabilidad penal.
2. realizar o participar en un hecho punible doloso cuando como consecuencia del mismo recaiga una sanción penal con pena privativa de libertad, sin perjuicio de su responsabilidad penal.
3. aceptar ofrecimiento o promesas, recibir dadas o cualquier regalo, por ejercer las funciones de su cargo o después de ejercerlas, sin perjuicio de su responsabilidad penal.
4. solicitar de los litigantes o de cualquier persona, dinero o promesas o cualquier remuneración por ejercer las funciones de su cargo, aun en concepto de gastos, sin perjuicio de su responsabilidad penal.
5. Ejercer la profesión de Abogado, en cualquier jurisdicción, al margen de sus funciones, excepto cuando se trate de asuntos propios, del cónyuge o conviviente, padres, hijos o de las personas que están bajo su guarda.

6. Tramitar asuntos judiciales de terceros y coparticipar o tener empleo en estudio de abogado, escribano, procurador, contador o martillero.

7. El desempeño de empleos públicos o privados, salvo las comisiones de estudio o la docencia, en cuanto no hubiere superposición horaria que afecte sustancialmente la ocupación eficiente del cargo.

8. La práctica de juegos azar prohibidos y la concurrencia habitual a lugares destinados a juegos de azar legalmente habilitados.

9. Utilizar su cargo para influenciar en otras autoridades judiciales o administrativas.

10. Faltar, sin causa justificada, a sus oficinas, llegar ordinariamente tarde, o no permanecer en ellas en el tiempo previsto en el Reglamento Interno General. Se exceptúan los casos en que por razones de trabajo estén efectuando sus funciones fuera de su oficina.

11. Demorar indebidamente el despacho de los asuntos, ya sea por negligencia, por las obligaciones legales o de las instrucciones.

12. Ejecutar hechos o incurrir en omisiones que tengan como consecuencia extravíar expedientes, dificultar o demorar el ejercicio de los derechos de los prestatarios de la institución.

13. Ofender o denostar a los litigantes o cualquier otra persona que acuda a las oficinas de la Defensa Pública o a las audiencias de los Tribunales y no tratar a los usuarios con el debido respeto.

14. No excusarse en los casos en que tengan impedimento manifiesto,

15. Injuriar o faltar gravemente el respeto a sus superiores jerárquicos.

16. Haber sido declarado litigante temerario o de mala fe por resolución judicial firme.

17. Haber sido declarada, en el proceso penal, abandonada la defensa por resolución judicial firme.

18. Cometer, actos de desacato contra sus superiores jerárquicos en el ejercicio de sus funciones de contralor.

Artículo 74. Proporcionalidad. Toda sanción disciplinaria será proporcional a la gravedad de la falta y en su medición se tendrá en cuenta los precedentes en la función y los perjuicios efectivamente causados.

Artículo 75. Denuncia. Formalidades. Tramite. La denuncia contra un Defensor Público o funcionario de la Defensa Pública, sin perjuicio de que se la formule ante los órganos correspondientes, será recepcionada por el Contralor Disciplinario o en su caso, por el Coordinador. La misma deberá contener, en lo pertinente, las exigencias previstas en el artículo 285 del Código de Procedimientos Penales.

La denuncia será puesta inmediatamente a conocimiento del Defensor General para que, si existiere mérito para ello, ordene la investigación a quien corresponda. Cuando la falta atribuida a un Defensor Público constituyese, además, un hecho punible o mal desempeño de sus funciones, el Contralor Disciplinario se limitara a examinar el mérito de la imputación y, en su caso, pondrá a consideración del Consejo a los efectos previstos en el Artículo 24 numeral 1 de la presente ley. Tratándose de hecho punible se estará a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 1.084/97, pudiendo el Defensor General, si considera que por una u otra causal existe presunciones graves contra el mismo, suspenderle en el cargo, con goce de sueldo, hasta tanto se dicte prisión preventiva o su equivalente o, en su caso, hasta que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados solicite fundadamente su suspensión preventiva.

En estas condiciones, la investigación administrativa quedara suspendida y estará supeditada al proceso penal o enjuiciamiento por mal desempeño de funciones, prolongándose la suspensión en el cargo hasta que se dicte sentencia definitiva. Si esta fuera absolutoria, el Defensor Público será repuesto en el cargo, en caso contrario, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados dispondrá su remoción.

Cuando la falta atribuida a un funcionario, judicial o administrativo, de la Defensa Pública constituyese, además, un hecho punible, el Contralor Disciplinario o, en su caso, el Defensor Coordinador, se limitara a examinar el mérito de la imputación y, en su caso, pondrá a consideración del Consejo a los efectos previstos en el Artículo 24 numeral 1 de la presente ley. En este caso, el Defensor General, si considera que existen presunciones graves contra el funcionario, podrá suspenderle en el cargo, con

goce de sueldo, hasta tanto se dicte prisión preventiva o su equivalente.

En estas condiciones, la investigación administrativa quedara suspendida y estará supeditada al proceso penal, prolongándose la suspensión en el cargo hasta que se dicte sentencia definitiva. Si esta fuera absolutoria, el funcionario será repuesto en el cargo, en caso contrario, el Defensor General dispondrá su remoción.

Si la denuncia no cumple las condiciones exigidas o contuviese imputación notoriamente improcedente o carece de seriedad por falta de respaldo probatorio, el Defensor General podrá ordenar que se disponga su archivamiento con noticia al denunciante para que este ocurra, si conviniera a sus derechos, ante los órganos correspondientes.

Artículo 76. Procedimiento. Impugnación. Plazo. El Reglamento Interno General regulará un procedimiento breve que garantice el debido proceso adjetivo y el derecho de defensa en juicio del funcionario o Defensor Público investigado administrativamente. Si la sanción disciplinaria que se pueda aplicar al funcionario son las previstas en los numerales 3 o 4 del artículo 72 de esta ley y al Defensor Público el previsto en el artículo 72 numeral 3, a pedido del investigado, el debate podrá ser oral.

La investigación de los hechos y la acusación administrativa estará a cargo del Contralor Disciplinario, salvo los casos de delegación.

El Tribunal Disciplinario emitirá un dictamen fundado y lo remitirá inmediatamente al Defensor General, quien impondrá, si correspondiere, la sanción disciplinaria única. La decisión será fundada y definitiva y será anotada, una vez que se encuentre firme, en el respectivo legajo del sancionado con indicación del motivo.

La resolución que impone una sanción disciplinaria podrá ser objeto de la acción contenciosa administrativa, dentro del perentorio plazo de cinco días hábiles, computados a partir del día siguiente a la notificación personal al afectado.

Artículo 77. Resultado de la Investigación. Remisión. Cuando de la investigación practicada a los Defensores Públicos o funcionarios resulten la comisión de hechos punibles o mal desempeño de sus funciones, el Defensor General, previo dictamen del Consejo, remitirá las actuaciones, según el caso, al Jurado de

Enjuiciamiento de Magistrados o al Ministerio Público Fiscal competente a fin de que se proceda conforme a las leyes que rigen la materia.

Artículo 78. Deber de comunicación. Los jueces, tribunales y fiscales, al tener conocimiento de alguna irregularidad en que incurre un Defensor Público o funcionario de la Defensa Pública, comunicaran el hecho al Defensor General a los efectos de que, previa evaluación y si correspondiere, derivarlo al órgano pertinente.

CAPITULO II

DE LA PRESCRIPCIÓN, REVISIÓN Y REHABILITACIÓN

Artículo 79. Prescripción. Las faltas previstas en el artículo 72 de la presente ley, prescriben a los dos años. Tratándose de hechos punibles, el plazo de la prescripción se regirá por las reglas del derecho penal.

Artículo 80. Inicio. Suspensión. Interrupción. El plazo de la prescripción va a ocurrir a partir de la fecha en que la falta fue cometida.

Cuando la falta atribuida a un Defensor Público o funcionario, judicial o administrativo, constituyese, además, un hecho punible, el plazo de la prescripción quedara suspendido hasta tanto se expidan el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados o la justicia ordinaria, según el caso.

El inicio del procedimiento administrativo disciplinario interrumpe el plazo de la prescripción.

Artículo 81. Revisión. La revisión del proceso disciplinario procederá contra la resolución administrativa, sancionatoria y firme, en todo tiempo, siempre que se aleguen hechos nuevos o elementos probatorios que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento disciplinario permitan acreditar la inocencia del sancionado o justificar una sanción más benigna.

Artículo 82. Legitimación. Podrán promover la revisión el propio interesado o en el caso de que haya fallecido, su cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o hermano. De haber sido declarado interdicto, su curador.

Artículo 83. Órgano Receptor. Tramite. Integración. La revisión será planteada a la autoridad administrativa que ha aplicado la sanción, quien dispondrá su tramitación ordenando la agregación de la presentación al expediente original y la integración de la comisión revisora, compuesto por tres Defensores Públicos del Fuero Penal que resulten sorteados y que no hayan participado en el procedimiento disciplinario objeto de revisión.

Artículo 84. Análisis. Dictamen. Plazos. Efectos. Integrada la comisión revisora y recibida las actuaciones, si se ha ofrecido pruebas, ordenaran su diligenciamiento, en caso contrario, analizara el planteamiento para dictaminar, fundadamente, sobre su admisibilidad y procedencia en un plazo de diez días y lo remitirá al Defensor General quien deberá resolverlo en un plazo de veinte días.

Juzgada procedente la revisión quedara sin efecto la sanción impuesta o sustituida la mas grave, reestableciéndose los derechos afectados por la sanción, con constancia en el legajo personal.

Artículo 85. Rehabilitación. Excepción. Plazo. Transcurrido dos años de haberse impuesto la sanción disciplinaria prevista en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 72 de esta ley, podrá el afectado solicitar al Defensor General la cancelación de la sanción registrada en su legajo personal, salvo que sea reincidente. El Defensor General lo resolverá previo dictamen del Consejo.

A los efectos previstos en el párrafo precedente, se considera reincidente a quien incurre en una falta en el plazo de un año de habersele impuesto una sanción disciplinaria.

TITULO VII

CARRERA DEL MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.

Artículo 86. Carrera Judicial y Administrativa. Todos los funcionarios de la Defensa Pública pertenecerán a la carrera judicial o administrativa, conforme a lo previsto en esta ley.

La carrera será reglamentada por el Defensor General, conforme a los principios y reglas básicas que rigen el servicio publico.

A quienes ocupen cargos de confianza, mientras permanezcan en sus funciones, les será aplicable el régimen general de los funcionarios de carrera. **Los resultados de la evaluación de desempeño serán tomados en cuenta para la Carrera Judicial.**

Artículo 87. Nombramiento. Concurso. Inhabilidades. Juramento. Los funcionarios administrativos y judiciales de la Defensa Publica serán nombrados por el Defensor General, previo concurso publico de aspirantes, a cuyo efecto se tendrá en cuenta los siguientes aspectos.

1. los requisitos del cargo, previstos en la ley,
2. los antecedentes que acrediten idoneidad especial para el área respectiva y una sólida formación para el desempeño de las funciones que aspira y,
3. los informes relativos a la tarea profesional.
4. la antigüedad en la Defensa Publica.

Para valorar estos aspectos se podrá citar a una entrevista personal o realizar oposiciones.

El concurso será abierto a cualquier aspirante y la discapacidad física no será impedimento para el ingreso a la institución.

No podrán aspirar al ingreso, quienes hayan sido condenados judicialmente a penas privativas de libertad, de inhabilitación en el ejercicio de la profesión y para ejercer cargos públicos, o hayan sido privados de sus derechos como ciudadanos, mientras dure la inhabilitación.

Los funcionarios nombrados, al tomar posesión de sus cargos, deberán prestar juramento de desempeñarlos bien y legalmente, y de cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional, las Leyes de la Republica y el Reglamento Interno General.

Artículo 88. Evaluación. Calificación. Los funcionarios de la Defensa Pública serán periódicamente evaluados y calificados **con base en indicadores o estándares de desempeño institucional y personales previamente establecidos**. La calificación correspondiente a cada funcionario será elaborado **según los resultados de estos indicadores** con criterios objetivos, aprobados por el Defensor General que será comunicado a todos los funcionarios. Para determinar la calificación se tendrá en consideración, entre otros, los siguientes criterios.

1. la evaluación sobre el desempeño funcional realizada anualmente por cada superior jerárquico **con base en los indicadores de desempeño**.
2. la participación y el desempeño en actividades de formación y capacitación,
3. las faltas administrativas cometidas y las sanciones impuestas,
4. los trabajos de investigación realizados, los estudios particulares o la participación en actividades académicas o científicas,
5. las contribuciones al mejoramiento general del funcionamiento del Ministerio de la Defensa Pública,
6. los informes favorables o negativos presentados por jueces, magistrados, personalidades o entidades de reconocido prestigio.

El Defensor General aprobará el método de asignación de puntaje, el que será comunicado a todos los funcionarios.

La calificación podrá ser certificada por el Defensor General, a pedido de parte, para ser presentada al Consejo de la Magistratura u otras instituciones.

Artículo 89. Asociaciones. Los representantes de la Defensa Pública y demás funcionarios de la institución podrán constituir asociaciones u otras organizaciones sin fines de lucro, o incorporarse a ellas, con el fin de precautelar sus intereses, estimular la capacitación de sus integrantes y salvaguardar sus derechos.

TITULO VIII

ACCESO A LA JURISDICCIÓN

Artículo 90. Escasez de Recursos. A excepción de los Fueros Penal, de la Niñez y Adolescencia, los Defensores Públicos actúan en calidad de apoderados o patrocinantes de las personas que acreditan no contar con medios económicos suficientes como para ser asistidos por un abogado particular de confianza.

Artículo 91. Beneficiarios del Sistema. Serán beneficiarios del sistema de la Defensa Pública:

1. los favorecidos con el Beneficio de Litigar sin Gastos que opten ser representados por la Defensa Pública, a tenor de lo dispuesto en el Artículo. 595 del Código Procesal Civil;
2. los declarados ausentes en juicio; y
3. los incapaces mayores de edad en los casos señalados por la ley.

Artículo 92. Beneficio para Litigar sin Gastos. El trámite de acreditación de escasez de recursos suficientes se inicia, a requerimiento del interesado, con el Beneficio de Litigar conforme a las reglas previstas en Libro IV, Título III del Código Procesal Civil, en tanto no se opongan a las establecidas a continuación.

Artículo 93. Comprobación. Los Defensores Públicos no están obligados a realizar comprobación de la veracidad de los extremos alegados por el interesado para la concesión del Beneficio de Litigar sin Gastos.

Artículo 94. Presunción de Escasez de Recursos para afrontar los gastos del proceso. Criterio de determinación. La Tramitación del Beneficio Para litigar sin gastos hace presumir a los jueces la imposibilidad del requirente para afrontar los gastos del proceso, sea como demandante, demandado o tercero.

Para la determinación de la insuficiencia de recursos, en ningún caso, los jueces, la realizan sobre la base de pautas rígidas. Tienen, como mínimo, en cuenta a tales fines, la situación socioeconómica del requirente y de su grupo familiar,

la integración del mismo, la posible regulación de honorarios en el asunto y la imposibilidad de solventarlos por su cuantía.

Artículo 95. Duda. En los casos de duda siempre se está a favor de la prestación del servicio.

Artículo 96. Objeción del Litigante Adverso. Plazo. El litigante adverso o el que haya de serlo, podrá objetar la concesión del Beneficio de Litigar Sin Gastos dentro de los tres días de conocida la resolución.

Artículo 97. Tramite. La objeción se tramitara en forma de incidente, en pieza separada y sin suspender el curso del proceso principal.

En el escrito en el cual el interesado deduzca la objeción, ofrecerá prueba y acompañara la documentación que obre en su poder.

El juez dará traslado a las otras partes por tres días para que contesten y ofrezcan pruebas.

Si la cuestión es de puro derecho o nadie ha ofrecido prueba, el juez resolverá dentro de los tres días siguientes.

Si se ha ofrecido prueba convocada, dentro de los cinco días, a una audiencia en la que el Juez recepcionará las pruebas, oír a las partes y resolverá inmediatamente.

Artículo 98. Resolución. Efecto. La resolución se limitara a declarar la procedencia o improcedencia de la objeción. En caso de acogerse la objeción y una vez que quede firme, cesara inmediatamente la intervención del Defensor, siendo validas, no obstante, las actuaciones practicadas.

Artículo 99. Impugnación. Plazo. Efecto. La resolución será apelable, por escrito debidamente fundado, ante el mismo juez que lo dicto, dentro del termino

de tres días. La resolución que hace lugar a la objeción no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramite el recurso.

Artículo 100. Emplazamiento. Remisión. Presentado el recurso, con copias para el traslado, el juez emplazara a las demás partes para que en el plazo común de tres días lo contesten. Luego, sin más trámite e inmediatamente, remitirá las actuaciones al tribunal de apelaciones que lo resolverá en el plazo de cinco días contados a partir de su recepción.

Artículo 101. Notificación. Solamente será notificada por cedula o personalmente a los interesados, la resolución que ordena el traslado de la objeción deducida. En los demás casos regirá lo dispuesto en el artículo 131 del Código Procesal Civil.

Artículo 102. Actos Procesales de Urgencia o sujetos a Plazos perentorios. Declaración Jurada. Cuando la cuestión traída por el requirente es de urgencia o de trámite impostergable, el Defensor Público, previo de tomar la Declaración Jurada a la que se refiere este título, y aun en el supuesto de duda, se ocupará del caso y realizará las actividades procesales que la urgencia demande, sin perjuicio de continuar con el trámite normal de comprobación de la escasez de recursos. En la declaración Jurada deberá constar la advertencia expresa sobre lo dispuesto en el artículo 243 del Código Penal. El reglamento Interno General regulará los requisitos esenciales que contendrán la declaración jurada y los mecanismos de su verificación.

Artículo 103. Falsedad en la Declaración Jurada. Efecto. Si en cualquier estado de la causa se comprobare que el requirente ha falseado los datos esenciales de la Declaración Jurada a los fines de ser incluido como beneficiario del sistema, hace cesar de inmediato la prestación del servicio y libera al Defensor Público de toda responsabilidad personal y profesional.

Artículo 104. Controversia. Si se suscitaren controversias entre dos personas beneficiarias del sistema, el Defensor Público de turno representará al primer requirente y el segundo será representado por el Defensor Público, del mismo fuero, que le sigue en el orden de turno o en su defecto, por el Defensor Público del Fuero Laboral, de la Niñez y de la Adolescencia o Penal, en ese orden.

Artículo 105. Obligación del beneficiario. Efecto. Extensión. El beneficiario del servicio, a excepción del fuero Penal, está obligado a brindar al Defensor Público información veraz sobre los hechos cuando se trate de deducir acciones, ofrecer pruebas o articular defensas. En el fuero penal, la obligación de brindar información veraz versará sobre elementos de pruebas a ofrecer y diligenciar en cualquier etapa del proceso penal. En caso contrario el Defensor Público actuante queda liberado de toda responsabilidad.

Igual efecto se producirá cuando el beneficiario abandone injustificadamente el proceso en que interviene, siempre que impida al Defensor Público a ejercer eficazmente su derecho.

TITULO IX

REGIMEN ECONOMICO Y FINANCIERO

Artículo 106. Presupuesto. Equiparación. Fuente Control. El Defensor General, previa aprobación del Consejo, remite anualmente el requerimiento presupuestario al Poder Legislativo para la elaboración del Presupuesto General de la Nación.

La asignación presupuestaria propenderá a la equiparación proporcional de recursos humanos y materiales con el Ministerio Público Fiscal que garantice la igualdad de armas en el proceso y, en lo interno, la equivalencia en cada una de las Circunscripciones Judiciales en que estén asentadas las oficinas de la Defensa Pública.

La partida presupuestaria destinada al Ministerio de la Defensa Pública integra el porcentaje asignado al Poder Judicial en los términos del Artículo 249 de la Constitución Nacional y como tal, sus gastos e inversiones están sujetos a los

controles y fiscalización de los órganos constitucionales y legales instituidos para el efecto.

Artículo 107. Fondo Especial. Integración. La Defensa Pública cuenta con un fondo especial para su fortalecimiento institucional en el ámbito de la investigación, capacitación y equipamiento tecnológico, que se integra, independientemente de la asignación presupuestaria destinada a tales efectos, con.

1. Donaciones, legados, aportes u otros equivalentes que provienen de entes nacionales o internacionales, públicos o privados,

2. Con los honorarios que generan los Defensores Públicos del fuero Penal en los casos previstos en el artículo, 107 del Código Procesal Penal, debiendo el Juez o Tribunal regularlos por sus actuaciones de acuerdo con la Ley de Arancel de Honorarios de Abogados y Procuradores.

3. Las sumas derivadas de las sanciones disciplinarias de carácter pecuniario, una vez que queden firmes y ejecutoriadas,

4. El producido de las multas impuestas como sanción penal en proporción equitativa con el Ministerio Público Fiscal y la Corte Suprema de Justicia, quedando modificado en tal sentido el Artículo 3° de la Ley No. 1492, que dispone el destino de los recursos provenientes de las multas aplicadas por los órganos jurisdiccionales en cumplimiento de la Ley N° 1.160/97, Código Penal.

5. Lo recaudado por aplicación del artículo 6° de la Ley N° 1.642/00 que prohíbe la venta de bebidas alcohólicas a menores de edad y prohíbe su consumo en la vía pública.

En lo pertinente, los procesos de ejecución de estos conceptos estarán exentos de todo gasto.

TITULO X

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, ADICIONALES Y DEROGATORIAS

Artículo 108. Categorías. El organigrama de categorías actual de la Defensa Pública se mantiene hasta la entrada en vigencia de la presente Ley.

Artículo 109. Remuneración. Equiparación. Equivalencia jerárquica. Las remuneraciones de los Representantes y Funcionarios de la Defensa Pública son las previstas en la ley presupuestaria del año inmediatamente siguiente de la promulgación de esta Ley, y se equipararan a las remuneraciones que se fijan para similares categorías para Fiscal General del Estado, Fiscales Adjuntos, Agentes Fiscales y Asistentes Fiscales del Ministerio Público Fiscal. Las equiparaciones precedentes se extienden a todos los efectos patrimoniales y previsionales. Idéntica equivalencia se establece en cuanto a jerarquía, protocolo y trato.

Artículo 110. Ejercicio de la profesión. A los efectos previstos en la presente ley, quedase equiparado como ejercicio de la profesión a quienes se desempeñan en la función pública y poseen el título profesional que lo habilita para su ejercicio.

Artículo 111. Derechos Adquiridos. Los derechos adquiridos por los representantes de la Defensa Pública y demás funcionarios con anterioridad a la vigencia de esta ley, no son pasibles de alteración ni afectación alguna en su perjuicio.

Artículo 112. Reglamentación. Hasta la entrada en vigencia de la presente ley, el Defensor General dictará los reglamentos e instrucciones generales necesarios para el funcionamiento de la Institución, atendiendo preferentemente a todo lo atinente a la reestructuración de la Defensa Pública y atenderá con preferencia lo relativo a la partida presupuestaria que requiere la institución.

En igual plazo el Consejo de la Defensa Pública elaborará el Reglamento Interno General.

Artículo 113. Denominaciones. La denominación Representante de la Defensa Pública, comprende al Defensor General, los Defensores Generales Adjuntos

en lo Civil y Penal, y a los Defensores Públicos sin distinción de fueros.

La denominación funcionarios de la Defensa Pública abarca a las personas comprendidas en el artículo 36 de la presente ley.

Artículo 114. Disposición Derogatoria. Derogase todas las disposiciones legales contrarias a la presente ley.

Artículo 115. Entrada en Vigor. La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su promulgación. *Tendrá un Reglamento?*

Artículo 116. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Aprobado el Proyecto de Ley por la Cámara de Senadores los días del mes del año dos mil, quedando sancionado el mismo la Honorable Cámara de Diputados a los días del mes del año dos mil, de conformidad al artículo de la Constitución Nacional.

EL HABEAS CORPUS COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL EN LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA:

Noyme Yore Ismael

Defensora General del Ministerio de la Defensa Publica del Paraguay

1. INTRODUCCION:

El presente trabajo monográfico gira en torno al Habeas Corpus reconocido expresamente como Garantía Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico positivo. En ese contexto, por razones de orden metodológico y en lo sucesivo, su desarrollo analítico comprenderá un enfoque general de su ubicación en la moderna ciencia del derecho; su naturaleza y las finalidades que han inspirado al órgano constituyente para proveerle de hábitat constitucional; para luego de memorar sus antecedentes históricos, transitar en las particularidades del instituto y sopesar el tonelaje jurídico-normativo del que es portador en el concierto de los principios rectores que los orientan e informan dentro los respectivos marco legales y constitucionales que lo reglamentan, a las que se añaden breves matizaciones jurisprudenciales y doctrinarias relacionadas con la materia.

2. UBICACIÓN DE LA GARANTIA EN LA CIENCIA DEL DERECHO.

La moderna ciencia del derecho concibe en su cuadro curricular a la garantía constitucional en examen como incorporada en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, nueva disciplina que tiene como precursor a Hans Kelsen y al cual se adscriben numerosos y encumbrados estudiosos del derecho constitucional, no obstante de ser resistidos por otros doctrinarios. En tal sentido Osvaldo Alfredo Gozaíni - en su obra “Derecho Procesal Constitucional – Amparo – Edic. Rubinzaal – Culzoni, Año 2000, Pag. 16/17 – apunta: “... *El nuevo Estado, a partir de sucesivas reformas constitucionales que dan muestras de sus respectivas preocupaciones para razonar un cambio necesario, encuentra en la vigilancia y fiscalización de los poderes un argumento suficiente...*”.

Sigue diciendo: “...*Esta dimensión del control analiza, en consecuencia, el fortalecimiento del Poder Judicial como órgano natural para ejercer dos funciones*

elementales e insoslayables: fiscalizar la legalidad objetiva de los actos de gobierno y controlar la constitucionalidad de las leyes. Quedan así planteadas ambas situaciones que disciplinan el Derecho Procesal Constitucional. Por un lado, la justificación del poder de derecho y de su legitimidad; y de otro, la situación del ciudadano, de la sociedad en general, frente al Estado y las garantías, derechos y deberes que se constituyen para afianzar los derechos del hombre...”.

En esa línea de razonamiento, explica con notable agudeza: “...*En efecto, analizado el primer aspecto, el contenido esencial del Estado consiste en preservar los intereses fundamentales de la comunidad, procurando que su administración ejercite un gobierno protector de esos derechos. En cambio, cuando el individuo se encuentra superado por las contingencias y avatares de un régimen que lo posterga, el sistema de controles viene a privilegiar el desarrollo de la tesis de la supremacía constitucional; es decir, elevar la jerarquía de los derechos al grado de señalar en cada uno de ellos la inalterabilidad que merecen.*”

Sobre la base de lo expuesto se puede afirmar que la garantía constitucional analizada integra la orbita del Derecho Procesal Constitucional, puesto que toma del Derecho Constitucional los aspectos referidos al origen y desarrollo de los métodos previstos para aplicar el principio de la supremacía constitucional y recibe del derecho procesal la técnica constitucionalizada respectiva para concretar el control de legalidad como una forma posible de fiscalizar la acción de gobierno mediante formulas alternativas de mayor jerarquía que los medios tradicionales que – ordinariamente – son inoperantes para reestablecer, oportuna e idóneamente, los derechos constitucionales de los ciudadanos, sea por deficiencias estructurales del sistema judicial, sea por desidia de sus operadores.

Empero, sobre el tema puntual, tal como se ha advertido, existen detractores de la autonomía de esta rama de la ciencia jurídica argumentando que la mera existencia de normas procesales en la Constitución, no implica la existencia de un Derecho Procesal Constitucional, mas aun considerando que no siempre es de competencia de un Tribunal constitucional; sin embargo, en mi opinión y a la luz de la consagración de las garantías constitucionales en nuestra Carta Magna, se percibe razones suficientes para sustentar la tesis contraria. En efecto, nuestra Ley Fundamental, al regularlo en el **Capítulo XII**, bajo el epígrafe de “**GARANTIAS CONSTITUCIONALES**” (**Artículos 131 al 136**), lo erige – al igual que la Inconstitucionalidad, el Amparo y el Habeas Data – como un conjunto

de instituciones sustantivas que están procedimentalmente constitucionalizadas, con caracterizaciones propias para viabilizar las garantías nacidas en los derechos fundamentales, dándoles, además, una cierta sistematización. Si bien es verdad que la misma constitución ordena su reglamentación legal, en el proceso de su elaboración el legislador ordinario no puede alterar el sentido de las prescripciones procesales asignadas por la Ley Suprema, porque de lo contrario estaría desnaturalizando el sistema de prelación de leyes, extremo que conduciría a un intolerable despropósito jurídico que necesariamente sería inconstitucional.

Por otra parte, el hecho de que el órgano jurisdiccional llamado a sustanciarlos y resolverlos no sea – en todos los casos – un Tribunal Constitucional, no niega su condición de integrantes del Derecho Procesal Constitucional, puesto que según surge de los términos del **Artículo 247 de la C.N.** y más allá de las jerarquías jurisdiccionales que reconoce, es el Poder Judicial, en su integralidad, el custodio de la Constitución Nacional, la interpreta, la cumple y la hace cumplir y en todos los casos, con independencia de la jerarquía de la magistratura competente, obligados a observar el orden de prelación de leyes que también reconoce status constitucional en los términos y alcances del **Artículo 137 de la C.N.**

De ahí que desde la perspectiva reseñada, no parece haber dudas que se tratan de procesos constitucionales, tanto es así que aun en la hipótesis de que no estén reglamentadas por ley, al involucrar garantías constitucionales se les reconoce el carácter de directamente operativos y no programáticos. El razonamiento que antecede surge del texto constitucional instalado en el **Artículo 45 de la C.N.**, por el se estatuye que: *“La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”*.

Y aun más, fluye de la normativa constitucional parcialmente transcrita, que el hecho de que la Constitución no enuncie expresamente derechos o garantías inherentes a la personalidad humana, no debe entenderse que la Constitución los niegue. De esta última observación, se percibe la inescindible interconexión de las garantías con los derechos humanos cobijados, amplia y generosamente, en varios pasajes de nuestra Ley Fundamental y a la que no es ajena su parte preambular.

En cuanto a su naturaleza y finalidades, el sentido del Habeas Corpus, la Inconstitucionalidad, el Amparo y del Habeas Data – en tanto garantías constitucionales – sólo se puede conocer en su real dimensión en la medida en que se los ubique dentro de una serie de principios y valores y como tales emergen

como cimientos ideológicos en los que se han sustentado su construcción normativa con rango de máxima jerarquía y con lo que se explica – tal como lo señala el prestigioso constitucionalista peruano Alberto Borea Odria en su obra “Evolución de las Garantías Constitucionales, Edit. Grijley, Segunda Edición, Año 1996, pag. 8 – *“...el porque de tales dispositivos, el concepto y la medida de la libertad personal, la profundidad y los topes de los derechos individuales y sociales, y también el juego de ciertos fines, como el de bien común, que obligan a compensar prudencialmente las facultades de cada uno con las exigencias de la emergencia...”*.

Se trata por cierto – explica el autor citado – de ciertos mecanismos indispensables para la funcionalidad del Estado de derecho, sin los cuales éste es prácticamente inimaginable. Hacen a su praxis, a su vigencia, a su operatividad. Son piezas jurídicas destinadas no a la contemplación, sino a la acción: están hechas, pues, para actuar. Desde mi punto de vista, se refieren a garantías institucionales insertas en la Constitución Nacional que vinculan a derechos que se estiman superiores por sus finalidades individuales, políticas o sociales y que son elevadas a la categoría de esencia (suprema) y como tales sustraídas de las posibles interpretaciones cambiantes del legislador ordinario.

La voz “garantías” empleada en la rubrica del Capítulo XII de la Constitución Nacional, proviene del término anglosajón *warranty*, que significa, en su aspecto estático, asegurar, proteger, defender o salvaguardar un derecho; lo que en su alcance global enlaza la idea de respaldar los derechos específicos o genéricos que deben ser garantizados de modo insoslayable. Al mismo tiempo, en su faz dinámica, supone una actividad precisa proyectada constitucionalmente para que esas garantías sean redimidas por procedimientos concretos que tiendan a tales fines.

Si bien es cierto que el vocabulario “garantías” es plurisignificativo y ordinariamente se los emplea como sinónimo de derechos del hombre, en esencia y en sentido estricto, no son equivalentes, según puede inferirse del contexto de la parte dogmática de su regulación constitucional y plasmado en el Título II, bajo el epígrafe de **“De los Derechos, de los Deberes y de las Garantías”**. Precisamente, esa diferenciación surge en forma nítida de la opinión del ilustrado catedrático de Derecho Constitucional, Prof. Dr. Manuel de Jesús Ramírez Candia, al formular comentarios sobre el tema, en su obra: “Derecho Constitucional Paraguayo, Tomo I, Edit. Litocolor S.R.L, año 2005, pag. 693: al afirmar: *“Las garantías son los instrumentos jurídicos de protección de los derechos consagrados a favor de las personas dentro de la*

normativa jurídica. Los derechos son bienes o ventajas conferidos por las normas, mientras que las garantías son medios destinados a hacer valer esos derechos, instrumentos para hacer valer esos bienes o derechos”.

Sin embargo, en un sentido amplio, mas allá de cualquier tecnicismo que los diferencie, debe admitirse que, en definitiva, los derechos y las garantías participan de la categoría de derechos fundamentales que quedan insertos en los llamados “principios de reserva” por los cuales la ciudadanía y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, de modo tal a que se asegure el respeto y cumplimiento de los derechos garantizados, evitando que sean meras declaraciones abstractas que imposibilitan su eficaz protección.

Es que la incertidumbre la ambivalencia derecho/garantía y viceversa es tan solamente una venia de asistencia, un ensanchamiento impuesto por la inescindible interrelación que existen entre ambos, toda vez que en el proceso evolutivo de sus concepciones nunca se pudo suponer la existencia de un derecho, sin la correlativa garantía que procure su aseguramiento; y a la inversa, suponer la vitalidad de una garantía sin la preexistencia de un derecho llamado, eventualmente, a tutelar en la medida en que es denunciado como infringido.

La ponderación antedicha es consecuente con la opinión de George Jellinek en su obra “Teoría General del Estado”, trad. de Fernando de los Rios Urruti, Madrid, año 1915, Tomo II – quien sostiene, que: *“Las garantías constitucionales son tanto los mecanismos internos de defensa como los mismos derechos tutelados, es decir, que iguala genéricamente ‘la defensa de la Constitución’ con las garantías propiamente dichas”.*

Ciertamente, las garantías pueden ser individuales, colectivas, sociales o políticas, caracterización que dependerá de la naturaleza de los derechos protegidos por ellas que transitan por caminos interactuantes en la medida que funcionan en completa armonía; sea para preservar reductos inalienables del hombre en su condición de persona humana; sea para apadrinar la vigencia efectiva de una sociedad que reclama seguridad jurídica y aun para que la ciudadanía sepa que cuenta con mecanismo de actuación inmediata, libre y sin restricciones para prohiar un reclamo efectivo.

Por lo demás, el dispositivo examinado en este trabajo, al que se añade la Inconstitucionalidad, el Amparo y el Habeas Data, no son las únicas garantías con

status constitucional, habida cuenta que existen otras numerosas reconocidas en el texto constitucional, como ser; el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia, a la igualdad, etc. En doctrina, a las primeras se los denomina garantías constitucionales especiales o específicas; mientras que las segunda son catalogadas como garantías constitucionales generales o indirectas.

La diferencia radica en que las especiales están configuradas para una intervención inmediata y precisa que tutele los derechos amenazados o violentados a través de un procedimiento constitucional, que en la mayoría de los casos, se presenta como breve, sumario y gratuito; mientras que por las generales se procura la protección de los derechos fundamentales por los medios instrumentales habituales u ordinarios en donde la onerosidad, el formalismo, las dilaciones indebidas y la morosidad judicial campean sin mayores consecuencias para los aplicadores y contralores de la Constitución Nacional.

En efecto, debe advertirse que en nuestro sistema constitucional – sin perjuicio de las características propias de cada una de las garantías constitucionales enunciadas en el Capítulo XII – el legislador supremo (Asamblea Nacional Constituyente) ha establecido pautas prohibitivas expresas y con carácter de causal de enjuiciamiento y eventual remoción, a los Magistrados que siendo competentes para entender en el recurso o acción por las que se pretende viabilizar la denuncia de la vulneración de cualquiera de ellas, se niegue injustificadamente a atenderlo.

Inclusive se impone al Magistrado interviniente el deber de expedirse sobre la responsabilidad de la autoridad que ha procedido ilegítimamente y en su caso, de perfilarse como conducta delictiva, ordenar la detención o suspensión del responsable (**Artículo 136 C.N.**). Lo señalado precedentemente, aún cuando no encierre la totalidad normativa del texto citado – es ilustrativo de que en su regulación se enseña un superlativo celo en que las garantías constitucionales sean eficaces, las que quedan explicitadas por las rigurosas y conminatorias exigencias impuestas al juzgador y las perniciosas consecuencias a las que esta expuesta la persona o autoridad que indolentemente transgrede las garantías constitucionales.

Como afirma Gregorio Badeni – en su obra “Instituciones de Derecho Constitucional”, Edit. AdHoc, año 1997, pag. 639: *“Las manifestaciones de una garantía constitucional presupone tres elementos: 1) un interés legítimo asegurado por la Constitución, resultante de un derecho individual, un derecho social o del sistema institucional; 2) un riesgo o daño para el interés tutelado por la Ley Fundamental; 3)*

un instrumento jurídico idóneo para disipar ese riesgo o daño.” Precisamente, el autor citado, cuya manifestación suscribo como corolario de lo pergeñado, al conceptualizar las garantías constitucionales, asevera que: “son todos los recursos establecidos en forma expresa o implícita por la Constitución, y cuyos alcances no se limitan a la defensa de los derechos individuales sino también se extienden a la defensa de las instituciones del sistema constitucional”.

3. BREVE RESEÑA HISTORICA DEL HABEAS CORPUS

Sobre los lineamientos expuestos habré de incursionar subsiguientemente en el desarrollo, en particular, de la Garantía Constitucional del Habeas Corpus. En ese orden de consideraciones, como enseña el Prof. Dr. Manuel De Jesús Ramírez Candia en su citada obra: *“El sentido del Derecho Constitucional puede variar de acuerdo al énfasis que se ponga sobre determinados aspectos de su contenido u objeto, pero esencialmente será la técnica de la libertad, de la autoridad o de la trabazón entre ambas.”*

Es que devenimos de grupos humanos que no conocían los derechos del hombre como prerrogativa de los individuos, que ni siquiera poseían facultades de hecho que le proveyeran de garantías esenciales dentro de su comunidad. En los regímenes primitivos, la autoridad de los jefes era absoluta, sin límites de hecho o de derecho, gozaban de total respeto por parte del común, sobre los cuales tenían poder de vida o muerte. La esclavitud, negación absoluta a los derechos del hombre o garantías individuales fue moneda corriente hasta hace poco más de un siglo y situaciones similares se dan aún en la actualidad.

En los estados orientales los derechos del hombre no existieron y la libertad fue menospreciada, imperando el más absoluto despotismo. Los jefes recibían mandamientos de los mismos dioses lo que los autorizaba a las arbitrariedades más atroces sobre los súbditos.

En los gobiernos netamente teocráticos el derecho y la religión se confundían y los monarcas eran venerados como dioses, siendo la última rémora de esta situación el gobierno de los emperadores japoneses hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial.

La India no estaba dotada de un gobierno teocrático, el estado era

independiente de la religión y los sacerdotes no debían intervenir en la vida política. El monarca debía ejercer el poder de acuerdo a un sentido de equidad y de justicia; el pensamiento hindú abrigaba la tendencia a respetar la personalidad humana. En China se creía en la igualdad de los hombres y sostuvieron la democracia como forma de gobierno legitimando el derecho del gobernado a revelarse contra los mandatos arbitrarios de los gobernantes.

En Grecia los derechos fundamentales como individuos y oponibles a las autoridades no eran reconocidos al hombre. El mismo intervenía directamente en la constitución y funcionamiento de los órganos del Estado, pero el individuo no gozaba de ninguna prerrogativa frente al poder público. Esparta estaba dividida en clases sociales, porque no podemos hablar de la existencia de derechos del hombre o de garantías individuales por no existir situación de igualdad entre sus ciudadanos, en tanto que en Atenas no existía entre sus ciudadanos diferenciación jerárquica aunque sí existía una cierta desigualdad por la situación intelectual o económica entre los hombres. El ateniense gozaba de una libertad fáctica frente al poder público, actuaba libremente ante este y podía criticar o impugnar su proceder en las asambleas.

En Roma el ciudadano conoció una situación parecida a la de a Grecia, la libertad estaba reservada a cierta categoría de individuos, el pater familias quien gozaba de amplio poder sobre los miembros de su familia y sus esclavos. Tampoco en Roma existió un derecho público individual inherente a la personalidad humana y oponible al Estado. Debido a la existencia de los patricios y plebeyos, así como de la esclavitud en el régimen jurídico romano, la desigualdad entre los individuos fue la característica principal de las tres etapas de su historia.

La Edad Media se inicia con la invasión de los pueblos llamados bárbaros, que no estaban organizados jurídicamente y conformados por tribus dispersas y aisladas. Se caracterizó por el predominio de la arbitrariedad y el despotismo sobre la libertad humana. Con el correr del tiempo estas tribus se asentaron en los territorios conquistados, época que se caracterizó por el predominio de los poseedores de la tierra; propiedad territorial que otorgaba a su titular un poder de hecho y de derecho sobre los que la trabajaban, pudiendo disponer de sus personas casi ilimitadamente, no existía derecho a la libertad del hombre frente a los actos autoritarios o despóticos del señor feudal.

Con el transcurso de los años se constituyeron ciudades libres en la Europa medieval, constituidas por ciudadanos que se independizaron e impusieron

a la autoridad del señor feudal y que llegaron a integrar una legislación especial. Se creó un régimen de legalidad que limitaba y sometía la autoridad del señor feudal en beneficio de los habitantes de las ciudades.

Es al final de la Edad Media cuando se echan los gérmenes de los actuales derechos constitucionales, que tiene su antecedente de la actual acción de Habeas Corpus en el interdicto romano de “hombre libero exhibiendo” (interdicto de exhibir hombre libre) se trataba de una acción posesoria del derecho romano, fundado en el dominio que el hombre libre tiene sobre su cuerpo. El esclavo, en cambio por no tener dominio sobre su cuerpo no puede ejercer dicho interdicto, contenido en el Digesto, Título XXIX, Libro XLIII, se proponía defender al hombre libre que hubiere sido privado de esa condición y constituye un interesante antecedente en la historia del Habeas Corpus actual.

La Carta Magna Inglesa que en el año 1215 los barones arrancan al Rey Juan Sin Tierra, establece limitaciones al poder real y una verdadera regulación sobre la limitación de las personas, que se considera como la consagración del Habeas Corpus, que en su sección 48 dispone “ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres, libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país.

La breve reseña histórica expuesta - aun cuando no se haya agotado sus diversas manifestaciones, ni profundizado en las razones filosófica que la impregna - sirven para pincelar que la institución constitucional examinada es producto de épicas luchas de la humanidad que permitieron ir decantando paulatinamente la esencia y razón de ser de derechos fundamentales e inalienables del ser humano en su condición de tal. De ahí que frente al factor “autoridad” el elemento “libertad” y demás “derechos fundamentales” se erigen como principales objetivos de la garantía constitucional establecida fatigosamente por el hombre en el transcurso de su historia.

4. EL HABEAS CORPUS EN EL PARAGUAY

En nuestro país el reconocimiento legislativo del Habeas Corpus se ha instaurado con el **Código de Procedimientos Penales de 1890**, que en el Libro Tercero y dentro de los “Juicios Especiales” regulaba el instituto de referencia, lo que demuestra que solamente tenía rango legislativo y no constitucional, puesto que las anteriores Constituciones no lo han previsto expresamente. Sin embargo,

la **Constitución de 1967**, reconoció en un Artículo específico a la garantía del Hábeas Corpus, disponiendo en su **Artículo 78** que: *“Esta reconocido y se garantiza, el hábeas corpus. Toda persona ilegalmente detenida o coartada de cualquier modo en el ejercicio de su libertad individual, o un tercero en su nombre, sin necesidad de poder, tienen derecho de pedir ante la autoridad judicial competente en forma verbal, por escrito o por telegrama, que se le haga comparecer para restituírle su libertad. Cuando la autoridad judicial lo estimare conveniente, practicará las comprobaciones del caso en el lugar que se encuentre el detenido. El procedimiento será breve, sumario y gratuito. La ley reglamentaria rodeará esta institución de las máximas seguridades y establecerá sanciones para quienes se la opongán arbitrariamente”*. Si bien la normativa constitucional tenía un limitado alcance que se circunscribía a la tutela de la privación ilegal de la libertad, sin comprender otras franjas que aconsejaban los nuevos tiempos.

De ahí que ley procesal penal referenciada, con el limitado alcance señalado, ha quedado vigente como reglamentación constitucional, hasta fue derogada a partir de la entrada en vigencia de la **Ley N° 1500/99 “QUE REGLAMENTA LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL HÁBEAS CORPUS”**, en la que se reconoce los actuales lineamientos constitucionales que sistematiza, respetando sus particularidades y nuevas modalidades.

En efecto, en el año 1992 se convoca a una constituyente que por primera vez en toda la historia del Paraguay, ciudadanos organizados en Partidos Políticos y Movimientos logran la convocatoria de una Convención Nacional Constituyente en pleno ejercicio de sus libertades y soberanía, sin la existencia de dictaduras ni fuerzas extranjeras en el territorio. El nuevo texto constitucional recepciona el constitucionalismo social e influye en todo el desarrollo legislativo posterior en los derechos fundamentales a aplicar. Daniel Mendonca dice: *“... representa la unión de dos formulas simples Estado Social y Estado de Derecho. Los problemas planteados por la articulación de los dos elementos de la formula no han recibido solución clara y uniforme en la doctrina de los países que la han incluido en sus textos Constitucionales. Debe tenerse presente que la formula en cuestión, a pesar de haber tenido notable arraigo constitucional, es ante todo, una formula destinada a modelar una forma de Estado protector del individuo frente al poder y comprometido con la promoción del bienestar social”*.

La Constitución actual, en su **Artículo 133** dispone que la garantía del

Hábeas Corpus podrá ser interpuesta por el afectado, por sí o por interpósita persona, sin necesidad de poder, por cualquier medio fehaciente y ante cualquier juez de primera instancia de la Circunscripción Judicial respectiva y describe expresamente las distintas modalidades del hábeas corpus (Preventivo, Reparador y Genérico). Asimismo, establece la vigencia plena del hábeas corpus durante el Estado de Excepción y la facultad de los titulares de los órganos judiciales a iniciar de oficio la garantía del Hábeas Corpus.

5. MARCO REGULATORIO DEL HABEAS CORPUS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO ACTUAL.

En nuestra Constitución el Hábeas Corpus tiene características que consagran la más amplia y la más acabada de las garantías, de manera que es capaz de proteger eficazmente el derecho de fondo que asegura, la libertad física consagrada en los **Arts. 9° y 11° de la Constitución**. No se limita a proteger la libertad física de manera preventiva y reparadora ya que el Hábeas Corpus Genérico, **Art. 133.3**, protege la seguridad personal y la integridad física y psíquica de las personas. Cuyos derechos de fondo se hallan previstos en los **Arts. 4° y 5° de la Constitución**. Estos derechos son los de la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica, adquiriendo una amplitud de gran alcance a nivel constitucional.

La legitimación activa es extremadamente amplia y en ningún caso cabra discutirla. Ningún órgano jurisdiccional requiere siquiera de denuncia alguna, y se tiene la opción de iniciar el procedimiento de oficio “por cualquier medio fehaciente, pudiendo ser interpuesto por afectado, por si o por interpósita persona, sin necesidad de poder por cualquier medio fehaciente y ante cualquier Juez de Primera Instancia de la circunscripción judicial respectiva”. La disposición dice simplemente que es competente cualquier “Juez” con lo cual habría la posibilidad de que el Hábeas Corpus fuese iniciado incluso ante Jueces de Paz o de Justicia Letrada, aunque posteriormente se limito la competencia a los Jueces de Primera Instancia y se agrego también que tal Juez debía ser de la Circunscripción Judicial respectiva.

Siguiendo a Gregorio Badeni, opus citada, pag. 587, el “...*Habeas Corpus* consiste en una garantía constitucional destinada a brindar la protección judicial para toda persona que es privada de su libertad física o su libertad ambulatoria, o bien las encuentra restringida, agravadas o amenazadas ilegalmente. Por su

intermedio se procede a examinar judicialmente la situación jurídica o de hecho de la persona afectada, real o potencialmente, en su libertad y se dispone, en caso de ser ilegal o arbitraria la privación, el cese inmediato de aquellos actos que la lesionan o perturban”.

6. CARACTERISTICAS

Las notas características del Habeas Corpus en nuestra legislación, en apretada síntesis, son:

a) la celeridad caracterizado por el procedimiento, breve y sumario, siendo los plazos perentorios e improrrogables, quedando habilitados días y horas inhábiles ministerio legis, no se admiten incidentes, recusaciones, ni excepciones y en cualquier instancia se produce la perdida automática de la competencia si no se dicta la sentencia en el plazo previsto, pasando los autos al juzgado o tribunal que sigue en orden de turno;

b) gratuidad, es decir, su instauración no conlleva consecuencias de índole económicas a quien lo implementa;

c) sencillez, puesto que esta programado con dispositivos simples y flexibles para morigerar cualquier tipo de ritualismo y propender a lograr el objetivo en forma eficaz.

Consagra el principio de **inmediación**

d) que se manifiesta por una relación personal directa entre el órgano juzgador con los involucrados; reconoce la bilateralidad, puesto que asegura que el sujeto a quien se la atribuye la autoría del acto lesivo tenga conocimiento de la promoción de la acción e interviene a través de informes o mediante actos de descargos;

e) reconoce una **amplia legitimación activa**, puesto que puede promoverlo el afectado, por cualquier persona y aun de oficio;

f) los **órganos judiciales tienen amplias facultades instructorias y ordenatorias**, sobresaliendo el ensanchamiento del principio iura novit curia, por el que aun cuando se invoque, erróneamente la calificación del Habeas Corpus, no provoca su rechazo, sino que el magistrado puede rectificarlo por la vía correspondiente.

Además, ofrece **presunciones y dispositivos favorables** a la concesión del Habeas Corpus

g) por ejemplo, cuando el agente público o privado señalado como responsable de la privación ilegal, no presenta a la persona requerida, omisión que se considera como presunción de la ilegalidad de la privación de la libertad y aun, en caso de duda, se debe interpretar en el sentido que sea más favorable a la concesión del Habeas Corpus.

7. MODALIDADES DEL HABEAS CORPUS

a) Habeas Corpus Preventivo

Es la acción que tiene por finalidad evitar las detenciones ilegales o cualquier otra modalidad de restricción ilegal a la libertad física. En este sentido, la norma constitucional dispone que en virtud del Hábeas Corpus Preventivo cualquier persona, en trance inminente de ser privada de su libertad física, podrá recabar el examen de la legitimidad de las circunstancias, que a criterio del afectado, amenacen su libertad física, así como una orden de cesación del mismo.

Al respecto, la ley reglamentaria establece, en el **CAPÍTULO III – EL HÁBEAS CORPUS PREVENTIVO – Artículo 29. Procedencia.** “Procederá el hábeas corpus preventivo en los casos en que se invoque que una persona se halla en trance inminente de ser privada ilegalmente de su libertad física”.

El ilustrado jurista nacional, Juan Carlos Mendonca, en *Garantías Constitucionales – Apuntes Doctrinarios* –, sostiene que este habeas corpus tiene por finalidad adelantarse al acto ilegítimo y evitar que llegue a producirse la privación de la libertad. No requiere que exista previamente la privación de la libertad, sino la posibilidad inminente de que ello ocurra. El peligro, riesgo o amenaza debe ser cierto, actual y no meramente potencial o eventual.

Por su parte, Evelio Fernandez Arevalos (Habeas Corpus, Régimen Constitucional y Legal en el Paraguay), afirma que la diferencia con el habeas corpus reparador es que el acto ilegal de la privación de libertad no se ha consumado, pero deben existir hechos objetivos que constituyen indicios de que la persona en cuestión se halla en trance inminente de ser detenida ilegalmente.

En esencia, por la modalidad de referencia, se pretende amparar la

amenaza de un arresto o detención. Para su viabilidad no se requiere una detención sino la amenaza cierta de consumarse tal evento. El objetivo de esta acción es evitar una aprehensión, no atender supuestos de detención, sino de amenaza de arresto o casos de molestias a la libertad física. En tales situaciones el sujeto agraviado no es aún privado de su libertad corporal; pero enfrenta amenaza de ello, se requiere un atentado a la libertad, decidido y en próxima “vía de ejecución”. La amenaza a la libertad debe ser cierta y no meramente presuntiva, se requiere la demostración de la positiva existencia de la amenaza o restricción de libertad.

Siguiendo al Prof. Juan Carlos Mendonca: “Planteado el Hábeas Corpus preventivo el Juez tiene atribuciones para realizar el examen de la *legitimidad* del acto que amenace la libertad y aquí conviene notar el cambio de terminología ya que se utiliza, ahora sí, del concepto de “*legitimidad*” en sustitución de “*legalidad*”. Esto nos da a entender que la constitución los utiliza como sinónimos. Lo importante es que, de acuerdo con el texto constitucional, el Juez no se halla limitado a evaluar la validez formal del acto, sino a hacer juicio de razonabilidad o, en otras palabras, a juzgar el contenido mismo del acto. Como consecuencia, el Magistrado queda facultado a ordenar la cesación del acto que amenace la libertad física del afectado”.

Para concluir es interesante indicar que la constitución no utiliza las expresiones “arresto”, “detención” u otras similares que han producido interminables discusiones en la doctrina y en la legislación comparada. En nuestro caso se habla de “privación de la libertad física”, con lo cual se ha apelado a la expresión más genérica de todas, por lo que su alcance es el más amplio posible.

Un caso interesante es el resuelto por la Sala Penal en su AC. y Sent. N° 2125/03, según el cual: “El Hábeas Corpus preventivo es acogido favorablemente cuando la afectada sobre quien pesa una orden de captura, se ve imposibilitada de ejercer su defensa debido a que el expediente se encuentra materialmente desaparecido, ocasionando a la misma un verdadero estado de indefensión que puede ser reparado por esta vía”.

b) Habeas Corpus Reparador

Es el Hábeas Corpus tradicional o clásico que supone la existencia de una persona privada de su libertad corporal y que se deduce para hacer cesar la detención ilegal.

La Constitución Nacional, en su Art. 133 establece: del Hábeas Corpus “... 2) Reparador: en virtud del cual toda persona que se hallase ilegalmente privada de su libertad podrá recavar la rectificación de las circunstancias del caso. El Magistrado ordenara la comparecencia del detenido, con un informe del agente público o privado que lo detuvo, dentro de las 24 horas de radicada la petición. Si el requerido no lo hiciese así, el Juez se constituirá en el sitio en que se halle recluida la persona y en dicho lugar hará juicio de méritos y dispondrá su inmediata libertad, igual que si se hubiese cumplido con la presentación del detenido y se haya radicado el informe. Si no existiesen motivos legales que autoricen la privación de su libertad, la dispondrá de inmediato, si hubiese orden escrita de autoridad judicial, remitirá los antecedentes a quién dispuso la detención”.

De lo que surge que este es el medio idóneo para la verificación de la legalidad de la detención. En su marco legal regulatorio, el **Artículo 19 de la Ley N° 1500/99, establece:- Procedencia.** Procederá el hábeas corpus reparador en los casos en que se invoque la privación ilegal de la libertad física de una persona.

El presupuesto del Hábeas Corpus reparador es que la persona se halle efectivamente privada de su libertad. En este caso el procedimiento se inicia con el llamado “Auto de Habeas Corpus”, por el cual el Juez, inmediatamente y antes de ningún otro trámite ordena la comparecencia del afectado para que sea presentado en el lugar que él indique dentro del plazo de 24 horas. Dicho Auto no debe confundirse con la Sentencia que recaerá al final del procedimiento, haciendo o no lugar al Hábeas Corpus.

En el mismo Auto ordena que quien es responsable de la privación de libertad presente un informe detallado acerca de los motivos, momento, lugar, forma y condiciones de la privación de libertad. Además se le debe comunicar si se ha dado cumplimiento al último párrafo del *Art. 239 del C.P.P. y en su caso quienes son el Juez y el Fiscal intervinientes; así mismo si hay orden escrita de autoridad competente debe individualizarse a ésta y acompañarse copia de la orden. Si el destinatario del Auto no responde a la intimación, se presume la ilegitimidad de la privación de libertad, según del Art. 21 de la Ley 1500/99.

El trámite descrito no es sino el desarrollo de lo previsto en el **Art.133.2 de la Constitución Si el requerido no presenta al afectado, el Juez debe constituirse en el sitio en que se halle la persona privada de su libertad y en dicho lugar considerará la situación y, si fuere procedente ordenara la inmediata libertad.

Un punto a poner de relieve tiene que ver con el sujeto pasivo del Hábeas Corpus reparador, ya que aquí se admite que quien es responsable de la privación de libertad puede ser un “agente público o privado”. Las situaciones en que el responsable sea un particular no serán obviamente las más comunes ya que las hipótesis no abundan, sin embargo, pueden citarse a modo de ejemplo los siguientes casos: retención de personas internadas en sanatorios u hospicios; retenidas por sectas religiosas; en internados o escuelas; menores retenidos por uno de sus padres etc. En nuestra jurisprudencia pueden citarse varios casos de resoluciones de la Sala Penal ante casos de retención de menores por uno de los padres y por actos de restricción de libertad por una compañía de seguridad privada. (J.C.M).

Juan Carlos Mendonca, en su citada obra, sostiene que al decir del texto constitucional la garantía del Habeas Corpus Reparador esta dada para reparar el acto ilegítimo cometido por cualquier agente público o privado y por lo tanto si esa ilegitimidad esta plasmada en una resolución judicial, nada impide que se estudiada la resolución considerada como transgresora del derecho a la libertad física, por eso el Artículo 18 establece que el Juez del Habeas Corpus no solo debe juzgar la competencia de la autoridad de la que emana el acto, sino también la legalidad del mismo.

Del modo expuesto, se opone a la disposición legal por el cual se expresa que si existe orden de autoridad competente, el Habeas Corpus debe ser rechazado (Art. 26). Sostiene que la Corte siempre ha sido renuente para otorgar el habeas corpus mediando orden judicial escrita de autoridad competente, alegando que son materias propias de los jueces naturales y solamente a ellos les corresponde la evaluación.

La posición del Dr. Mendonca, estaría ubicada en la hipótesis de lo que en doctrina se denomina **hábeas corpus traslativo**. Que es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido.

Evelio Fernández Arevalos (Habeas Corpus, régimen Constitucional y Legal en el Paraguay) sustenta el criterio que el habeas corpus reparador presupone que una persona humana se encuentra privada de su libertad ilegalmente (hecho consumado). La ilegalidad de la detención debe analizarse desde la perspectiva de los **Artículos 11 y 12 del C.N.**,” nadie puede ser privado de su libertad física ni procesado,

sino mediando las causas y condiciones fijadas en la Constitución y las leyes” y “ que nadie puede ser detenido o arrestado sin orden escrita de autoridad competente, salvo caso de ser sorprendido en flagrante comisión de delito que mereciera pena corporal”

Afirma que de acuerdo al texto constitucional, debe existir orden escrita de autoridad competente (Presidente de la Rca, Jueces, Policía Nacional, capitanes de Buques o Aeronaves, ect) para que la privación de la libertad de un ser humano no sea ilegal. Se exceptúa la necesidad de orden escrita en los casos de flagrancia, donde cualquiera puede realizar la aprehensión con la sola obligación de poner al detenido inmediatamente a la autoridad publica

Postula la idea que el Habeas Corpus no es medio idóneo para cuestionar el resultado normativo de la actuación de los magistrados judiciales (sentencias, interlocutorios) ni para cuestionar esas resoluciones judiciales; porque para tales fines se tienen los recursos normales, pudiendo solo ser atacados por la garantía de la inconstitucionalidad. Esto implica que nuestro régimen constitucional, apartándose del criterio de algunos autores, rechaza la posibilidad de que el habeas corpus afecte, modifique o deje sin efecto cualquier tipo de resolución judicial.

Expresa, bajo el epígrafe de “situaciones en las que no procede el Habeas Corpus”, que es inaplicable el instituto cuando la detención es legal, esto es cuando existe orden escrita de autoridad competente en la terminología del **Artículo 12 de la C.N.** Considera que son personas legalmente privadas de su libertad los condenados, los aprehendidos, los detenidos y los que tienen prisión preventiva. Agrega tampoco procede el habeas corpus para afectar tramites o resoluciones de los órganos jurisdiccionales, ya que por el habeas corpus no se puede sustituir a los jueces propios de la causa en las decisiones que los incumben y que tienen sus respectivos correctivos.

Todo este sistema no puede ser desbaratado por el habeas corpus, porque crearía un caos inextricable al posibilitar que se soslayan de esa forma la competencia y la facultad de los magistrados judiciales que entienden en la causa, el principio de preclusión y hasta la autoridad de la cosa juzgada. Además, porque dentro de nuestro sistema legal las resoluciones judiciales solo pueden ser objeto de la acción de inconstitucionalidad, fuera, claro, de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal. Manuel Ramírez Candia (obra citada) afirma que el habeas corpus reparador no procede, cuando la privación de la libertad es producto de una orden escrita de autoridad competente.

La excepción a la orden escrita esta dada por el Art. 239 C.P.P. que estatuye: “Aprehensión de las personas. La Policía Nacional podrá aprehender a toda persona comprendida dentro de los siguientes casos, aun sin orden judicial: ... así mismo. En caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la aprehensión e impedir que el hecho punible produzca consecuencia. La persona aprehendida será entregada, inmediatamente, a la autoridad más cercana. La autoridad Policial que haya aprehendido a alguna persona lo deberá comunicar, dentro de las 6 horas, al Ministerio Público y al Juez.”. Es por ello que, ante el planteamiento del Habeas Corpus, el Artículo 20 inc. 3 de la Ley N° 1500/99, exige que en el Informe requerido se haga constar si se ha dado cumplimiento a la norma procesal penal en cuestión y según el caso, incidir en la decisión a adoptar.

Los supuestos de la ilegalidad de la detención pueden presentarse de variadas formas, citamos aquí algunas hipótesis de procedencia del Hábeas Corpus reparador:

- La detención sin orden escrita de autoridad competente o la dictada por autoridad incompetente, salvo caso de flagrancia (art. 12 de la C.N.).
- El detenido a quien no se le ponga a disposición de la autoridad judicial competente dentro de las 24 horas (art. 12 numeral 5).
- El detenido a quien no se le ponga a disposición de las autoridades competentes dentro de las 6 horas, en caso de aprehensión policial o particular (art. 239 del C.P.P. de 1998).
- El conscripto retenido ilegalmente en los cuarteles luego de haber concluido el periodo del servicio militar obligatorio.
- El condenado que no recupera la libertad una vez compurgada la pena que le fuera impuesta.
- Las personas retenidas en forma ilegal en los centros asistenciales de salud.

c) Habeas Corpus Genérico

El Hábeas Corpus genérico contemplado en el **Artículo 133, numeral 3 de la Constitución** vigente, está reglamentado en el **Artículo 32 de la Ley N° 1500/99,**

que expresa.- Procedencia. Procederá el hábeas corpus genérico para demandar: **a)** la rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en el hábeas corpus reparador o en el preventivo, restrinjan ilegalmente la libertad o amenacen la seguridad personal. **b)** el cese de la violencia física, psíquica o moral que agrave las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad.

Según la doctrina dominante, la regulación del habeas corpus genérico reúne lo que la doctrina ha distinguido como los Habeas Corpus Restringido y Correctivo. El primero busca eliminar restricciones que se consideran secundarios a la libertad, que no constituyen propiamente una privación de libertad o que amenacen la seguridad de la persona (seguimientos o acosos policiales a políticos) El segundo busca poner fin a tratos indebidos en los locales de reclusión.

El hábeas corpus restringido. Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, “se le limita en menor grado”.

Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.

El hábeas corpus correctivo. Dicha modalidad, a su vez, es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena.

Evelio Fernández Arevalos, afirma que es una modalidad que incluye a todas las situaciones no contempladas en las otras dos especies de modo a que no escape de su ámbito protector ningún acto ilegal. **1)** Por la primera hipótesis se cubre, las situaciones no prevista en el reparador y preventivo; que esa situación importe una restricción ilegal fáctica, de hecho, consumada, a la libertad física; o esa situación amenace o afecte de hecho la seguridad personal.

En lo que a este apartado se refiere a la libertad física, la protección

opera solamente frente a actos ilegales consumados que efectivamente, de hecho, de una u otra forma lo restringen. A diferencia del habeas corpus preventivo que requiere inminencia de privación ilegítima no consumada, sino en riesgo de serlo, el genérico opera sobre hechos consumados que restringen la libertad física o seguridad personal (turba exaltada que rodea la vivienda de una persona y profiera expresiones amenazantes; se efectúen persistentes seguimientos por personas no uniformadas, en actitud sospechosa; una orden superior para que el subordinado practique actos físicos peligrosos o inadecuados a su capacidad, disparos de armas de fuego contra la vivienda familiar; castigos físicos que peligren la salud) .

Por la segunda **2)**, contempla la situación de personas privadas legalmente de su libertad, es decir por orden de autoridad competente (juez, decreto del poder ejecutivo en el estado de excepción, policía en los casos de aprehensión), que sin embargo experimentan la agravación de las condiciones de su detención; violencias físicas (malos tratos, actividades físicas extenuantes o peligrosas, falta de alimentos); psíquica (amenazas, perturbaciones de la tranquilidad, del descanso, apremios ilegales); o moral (exigencia de conductas deshonestas, obligaciones de practicas religiosas a las convicciones propias, impedimentos a las visitas de familiares) .

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA: En efecto, en el caso Alejandro Rodríguez Medrano vs. la Presidencia del Instituto Nacional Penitenciario y otro (Exp. N.º 726-2002-HC/TC), el Tribunal Constitucional señaló que: “Mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que éste se haya decretado judicialmente”

Así, procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados (tal el caso de personas internadas en centros de rehabilitación y de menores, en internados estudiantiles, etc.). Igualmente, es idóneo en los casos en que, por acción u omisión, importen violación o amenaza del derecho al trato digno o se produzcan tratos inhumanos o degradantes.

Es también admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; de ilegitimidad

del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; y por la determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados.

- Los diferentes supuestos fácticos contra los que sería procedente el Hábeas Corpus genérico o correctivo, pueden ser los siguientes:
- La reclusión de las personas detenidas conjuntamente con las personas condenadas. El art. 21 de la C.N., dispone que las personas detenidas serán reclusas en lugares distintos a los de las personas condenadas.
- La reclusión de los menores condenados en la penitenciaría nacional, pues los menores deben ser reclusos en las correccionales de menores. Los menores no serán reclusos con personas mayores de edad (art. 21 C.N.).
- Las mujeres reclusas con los varones, pues el art. 21 de la C.N. exige que la reclusión debe evitar la promiscuidad de sexo.
- La reclusión de las personas en lugares inapropiados o en lugares que no cumplan condiciones adecuadas, pues el art. 21 de la C.N. exige la reclusión en lugares adecuados, es decir, en lugares higiénicos y salubres.
- Los encierros en los lugares de privación de la libertad que constituyan un doble castigo o agravamiento indebido de la reclusión de las personas.

Se ha considerado agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención el caso resuelto por la Sala Penal, en su AC. Y Sent. N° 524/03, que establece: “corresponde hacer lugar al Hábeas Corpus genérico, en razón de que el peticionante quien se encuentra bajo cuidados médicos hospitalarios en tanto se tramita el recurso extraordinario de casación interpuesto contra su sentencia condenatoria, esta compensado y a fin de no poner en riesgo su recuperación, los médicos tratantes recomiendan su traslado a un ambiente seguro y confortable, por lo que la alternativa aceptable es el traslado a su domicilio bajo segura custodia.”

En otros casos también la misma Sala ha hecho lugar disponiendo la reclusión domiciliaria del recurrente en sustitución de la prisión preventiva, en razón de que sería el tratamiento más adecuado a su condición de persona no condenada.

8. EL HABEAS CORPUS EN EL ESTADO DE EXCEPCION

La CN, dispone en su **Art. 133**, in fine que: “*La Ley reglamentara las diversas modalidades del Hábeas Corpus, las cuales procederán incluso durante el Estado de Excepción. El procedimiento será breve sumario y gratuito, pudiendo ser iniciado de oficio.*”

Y en el **Art. 288 de la CN**, al regular el Estado de Excepción – determinando las autoridades facultadas para la declaración, las causales, de la vigencia y de los plazos – estatuye: “... *El Estado de Excepción no interrumpirá el funcionamiento de los Poderes del Estado la vigencia de esta Constitución ni, específicamente el Hábeas Corpus*”. La importancia de tal disposición radica en que por regla general, aun en el estado de excepción la tutela del habeas corpus es irrestricta para todos los ciudadanos y por excepción, es restringida pero solamente en relación a las personas indiciadas respecto a las cuales el Poder Ejecutivo, con anterioridad y decreto mediante, haya ordenado la detención o traslado de las mismas.

9. EL DERECHO DE OPCION

El derecho de opción de salir del país corresponde a la Institución del Estado de Excepción y no al de Hábeas Corpus, entra en vigencia durante el Estado de Excepción cuando la detención fue ordenada por el Poder Ejecutivo en virtud de los indicios de participación en los hechos que dieran lugar a la declaración del mismo. La persona puede hacer uso en cualquier momento y por cualquier medio, y en caso que el mismo fuera negado por el Poder Ejecutivo, el remedio será el Hábeas Corpus.

10. REFLEXION FINAL

A título de una reflexión global sobre lo que ha sido desarrollado, no se puede rescatar la trascendencia de la garantía constitucional en mención, en sentido formal y sustancial, para actuar como medio de control constitucional y hacer realidad la supremacía constitucional. Lógicamente, no basta la mera proclamación dogmática del principio aludido si el órgano judicial encargado de custodiar su prevalencia no se esfuerza en hacerla efectiva, puesto que entonces el ejercicio del poder jurisdiccional se vuelve autocrático y se estaría desconociendo la separación que media entre el poder constituyente y los poderes constituidos, la división de los poderes constituidos

y la distinción entre poder constituyente originario y derivado, que son, precisamente, las técnicas a las que ha recurrido la Asamblea Nacional Constituyente al tiempo de formular esta garantía, de modo tal a preservar la libertad y dignidad del hombre y dotar de seguridad jurídica a las relaciones sociales.

Es por ello que es menester, ante tan edificante garantía constitucional, que aun los jueces más severos – cualquiera sea la jerarquía que ostentan – sepan leer las nobles y fecundas herramientas que se incorporan a la sistemática de las técnicas jurisdiccionales haciéndolos más operables a través de un vigoroso enfoque de los objetos protegidos y procuren materializar la estrategia de la tutela deseada mediante el posible ejercicio de las mismas, afán personal que – en contrapartida – sugiere el abandono de posturas rígidas y pocas propicias para acogerlas, porque solamente así, mas que nunca, serán fieles escuderos de la Constitución Nacional y de los derechos y garantías de sus habitantes.

FUENTES BIBLIOGRAFICAS

.- CONSTITUCION NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY AÑO 1992 - 2º Edición Decidamos – Año: 1997

.- BIDART CAMPOS, GERMAN: Lecciones Elementales de Políticas - Ed. EDIAR, 5º Edición – Buenos Aires – año: 1995

.- MENDONCA, JUAN CARLOS - CAMACHO, EMILIO - SOSA ELIZECHE, ENRIQUE: “Garantías Constitucionales, Apuntes Doctrinarios – Edición Corte Suprema de Justicia (CIDSEP) Año: 2004

.- OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI: “Derecho Procesal Constitucional – Amparo – Edic. Rubinzal – Culzoni, Año 2000

.- RAMIREZ CANDIA, MANUEL DE JESUS. “Derecho Constitucional Paraguayo. Tomo: I - Editora Lito Color S.R.L. Año: 2000

.- GREGORIO BADENI - “Instituciones de Derecho Constitucional”, Edit. AdHoc, año 1997

.- ALBERTO BOREA ODRIA: “Evolución de las Garantías Constitucionales, Edit. Grijley, Segunda Edición, Año 1996

.- GEORGE JELLINEK: “Teoría General del Estado”, trad. de Fernando de los Ríos Urriti, Madrid, año 1915, Tomo II

.- EVELIO FERNANDEZ AREVALOS - Habeas Corpus, Régimen Constitucional y Legal en el Paraguay) -

LA DEFENSA PÚBLICA EN EL URUGUAY

Por Juan Jacobo

Desde la celebración del primer Cabildo (1730), convocado por Bruno Mauricio de Zabala, hubo en la recién nacida Montevideo (1726-1730), “Defensores de Oficio”. Y no uno, sino varios. En rápida revista: el Alcalde de Primer Voto, cabeza del Cabildo, era también “Juez de Naturales”, es decir de los nativos americanos, los indios; asimilados a menores por su supuesta “incapacidad”; dicho Alcalde tenía la obligación de intervenir en todos los asuntos judiciales, civiles o criminales, que los involucraban.

El Alcalde de Segundo Voto era también “*Juez de Menores*”. Entendía en todas las causas en que estuvieran en juego la vida, integridad física, salud, libertad, honra o intereses de menores de edad y aun en las que los afectaran indirectamente.

También tenía esos cometidos, con el deber de asistir al Juez, otro miembro del Cabildo llamado “Regidor Defensor de Menores”, cargo que en una primera etapa fue el desempeñado por “Alguacil Mayor” y más tarde, por otros dos cabildantes conocidos como “Fiel Ejecutor” y Depositario General”. A esa altura (1791), el título había pasado a ser “Defensor de Pobres y Menores”. En 1804, el nombre cambió y otra vez, aunque no la función: “Regidor Defensor de Menores”.

Bajo la dominación portuguesa, la “Cámara de Apelaciones” – primer antecedente de la actual Suprema Corte de Justicia – dispuso el 16 de abril de 1822 que: “...a efectos de que los derechos de los pobres con sus causas criminales no perezcan en la indefensión y que el Abogado Defensor pueda promoverlos en segunda instancia, resolvió que todas las sentencias que en ellas se pronuncien les sean notificadas...” (C. de I.C., arts. 7 y 81)¹.

Una vez constituida la República (1830), ese alto Tribunal siguió funcionando a falta de otra organización de la justicia. El 24 de marzo de 1831, se decidió “... nombrar un Abogado de conocida probidad y ciencia acreditada, para patrocinar y defender por escrito en todos los grados e instancias los pleitos

civiles de los pobres, y reuniendo dichas calidades el Dr. D. Pedro Somellera, con la recomendable circunstancia de haberse espontáneamente ofrecido al respecto, lo designan tal Abogado Defensor de Pobres en lo Civil...”

En el año 1886 y hasta 1896 actuó el Dr. Pedro Figari como defensor de Pobres en lo Civil y Criminal.

El paso del tiempo y la necesidad de asistencia letrada para garantizar a todos los habitantes de la República el acceso inmediato y eficaz para tener “su día ante el Tribunal”, hicieron con que hoy funcione un Servicio de Defensorías de Oficio Nacional.

Pero ¿es válida tal denominación en estos tiempos? ¿Cuál es la diferencia con la Defensoría Pública? ¿Por qué Defensor de Oficio o Defensor Público? Es aquí, cuando la asistencia letrada gratuita está reconocida y organizada institucionalmente, y aquellos que la ejercen reciben una retribución por tal gestión, identificándose como “Defensores Públicos” donde el Servicio es de Defensoría Pública. Ya no serán los abogados particulares que asistan sistemáticamente, sin organización y condicionando a su “buena voluntad” los responsables de permitir el acceso a la justicia.

En 1907 y En el cumplimiento del mandato constitucional en 1907, se designa a la Alta Corte de Justicia, como órgano rector del Servicio de Justicia y Jerarca de Magistrados y Auxiliares de la Justicia. Hace suyo que los Defensores de Oficio son Auxiliares de la Justicia.

Tratados Internacionales tales como la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica. 1978, Uruguay Ley 18.7373 marzo 1985) establecen como obligación de los Estados Partes de garantizar mínimamente a sus habitantes, a ser asistidos por un defensor de su elección y en el caso de que no pudieren pagarle, el Estado le proporcionará uno en forma gratuita”.

Ubicación de la Defensa Pública en el Estado Uruguayo.

Eso nos lleva a una primera afirmación: en el Uruguay la Defensoría Pública se encuentra inmersa en el organigrama administrativo del Poder Judicial. Por ello la autonomía funcional adolece de una estructura que involucre a todo el país, en las

¹ Hamlet Reyes: “Acordadas..., 1818 a 1936”, Imp. Nacional, 1936.

mismas pautas organizativas, administrativas y jerárquicas, es así que podríamos decir que, en ese sentido, Uruguay está dividido en dos sistemas de organización de la defensa Pública, una para el Departamento de Montevideo: organizadas por materias con un Director por cada una, en un total de 9: Defensoría Pública de Familia, Defensoría Pública de Violencia Doméstica, Defensoría Pública en lo Civil, Defensoría Pública de Adolescentes Infractores, Defensoría Pública en lo Criminal, Defensoría Pública de Ejecución Penal, la mal llamada Defensoría Pública del Crimen Organizado, Defensoría Pública en lo Laboral, Defensoría Pública en Derecho Administrativo; y otra para el Interior del país creadas en relación a la existencia de Juzgados Letrados de 1ª Instancia en los que los Defensores asumen la materia que se les asigna al momento de su nombramiento, rotando en forma anual la jefatura administrativa como una carga más a la función y sin sobresueldo.

Todo ello dirigido y coordinado por el Director Nacional de Defensorías Públicas que se encuentra en la ciudad de Montevideo y al que responden todos los Directores de Defensorías, Defensores Públicos y personal técnico y administrativo.

La Suprema Corte de Justicia ha dictado Acordadas en el tiempo referidas a la organización de la actuación del Defensor Público, tales como horario de permanencia en las oficinas, sistemas de subrogación, traslados, ingreso al cargo, etc.; en lo demás se aplica la misma normativa que para cualquier oficina judicial, a excepción del régimen de calificaciones y ascensos. Los criterios que regulan el acceso de los beneficiarios a la asistencia de las distintas Defensorías fueron establecidos por la acordada n° 7414 de 5 de marzo de 2001 de la Suprema Corte de Justicia. En dicha ley materia se establece “un criterio económicamente flexible”, que define un perfil del asistido que excluye a “las personas que, por su condición económica, se encuentren capacitadas para contratar los servicios profesionales de un defensor particular”. A tal efecto se distingue un perfil básico de usuario que es el de una persona sin familia a su cargo, sin bienes de fortuna y con ingresos mensuales no superiores a tres salarios mínimos. Las calidades de persona con familiares a cargo o de arrendatario por un monto superior a 10 UR o con más de dos hijos, permiten adicionar un salario mínimo al tope que excluye del beneficio de ser asistidos por las Defensorías. Complementariamente el art. 3 de dicho cuerpo normativo excluye explícitamente los trámites de “sucesiones o disoluciones de sociedad conyugal cuando existan en el patrimonio bienes, sean éstos muebles o inmuebles cuyo valor supere las 200 UR”. Todos estos extremos deberán expresarse a través de una declaración jurada de los recursos patrimoniales del interesado. También se prevé, en el artículo 6, la

intervención inmediata, sin aplicación de esta reglamentación, en los casos en que razones de índole social o moral así lo aconsejen².

En los últimos años, nuestros legisladores le han asignado al Defensor Público la tarea de asistencia letrada en determinadas materias, tales como Violencia Doméstica, asistencia al indagado desde el inicio de las actuaciones presumariales o la reciente aprobación del Código de la Niñez y Adolescencia. Por una iniciativa legislativa promovida por las Asociaciones del Poder Judicial y la Institución, se crearon 8 cargos de Defensores Públicos, directamente asignados a Violencia Doméstica, creación que no alcanzó para cubrir los mínimos requerimientos.

Una segunda afirmación: no tiene autonomía financiera, la provisión de sus recursos se dispone por el organismo en relación a todo el Poder Judicial y conforme marque pautas o prioridades de ejecución.

Una tercera afirmación es que en el ejercicio de sus funciones el Defensor Público tiene autonomía técnica, en razón de que el art. 387 de la Ley 16.320 establece: Declárase que los Defensores de Oficio tienen absoluta independencia técnica en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ejercitar las potestades que les confiere la Constitución y las leyes en defensa de sus patrocinados. En el caso que se afecte la eficacia o se menoscabe la función de los Defensores de Oficio, deberán ponerlo en conocimiento del Director de la respectiva defensoría, quien, con anuencia de la Sala de Defensores correspondiente, adoptará las medidas pertinentes para hacer cesar tal situación”.

En el mes de febrero de 2003 la Suprema Corte de Justicia consagra el Programa de Asistencia a la Gestión de la Defensoría de Oficio de Familia. Este resulta a partir de la propuesta del equipo de mediadoras que en el año 1996 iniciaron la experiencia de la mediación en el Poder Judicial, en los cinco centros creados a esos efectos.

Los objetivos del Programa son los siguientes:

- a) Beneficiar a la población de bajos recursos que se asiste en la Defensoría, quienes podrían alcanzar solución a su problemática, en un plazo más breve del que le insumiría un juicio.
- b) Facilitar la auto composición de las partes, a fin de que las mismas

2

Conforme con la L. 17.856 de 20/12/04, en la actualidad son bases de prestaciones y contribuciones.

logren acuerdos mutuamente satisfactorios, sostenibles en el tiempo.

c) Contribuir al descongestionamiento de la Defensoría y de los Juzgados de Familia, evitando futuros litigios, con el consiguiente beneficio económico de reducción de costos para el Sistema Judicial.

El Programa se desarrolla a través de un proceso que incluye dos instancias de trabajo:

a) Entrevista inicial: durante la misma se realiza la explicación de los alcances de la mediación, evaluación conjunta de su viabilidad con los usuarios, señalamiento de los encuentros de mediación o su derivación a otras instituciones en los casos que corresponda.

En esta instancia parte del equipo trabaja en el mismo horario que los Defensores, lo cual permite la coordinación con dichos profesionales, quienes derivan a los usuarios.

b) Encuentros de Mediación: Se realizan en la Sede de la Defensoría de Familia contra horario Judicial. Se plantea el encuadre del coloquio de mediación, una vez logrado el acuerdo mediatorio, se recoge por escrito, el que es firmado por las partes y los mediadores presentes. Posteriormente, el Defensor que derivó lo presenta para su homologación en el Juzgado Letrado de Familia que corresponda.

En el período 2004 – 2006 el número de consultas evacuadas por el programa fue de 2.773 y las mediaciones concretadas superaron las 1.200.

El porcentaje de los acuerdos logrados sobre las mediaciones realizadas es de un promedio, en estos cinco años, de un 88% (tomado del informe de los integrantes del Equipo de Mediación de la Defensoría de Oficio de Familia).

La defensa pública es la base del Estado de Derecho que garantiza a los pobres el acceso a la justicia. Estos tienen como presupuesto esencial el acceso a la defensa. Aquella afirmación está basada en la Constitución de la República (artículo 8) cuando dice que “todos los ciudadanos son iguales ante la ley...”; de consiguiente la Defensa Pública permite a todos los individuos tener acceso a la justicia y ése uno de los pilares de la democracia: la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Jerarquizando la defensa pública jerarquizamos también a las personas que requieren sus servicios que, por no tener acceso a un defensor particular por falta de numerario, no son ni deben concebirse ciudadanos de segunda categoría.

El proceso evolutivo de la Defensa Pública demuestra todo lo contrario, esto es, hubo y hay Defensores Públicos que han dejado una huella imborrable, superando ostensiblemente en formación jurídica y eficacia a los abogados particulares, tales fueron los casos de los Dres. Carlos Martínez Moreno y Eduardo Vaz Ferreira, Sergio Deus, Lauro Rodríguez Pozzi y Mabel Rivero, entre otros.

Existen 192 cargos de Defensores Públicos en Montevideo y en el Interior.

En el Uruguay durante el año 2006 fueron atendidas casi 242.000 personas. Alcanzó casi a los 31.000 los asuntos iniciados, 64.000 los escritos presentados y más de 72.000 audiencias realizadas. El 95% de los reclusos son atendidos por las Defensorías Públicas, y de los 7.800 reclusos que existen en las cárceles del país, más de 7.000 son representados por Defensores Públicos. Porcentaje similar, más de un 80%, son asistidos en materia de familia y familia especializada por las defensorías respectivas. En violencia doméstica se atiende a más del noventa por ciento del total de quienes asisten, los juzgados competentes en dicha disciplina, y por último, en la Defensoría Pública de Adolescentes Infractores ocurre otro tanto.

Algo parecido, aunque no de idéntica magnitud, sucede en materia civil, específicamente en el derecho de arrendamientos urbanos con las obligaciones y consignaciones, clausuras de desahucios, reformas de plazo, intimaciones de pago, lanzamientos, etc., amén de todos los demás procesos de naturaleza civil. En la defensoría Pública del Trabajo ocurre algo análogo que en la Civil.

En consecuencia, pues, la tarea de las diferentes Defensorías Públicas del país desarrolla una labor de interés general, para la mayor parte de la población nacional.

SITUACION PROCESAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE FAMILIA Y ROL DE SU DEFENSOR

Dra. Grabiela Brunetto Fontan.

Trabajo Publicado en La Justicia Uruguaya Diciembre 2007.

En Primer lugar es importante aclarar que la presente exposición no pretende ser una presentación académica, sino un intercambio de reflexiones, inquietudes y conclusiones a las que he arribado a raíz de mi trabajo en la materia.

El objetivo de este intercambio es poner sobre la mesa el tema de si los niños, niñas y adolescentes que están involucrados en un proceso de familia, son considerados como verdaderos sujetos de derecho y por ende respetados en todos sus términos, es decir, sus derechos y garantías en el Juicio.

Me referiré solamente a la situación de éstos en los procedimientos judiciales contenciosos de familia en los cuales quienes litigan son generalmente madre y padre, o tutores de estos niños o niñas y en algunos casos otros familiares o personas unidas por un vínculo afectivo. Procedimientos tan comunes como abundantes en los tribunales como ser Juicios de Tenencia, Visitas, Pérdida de Patria Potestad, Autorizaciones para viajar, etc.

No existe coincidencia en la doctrina respecto de la situación procesal de estos sujetos en estos procedimientos. En este trabajo llego a conclusiones personales que no pretenden la conformidad absoluta, sino, tan solo constituir un aporte más en un tema cuyo debate aún permanece abierto.

En todos esos procesos por lo general la litis se traba entre la madre y el padre del niño o niña, quienes litigan, por ejemplo, respecto de quien detenta la tenencia de sus hijos, qué régimen de visitas es el más adecuado, cuales son los alimentos que deben servir.

En estos juicios se da la característica especial que generalmente los titulares de la patria potestad, y por ende representantes legales de sus hijos, litigan respecto de circunstancias que más allá de afectar a su vida particular, afectan en primer lugar a la vida de sus representados. Todos los operadores del sistema judicial, tanto, jueces, abogados, fiscales y aún los técnicos, que participamos en estos

procedimientos, vemos claramente como actor y demandado, en realidad muchas veces no ejercen su rol de representantes legales de sus hijos defendiendo el interés de éstos, sino que litigan más bien para hacer valer sus propios derechos y prevalecer respecto al otro progenitor. Es decir, en estos procedimientos los representantes legales de los niños o adolescentes no cumplen con su función legal de hacer valer la pretensión de sus representados, así como muchas veces jueces y fiscales no logran saber cual es efectivamente la voluntad y el interés de estos representados. Asimismo vemos como es muy difícil para los adultos poder defender su propia pretensión en forma armónica con los intereses de sus representados; muchas veces se da una clara oposición de intereses entre representante y representado, otra conjunción de intereses y en otros casos no coinciden totalmente, teniendo algún punto en común, pero no conforman una única pretensión.

De esta manera se ve la real importancia del rol del abogado defensor del menor, que deberá defender en el proceso los verdaderos intereses del niño o niña o adolescente, sobre el cual recaerán los efectos de la decisión judicial.

Es indudable el avance logrado a través de la ratificación de la Convención de los Derechos de los Niños y la aprobación del nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, que impone los derechos al niño o adolescente de ser oído en todos los procesos que afecten su vida. De todos modos, en forma anterior a la aprobación de este Código, varios Tribunales a raíz de la aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, también disponían, en algunos casos, escuchar al niño o adolescente y a veces también la designación de un defensor para éstos, principalmente cuando las pretensiones de las partes se encontraban muy distanciadas.

¿Cuál es hoy la situación procesal del niño/a, o adolescente en estos procedimientos?, y como consecuencia de ello ¿Cuál es el verdadero rol que desempeña su abogado defensor?

No es menor la consideración procesal en este tema, ya que el derecho procesal nos garantiza el efectivo cumplimiento de los derechos sustanciales. Por lo tanto es muy importante llegar a conclusiones respecto a la situación procesal de estos sujetos, para que ellos puedan ejercer todos sus derechos formales, los actos procesales que permitan hacer efectivos sus derechos sustanciales.

En virtud de la ratificación de instrumentos, la Convención Interamericana de Derechos del Niño, Ley 16.137 y de la promulgación de CNA, ley 17.823, ha

variado la concepción de los niños, niñas y adolescentes en el mundo jurídico.

La ya desechada doctrina de la situación irregular en la que los niños/as y adolescentes eran considerados objetos de protección y tutela estatal, dio paso a la nueva concepción de la protección integral, en la cual estos individuos pasen a ser sujetos de derecho y como tales en ejercicio y goce de todos los derechos inherentes a la personalidad humana, bajo el principio rector fundamental del Interés superior del niño. Ahora bien mucho se ha avanzado en este tema, principalmente en el ámbito del procedimiento penal juvenil, es decir en los casos en que el adolescente comete una infracción prevista como delito para la ley penal, así como también cuando los niños, niñas o adolescentes son vulnerados en sus derechos o vulneran derechos de terceros, en las hipótesis del artículo 117 del C.N.A. Mediante el nuevo procedimiento establecido en el CNA, se plasma en forma más clara la situación procesal de sujeto de derecho del niño o adolescente en estos procesos.

No ocurre lo mismo en los procedimientos de familia a los cuales me quiero centrar en la presente exposición; en éstos vemos vestigios de la vieja concepción paternalista, trasladando el concepto de objeto de protección estatal a objeto de controversia entre los adultos y no vemos al niño como verdadero sujeto de derecho sino como objeto de las pretensiones de sus padres, tutores, etc.

Esto ocurre no por falta de disposiciones legales, las cuales existen, pero en algunos casos no son claras y a veces parecen incluso contradictorias, como en el caso del C.N.A, que no establece claramente la posición de estos sujetos en los procedimientos referidos. Asimismo vemos en la práctica judicial que determinadas concepciones no han sido aún superadas por los operadores jurídicos, aunque lo hayan sido en las disposiciones legales, si analizamos todas ellas en forma armónica.

El derecho tiene la importante función de plasmar en normas jurídicas realidades sociales y culturales determinadas. Sin lugar a dudas, la nueva posición jurídica de los niños, niñas y adolescentes es el resultado de una nueva posición social de esos sujetos. Pero también vemos, y no deja de ser esperable, razonable, pero perfectible, como en las mentalidades de los individuos en general, de los justiciables y también de los operadores jurídicos, resulta difícil desvincularse de viejas concepciones o prácticas que fueron desechadas por el nuevo ordenamiento jurídico y por la nueva concepción que plasma la Convención de Derechos del Niño. Como todo procedimiento de cambio supone una ida y vuelta, un adelanto y retroceso, que en este tema estamos atravesando.

I. SITUACION PROCESAL DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN EL PROCESO JUDICIAL DE FAMILIA

MARCO NORMATIVO QUE REGULA LA MATERIA: CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑOS. LEY 16.137.

ARTICULO 2. Consagra el principio fundamental de que todos los estados parte de la Convención considerarán a los niños sujetos de derechos sin distinción de su raza, color, sexo, idioma, origen, etc.

ARTICULO 31 Consagra el principio fundamental del interés superior de los niños que debe ser tomado en cuenta por todas las instituciones públicas o privadas, tribunales u otras autoridades administrativas.

ARTICULO 12. Establece el derecho del niño, que está en condiciones de formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al mismo. Consagra, asimismo, el principio de la autonomía libremente en todos los asuntos que afecten al mismo, juntamente con el principio de la autonomía de la voluntad.

Constitución Nacional.

ARTICULO 8° “*Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o virtudes*” Principio de igualdad de todas las personas, sin distinción de su edad.

Código de La Niñez y la Adolescencia. Ley 17.823.

ARTICULO 2 “(Sujetos de derechos, deberes y garantías). *Todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas.*”

ARTICULO 6 “(Criterio específico de interpretación e integración: El interés superior del niño y adolescente) *Para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana.*

En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos”.

ARTICULO 8. “(Principio General) *Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.*

Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones.

Los Jueces bajo su más seria responsabilidad, deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo establecido en los incisos anteriores, debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria a lo aquí dispuesto.”

Ley Procesal:

Nuestro Código General del Proceso en su artículo 31 establece: “*Son partes en el proceso el demandante, el demandado y los terceros en los casos previstos por este Código”*

ARLAS definía a la situación jurídica procesal como “*la posición en que se encuentran los distintos sujetos de un proceso – juez, partes, auxiliares, terceros – frente a la norma jurídica procesal que regula el proceso,”*

De acuerdo a Carnelutti, pueden distinguirse en un proceso judicial: *Sujetos del litigio*, aquellos respecto de los cuales se hace el proceso y que en definitiva son quienes sufren o se benefician de sus consecuencias en *Sujetos del proceso*, quienes concurren efectivamente en los hechos, a hacer el proceso y así determinar sus consecuencias.

Son sujetos del litigio las partes en sentido material o sustancial y los sujetos del proceso son las partes en sentido formal o procesal.

Cuando una de las partes actúa a través de su representante (legal o contractual) se produce una disociación entre el sujeto del litigio y el sujeto del proceso, entre parte material y parte formal.

¿Podemos asegurar que en los procesos de familia los titulares de la patria potestad comparecen como formales, solamente en representación de sus hijos?

¿Podemos aseverar que no litigan haciendo valer sus propios intereses como partes materiales?

Un elemento fundamental para considerar a un sujeto parte del proceso es tomar en cuenta se sobre dicho sujeto es quien recae la decisión judicial en forma directa, beneficiándose o padeciendo dicha decisión.

Los niños/as y adolescentes en un proceso en el cual se está dirimiendo quien detendrá su tenencia, es decir con quien convivirá el niño, todo lo que esto implica, cuál será su nuevo núcleo familiar, cuál será su domicilio, su casa, su barrio y por ende traerá también como consecuencia quizá a que centro de estudios concurrirá, cuáles serán sus amistades, indudablemente son las personas **principalmente afectadas respecto de la decisión judicial**. Se está decidiendo directamente respecto de la situación y vida de este niño más allá de que la decisión obviamente también recae sobre actor y demandado. Pero ¿puede decirse que los efectos de la sentencia recaen en forma distinta sobre el niño, que sobre sus padres?

En la práctica judicial vemos como en estos procesos el criterio para posicionar a los niños/as o adolescentes, varía en función de diferentes consideraciones, principalmente del Juez de Ministerio Público. Consideraciones tales como el objeto del proceso, la edad del niño o adolescente, la actitud del actor y demandado, etc. Circunstancias que hacen determinar si debe designarse defensor y en su caso en que momento ocurre dicha designación.

La situación procesal de todo sujeto del proceso no puede ser determinada por consideraciones subjetivas de los operadores; no puede quedar librada a la discrecionalidad del Magistrado; debe ser el resultado armónico de la interpretación de la Ley. La situación procesal de un sujeto solamente puede ser determinada por el ordenamiento jurídico.

El artículo 12 de la Convención establece la garantía al niño de expresar su opinión en todos los asuntos que afecten su vida, y ello deberá llevarse a cabo “*en*

consonancia con las normas de procedimiento de ley nacional” Es decir de acuerdo a la ley, no a la discrecionalidad del operador.

En todo proceso judicial intervienen diferentes sujetos, el Tribunal, el Ministerio Público, las Partes, los terceros, los abogados, los técnicos, peritos, testigos, etc. Cada uno de los sujetos ocupa determinada posición que determina su posibilidad de actuar, sus deberes, derechos, facultades y cargas en el proceso.

La redacción del CNA no es feliz, en tanto establece el derecho a ser oído y también la posibilidad de ser parte en el proceso (art.8). La doctrina ha interpretado que existen entonces dos formas de actuación del niño o adolescente en el proceso: en algunos casos es solamente escuchado y en otro caso sería parte (ejemplo cuando concurre como actor ante los tribunales). Ahora bien, cuando solamente es escuchado, me pregunto: ¿en calidad de qué es escuchado? ¿Puedes considerarse que es un testigo?, ¿un tercero en un proceso que se decide su propia vida? O lo que es peor aún, nos recuerda la situación anterior a la Convención, ¿es el objeto de controversia entre actor y demandado?, ¿es un sujeto innominado en el proceso? Cuando solamente es escuchado, lo hace ¿con sin asistencia letrada?, y aún en el caso que se el proceso, su presencia parece ser un requisito meramente formal, no tiene facultades de producir ni controlar prueba.

El derecho a ser escuchado ante la Sede como único acto procesal, no ofrece las garantías que suponen ser sujeto de derecho y que la Convención consagra como nueva concepción de estos sujetos. Debe tomarse en cuenta que se trata de personas en crecimiento y evolución y que como característica fundamental son esencialmente vulnerables, principalmente respecto de la opinión de los adultos que están a cargo.

Con una declaración en Audiencia de estos sujetos además de los informes técnicos (que no dejan de ser interpretaciones de adultos respecto de la situación de los niños) no alcanza para desentrañar su verdadero interés. Solamente con la debida asistencia letrada podemos llegar a conocer su interés y si éste configura una distinta pretensión de la del actor y demandado.

De esta manera vemos como a veces los niños o adolescentes comparecen en el juicio solamente para ser escuchados y otras veces revisten la calidad de parte. Una y otra situación es muy diferente, pero ¿quién determina ello?, ¿Quién determina cuando el niño es parte en el proceso y cuando solamente es escuchado por el Tribunal?

Si el niño o adolescente es sujeto de derecho en ejercicio de todos los derechos inherentes a la personalidad humana, si puede y debe no solo estar informado respecto de los procedimientos en los cuales se decida situaciones determinantes de su vida, sino que además debe ser escuchado y su opinión debe ser tomada en cuenta a la hora de la decisión judicial, no podemos concluir otra cosa que el niño o adolescente en un proceso de familia es PARTE.

La definiría como PARTE ESPECIAL, por diferentes razones:

1) - Porque es sobre quienes recae en forma directa e incuestionable la decisión judicial. Si bien la sentencia también concierne a madre o padre que litigan como actor y demandado, en primer lugar se determina la vida o condiciones de la vida del niño, cuyas consecuencias a nivel de su personalidad pueden ser irreversibles, sean estas positivas como negativas.

2) - Por el carácter especial del niño, niña o adolescente como sujeto de derecho, sujeto en crecimiento y formación de su personalidad, quien deberá ser tomado en cuenta en función de su edad, evolución y maduración y tanto emocional cuanto intelectual.

3) - Especial también porque es parte en un proceso en el cuál las otras dos partes son paradójicamente sus representantes legales que no están litigando en ejercicio de su representación judicial, sino que litigan principalmente en su propio interés, que puedes coincidir o no con el del niño o adolescente. No podemos considerar que estos niños en estos procesos comparecen como partes sustanciales representadas por sus representantes legales, ya que sus representantes legales comparecen como partes sustanciales de sus propios intereses y no necesariamente de los de sus hijos. Por ello en estos procedimientos juega un rol primordial, el defensor del niño, quien deberá desentrañar el verdadero interés de éste. El C.N.A. tampoco es claro en este tema cuando se refiere al defensor del niño y también al curador especial.

4) - Especial asimismo, porque debe procederse a su interrogatorio preceptivo por Tribunal. En todo procedimiento judicial las partes son escuchadas generalmente a través de sus letrados en sus escritos o alegatos, y en algunas oportunidades el juez en forma discrecional interroga personalmente a cada parte. En este caso el interrogatorio al niño o adolescente es preceptivo, cuando de acuerdo a su maduración puede llevarse a cabo.

5) - Especial, por último porque la decisión judicial siempre debe atender

a respetar, como principio rector, su interés superior. Se trata de la parte más débil, vulnerable y cuyo interés requiere una especial valoración del Magistrado. En otras ramas del derecho vemos como existe también ciertos principios como ser en el derecho laboral o penal el “in dubio” “pro operario” o pro reo”, que exigen al Tribunal la especial valoración de estas partes como partes más débiles del juicio.

II. ROL DEL ABOGADO DEFENSOR DEL NIÑO/A O ADOLESCENTE EN ESTOS PROCEDIMIENTOS

Reviste una real importancia y una especial complejidad a la asistencia de estos sujetos por parte del defensor.

En primer lugar por las consideraciones ya expresadas de que el niño o adolescente es un sujeto de derecho especial en formación y crecimiento, que entre otras características, muchas veces no es fácil para el defensor determinar cuáles son sus verdaderos intereses y deseos.

En segundo lugar porque estos intereses siempre deben ser considerados en atención a su interés superior de acuerdo a como ordena la ley. Muchas veces ocurre que lo que el niño o adolescente pone de manifiesto como aspiración, al defensor nos parece no ser lo más adecuado en aras de defender su interés superior. En virtud de ello es fundamental la especialización del defensor en esta materia, y el contacto permanente con los técnicos que ilustran y ayudan a determinar los verdaderos intereses de estos individuos.

Volviendo al punto de vista procesal es muy importante considerar que posición ocupa el niño o adolescente, porque de ello dependerá también la función que pueda desempeñar el defensor y los actos procesales que pueda llevar a cabo. Si el niño solamente es escuchado por el Tribunal el rol del defensor será una presencia meramente formal, y no se estará en condiciones reales de conocer su interés y voluntad.

La única conclusión armónica con la concepción de sujeto de derecho en nuestro ordenamiento jurídico es que los niños en estos procedimientos sean considerados partes y como tales deben valorarse procesalmente.

Es usual que los Tribunales designen defensores en estos juicios recién

cuando el niño o adolescente comparecen a declarar o cuando se le fija fecha de audiencia para ello. Esto trae como consecuencia que el defensor tome contacto con el niño y con el expediente, por lo general, después que ya se diligenció parte de la prueba, la cual no pudo controlar, al repreguntar si se trata de testimonial o simplemente al ofrecer otros medios probatorios, o participar en los ya diligenciados.

Si estos sujetos son partes, el defensor debe ser designado en el mismo auto que se da traslado de la demanda, a quien también deberá conferirse traslado de la misma.

Dependerá obviamente de la edad del niño que el defensor tenga una entrevista previa a la contestación de la demanda y si esto no fuera posible por razones de edad u otras consideraciones, asumirá una actitud de expectativa, reservándose el derecho a dar una respuesta definitiva, en la etapa pertinente. Pero de esta manera el defensor del niño o adolescente concurrirá a la Audiencia de precepto, en la que por lo general se diligencia la prueba, por tratarse de juicios extraordinarios y ejercerá correctamente la defensa desde un principio como corresponde, ya que su parte tiene los mismos derechos y garantías en el juicio.

¿CURADOR O DEFENSOR?

El C.N.A. habla de curador especial para el niño o adolescente, así como también de defensor del menor.

En doctrina se abre la interrogante de si se trata de un curador especial o de un asistente letrado.

Recordemos como el Código Civil reglamente la figura del “*curador ad litem*”, figura que comparece en juicio cuando los representantes legales de los niños tienen intereses contrapuestos con éste. En estos procedimientos vemos que sin que existan intereses totalmente contrapuestos entre representante y representados, pueden existir intereses diferentes que no conforman una única pretensión.

Parte de la doctrina entiende que el niño o adolescente tendrá en estos casos un curador que revestirá el carácter de curador representante o curador asistente legal, eso dependerá de diferentes variables, como ser, si se trata de púberes o impúberes, de niños o adolescentes o si no se toma en cuenta la edad y queda librado a la discrecionalidad del juez apreciar el grado de madurez del niño o adolescente para

nombrarle un curador representante o curador asistente.

A esta posición podríamos cuestionarle cuál sería la condición de curador asistente y no representante, ya que la naturaleza propia del curador es ser el representante del curatelado por carecer éste de la plena capacidad de ejercicio.

De acuerdo a la opinión del Dr. Ricardo Perez Manrique, en su trabajo publicado en la Justicia Uruguaya Doctrina 11, el Instituto de la curaduría se aplica a los casos de incapacidad, mientras la nueva concepción del niño y adolescente que consagra la Convención es en relación con un niño diferente cuya característica fundamental no es la consideración de incapaz, sino de sujeto especial en formación de su personalidad. De esta manera sostiene que se designará Defensor, al niño, es decir un asistente letrado, cuando de acuerdo a la evolución de sus facultades esté en condiciones de formarse un juicio propio. Cuando el niño o adolescente no esté en esa condición deberá designarse un curador que lo asista y represente.

Frente a esta posición me planteo la interrogante de si la Convención y el C.N.A derogan los conceptos de la ley sustancial de capacidad civil, es decir, los conceptos tradicionales de capacidad de goce y ejercicio consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

Si entendemos que la nueva concepción que consagra la Convención modifica el anterior concepto de capacidad o al menos consagra nuevo conceptos de capacidad desde el punto de vista procesal, la posición del Dr. Perez Manrique parecería ser adecuada. De lo contrario, si las normas de regular la capacidad no fueron modificadas por la nueva legislación, el niño o adolescente deberá siempre tener un curador, ya que esta figura agrega el plus de capacidad que la ley reclama, sin que se anule su voluntad ya que el representante actuará siempre haciendo valer la pretensión de su representado y con la garantía que éste, siempre que sea posible, deberá ser escuchado por el Tribunal.

Es importante destacar, que solo puede detectarse si los intereses del niño son distintos a los de sus padres, si éstos tienen desde el inicio del juicio un defensor, sea este curador o solamente asistente letrado, cuyo rol es justamente desentrañar cual es el interés y la voluntad, y velar por el respecto de sus derechos y garantías.

III. CONCLUSIONES

- El niño, niña y adolescente es un sujeto de derecho con todos los Derechos inherentes a la personalidad humana.
- En los procesos de familia en los cuales la litis se traba entre ambos titulares de la patria potestad, tutores u otros familiares o individuos vinculados por relaciones de afecto, el niño o adolescente debe ser considerado parte.
- El derecho a ser oído en el juicio no puede considerarse como un acto meramente pasivo del niño y adolescente. Ello no se compadece con su condición de sujeto de derecho y nos enfrenta a una situación jurídica innominada que no puede aceptarse de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, ordenamiento conforme al cual cada sujeto en el proceso ocupa una determinada posición.
- Los niños y adolescentes no solo son partes cuando acuden directamente ante los Tribunales sino en todos los procedimientos en que sus intereses son distintos, aunque no necesariamente opuestos a los de sus padres o tutores.
- El verdadero rol del defensor es desentrañar estos intereses y por ende su pretensión, lo cual solo puede llevar a cabo si es designado desde el inicio del procedimiento.
- En la práctica jurídica vemos como, si bien el ordenamiento jurídico consagra a todos los niños y adolescentes los mismos derechos y garantías que al resto de los sujetos del derecho, ellos no son considerados partes desde un inicio del juicio, no cumpliéndose con el principio de igualdad fundamental, ni permitiendo desentrañar el verdadero interés superior del niño.
- Notamos la ausencia de estos sujetos desde el inicio del procedimiento, desde que se carátula el expediente.
- La interpretación de la ley sustancial nos lleva a la conclusión de que el niño es parte, aunque la redacción del CNA no sea clara, pero debemos interpretar la ley de acuerdo al espíritu de la Convención, visto que el objetivo del CNA fue adecuar la ley nacional a la Convención.

(Ponencia presentada en el II CONGRESO NACIONAL DE LA DEFEN- SORIA PUBLICA. Octubre, 2007).

NECESIDAD DE DEFENSA ESPECIALIZADA ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO

Paula Vial Reynal
Defensora Nacional
Defensoría Penal Pública de Chile

La Defensoría Penal Pública de Chile nace el año 2001 en el marco del que probablemente sea uno de los mayores procesos de modernización a la justicia que se ha llevado a cabo en Chile y que ha supuesto una adecuación del sistema judicial a los estándares que inspiran el Estado Democrático de Derecho.

Este proceso que, se inició a mediados de los años 90, se materializó con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal en el año 2000, verdadera revolución a la justicia penal y un paso adelante en la regulación de las garantías individuales reconocidas en los tratados internacionales ratificados por Chile, dejando atrás un proceso inquisitivo, escrito, secreto y lento.

Uno de los principales objetivos de esta reforma fue la incorporación de criterios de derechos humanos a los sistemas de administración de justicia, buscando combinar adecuadamente los intereses sociales para perseguir eficazmente el delito y garantizar el derecho de los ciudadanos a un juicio justo cuando son objeto de persecución penal. En el marco de esta nueva estructura, se creó para estos efectos el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y los Tribunales de Garantía y Orales en lo Penal.

La misión legal de la Defensoría Penal Pública es proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que carezcan de abogado, asegurando de esta manera el derecho a defensa por un letrado y el debido proceso en el juicio penal.

La creación de la Defensoría Penal Pública ha significado un avance en el reconocimiento del derecho a defensa establecida constitucionalmente para todas las personas, así como la materialización del derecho al acceso a la Justicia.

Hoy la defensa pública de calidad para todas las personas es una realidad en Chile, con lo que se ha transformado en una verdad palpable “sin defensa no hay

justicia”, como reza nuestro lema institucional.

No obstante eso y la consideración de que efectivamente se trata de un enorme avance para la materialización de los derechos de las personas y del equilibrio que el sistema procesal penal requiere entre sus actores e intervinientes, existen aún muchos espacios de perfeccionamiento así como de universalización de este derecho a defensa.

El avance en materia de Derechos Humanos que evidenciamos hoy como país, tanto en su reconocimiento como en su protección, supone al mismo tiempo el desafío de extender su alcance a todos los ámbitos y en todos los espacios, nacionales e internacionales. Así, el derecho a defensa debe encontrar entonces reconocimiento y protección estatal no sólo en el ámbito nacional sino también frente a organismos internacionales, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Resulta evidente que la posibilidad de recurrir al sistema interamericano es de suma importancia en la tutela de las garantías y derechos que amparan a nuestros representados. Esto, por cuanto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha transformado en un mecanismo fundamental de fomento al establecimiento de un sistema de justicia que cumpla con requisitos de debido proceso y la promoción de Estados de Derecho en el continente americano. Las instituciones públicas de los Estados se encuentran en procesos permanentes de asimilación de estándares internacionales e interamericanos de derechos humanos y los criterios que tanto la Comisión como la Corte han establecido, han servido y son una herramienta útil para evaluar, diseñar y modificar la legislación y las prácticas estatales destinadas a resguardar los derechos humanos a nivel interno.

Hoy en día la credibilidad del sistema interamericano es indudable. A medida que esta legitimidad se ha incrementado, también las exigencias al sistema se complejizan. El trabajo que realiza la Comisión para llevar a cabo su rol de promotor de la observancia y defensa de los derechos humanos es de enorme trascendencia: Realiza visitas a diversos países de la región, recibe peticiones individuales sobre violaciones a derechos humanos, hace estudios sobre materias propias de su función, cuenta con relatorías especializadas, somete casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana, así como solicita sus opiniones consultivas, esto entre muchas otras actividades que han potenciado su misión.

En este orden de ideas, una materia de gran relevancia para nosotros es

el mecanismo de denuncias individuales que se presentan ante la Comisión, como instrumento que permite establecer la responsabilidad del Estado en materia de inobservancia de los derechos humanos. Este mecanismo ha permitido crear estándares en materia de los derechos y garantías establecidos en la Convención Americana.

Por otra parte, un número no menor de personas presentan peticiones ante la Comisión de Derechos Humanos. De acuerdo a las estadísticas del último informe de esta Comisión, el año 2008 se presentaron 323 mil denuncias. Pero también, hay muchas otras personas que dejan de hacerlo, ya sea por desconocimiento de los requisitos de interposición o por falta de recursos económicos necesarios para solventar los gastos asociados a mantener una denuncia ante el sistema interamericano. Por ello, resulta fundamental considerar, discutir y ojalá materializar un mecanismo nacional que permita concretar espacios reales a partir de los cuáles permitir el acceso universal a estas instancias.

De particular relevancia, y a mi juicio, uno de los mayores desafíos que tenemos, tanto la Comisión, cuanto Chile y el resto de los países de la región, es el respecto a las garantías judiciales contempladas en el artículo 8 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

En la Defensoría Penal Pública de Chile conocemos muchos casos en los que sería deseable la provisión de instancias de defensa y apoyo de intereses para el aseguramiento de sus derechos humanos ante la Comisión y luego la Corte.

Historias como la de Lizett, una mujer peruana que fue atendida por la Defensoría Penal Pública y que fue condenada por el delito de robo a una pena privativa de libertad, aún cuando no contaba con antecedentes penales anteriores, ni en Chile ni en Perú, y había colaborado sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos. Además de las atenuantes propias de su caso, se incorporó a la causa un informe presentencial realizado por Gendarmería de Chile, en el que se sugería la concesión de la libertad vigilada en atención a sus características personales. El informe señalaba que necesitaba de orientación y apoyo, lo que sumado a su motivación para mejorar su situación actual, y al hecho que en esos momentos se encontraba embarazada, la hacía merecedora de este beneficio. A pesar que el tribunal reconoció dichas circunstancias, no se le concedió tal medida alternativa.

La Excelentísima Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones de Chile han declarado inadmisibles los recursos de nulidad presentados por la defensa cuando

los fundamentos en los que se han basado, dicen relación con la negativa a conceder una medida alternativa a la pena. La inadmisibilidad se funda en que la resolución que se pronuncia sobre alguno de los beneficios sobre medidas alternativas a la privación de libertad, no forma parte de la sentencia definitiva, aunque materialmente esté contenida en ella, ya que el criterio empleado por las Cortes es entender que el órgano que dictó la medida tiene la facultad de entregar este beneficio y no como un derecho de las personas a solicitar una medida alternativa a la restricción de libertad, alternativa que permitiría la readaptación y mejor resocialización de la persona condenada por un delito.

Estimamos que este criterio afecta la garantía del derecho a la revisión de una sentencia, en particular si consideramos que el derecho a una medida alternativa a la reclusión es una de las materias más importantes para los sentenciados, y de gran ocurrencia en los casos penales. Además, atenta contra el derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5 de la Convención Americana, el cual señala en su último inciso que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.” Es un hecho que para Lisett una pena alternativa a la privación de libertad contribuiría a su readaptación social, aunque en la práctica a ella y a muchísimos casos similares no se les haya concedido.

Aún cuando se interpuso además y con posterioridad un recurso de amparo a fin de agotar todas las instancias y recursos nacionales disponibles, este fue rechazado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile.

La posibilidad de discutir a nivel de la Comisión un caso como este puede resultar fundamental para completar el círculo virtuoso de las oportunidades de defensa y protección de los derechos humanos de las personas. Como desafortunadamente Lizett no ha tenido oportunidad de siquiera poder revisar su condena, el acceso al sistema interamericano con el objeto de examinar si el Estado chileno, mediante su poder judicial y legislación vigente se encuentra garantizando o no lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Americana, podría resultar una instancia particularmente relevante.

Como ésta, son muchas las situaciones que afectan derechos que deben protegerse a este nivel. La preocupación por las condiciones en las cárceles y los centros de internación de menores; los abusos o usos abusivos de la internación provisoria y la prisión preventiva, los casos de abusos policiales; la justicia militar y las injusticias y desequilibrios en derechos que con ello se ocasiona son preocupaciones que también

deben ser permanentemente monitoreadas.

La posibilidad de contar con un organismo que permitiera la materialización de la defensa de sus intereses en el ámbito interamericano cobra particular trascendencia. Es necesario entonces contar con esta posibilidad en Chile y hacia allí debiéramos encaminar nuestros esfuerzos. ¿La Defensoría Penal Pública? Probablemente sería una de las instituciones más idóneas. Aunque se debe procurar que se trate de una organización autónoma en esta facultad.

La necesidad de garantizar el derecho a recurrir es un desafío no sólo de país sino que del Sistema Interamericano en general. Por una parte el Estado chileno debe modificar su legislación y el Poder Judicial revisar sus criterios para permitir que el derecho a defensa en su arista del derecho al recurso sea efectivo. El Estado también se encuentra en deuda con la implementación de sentencias del Sistema Interamericano cuando se pronuncian sobre infracciones a las garantías y derechos resguardados por la Convención Americana de Derechos Humanos en procesos penales. Chile no cuenta con una norma de derecho interno que permita revisar lo resuelto en una causa penal cuando la Corte Interamericana determina que ha existido una violación a la Convención en dicho proceso penal.

Pero también este derecho a defensa se debe manifestar en garantizar el acceso al Sistema Interamericano y velar porque cuando exista una víctima de violaciones a los derechos humanos en la región, esta pueda recurrir a una adecuada defensa a nivel interamericano, independientemente si cuenta con recursos propios para ello. Esto, por cuanto los derechos humanos tienen un contenido procesal que también es necesario tutelar.

En este contexto es necesario que exista una estructura institucional que pueda ejercer la defensa de personas vulneradas en sus derechos humanos ante esta instancia. Debe ser un organismo que cuente con profesionales de alta calidad y que entregue este servicio a quienes carezcan de abogado por cualquier circunstancia. Sólo así se podrá velar por los derechos establecidos en la Convención Americana, como lo es la igualdad ante la ley, el debido proceso y el respeto por la dignidad humana de los representados. Y por qué no una institucionalidad a nivel latinoamericana, que saque las barreras de los Estados y provea de defensa a las Américas con recursos destinados para ejercer su rol.

Es imprescindible velar por el avance progresivo en materia de promoción y defensa de los derechos humanos ante el Sistema Interamericano. Una de las maneras de poder implementar el reconocimiento a la dignidad de la personahumana, lo constituye el reconocer que éste puede tener acceso a esta instancia supranacional, contribuyendo de esta manera a que las instituciones democráticas del hemisferio puedan, dentro de su estructura interna, fortalecer y garantizar de manera efectiva los derechos humanos a sus ciudadanos.

Posibilitar la materialización de la defensa de los derechos humanos a este nivel, aún cuando puedan significar cuestionamientos a los Estados y a la regulación de ciertas materias, lejos de debilitar autoridades, supone el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho. Chile se merece este nivel.

REHABILITACIÓN Y REINSERCIÓN DE INFRACTORES DE LEY: UN DESAFÍO PENDIENTE

Paula Vial Reynal
Defensora Nacional
Defensoría Penal Pública de Chile

Durante el año 2008, en Chile egresaron del sistema carcelario, por cumplimiento de condena, 23.534¹ condenados y condenadas. Todos ellos debieron enfrentarse, junto a la ansiada libertad, a un futuro no exento de dificultades: falta de trabajo y muchas veces de un oficio o profesión, falta de preparación escolar, problemas de salud, tanto físicos como mentales, de vivienda, ruptura de los lazos familiares y sociales, rechazo de la comunidad, estigmatización y antecedentes penales, entre otros.

El paso por el sistema de cumplimiento de penas debía, al menos teóricamente, conducir al infractor de ley a adquirir la capacidad y la voluntad de llevar adelante una vida en responsabilidad social, sin cometer nuevos ilícitos penales.

¿Cómo lograr este objetivo en el caso de las penas de cárcel?: mediante una preparación para el egreso.

El trabajo de preparación con el recluso debe comenzar junto con el inicio de la condena, ya que supondrá la aplicación de un plan individual que contemple principalmente la participación en programas educacionales y la adquisición de habilidades laborales que le permitan solventar su vida y la de su familia, todas ellas metas de mediano y largo plazo. Resulta entonces imperioso preparar al condenado con la suficiente antelación para su egreso, entregándole dichas herramientas. Es por esta misma razón que en muchos países se han reducido las penas privativas de libertad de corta duración que no permiten llevar a cabo estos programas y que son altamente disruptivas en el ciclo vital del individuo.

A lo largo de este camino y como elementos integradores de un concepto de reinserción social se erigen tres principios orientadores del proceso de ejecución

de penas: en primer lugar, la necesidad de que la vida en el establecimiento penal se equipare, en la mayor medida posible, a las condiciones generales de vida en libertad. Esto supone que las condiciones de vida en las cárceles deberían ser compatibles con la dignidad humana del recluso y ser comparables con las normas sociales generalmente aceptadas, de tal manera de reducir, a un mínimo, aquellas diferencias entre la vida intramuros y la vida en libertad que afecten las posibilidades del recluso de desarrollar competencias sociales y responsabilidades propias que le permitan llevar más adelante una vida con respeto a las normas penales.

Ahora bien, como no es posible igualar en forma absoluta la vida en la cárcel con la vida en el medio libre es que surge, como segundo principio rector de la ejecución penal, la neutralización o limitación de los efectos colaterales nocivos de la privación de la libertad, que no han sido deseados ni buscados con esta sanción y que exceden con mucho aquellas limitaciones previstas por el ordenamiento jurídico, como son la pérdida de la autonomía, de las esferas de intimidad, la interrupción de las relaciones afectivas y sexuales, la ruptura con el núcleo familiar y social, la pérdida del trabajo, los efectos psicológicos del encierro, entre otros. Es por ello que para contrarrestar estos efectos el régimen penitenciario debe tender, en lo posible, a entregar al recluso un espacio de libertad que le permita decidir sobre ciertos aspectos de su vida y de esta manera no perder o recuperar su autoestima, autonomía y responsabilidad, especialmente en el caso de condenados a cadenas perpetuas y penas privativas de libertad de larga duración. Por último, la administración penitenciaria debe orientar el desarrollo de la privación de libertad, desde sus inicios, a la integración y resocialización del condenado de tal manera que éste se encuentre preparado y no se vea sobreexigido.

La preparación para el egreso, como he señalado, no se logra en un corto plazo, sino que requiere de una planificación en la etapa de cumplimiento de la pena según las características y necesidades del condenado y supone, por lo tanto, una oferta variada de actividades y programas, de recursos y de personal capacitado y especializado, lo que en la práctica sabemos que, no obstante el esfuerzo y trabajo diario del operador penitenciario, no se da en los términos deseados.

Sin embargo, la falta de recursos materiales y humanos no puede ser razón para no creer o abandonar la convicción de que la reinserción es el camino correcto y es posible. En una sociedad en la cual la dignidad humana se encuentra en el centro de su sistema de valores, emana como un derecho fundamental del condenado, la

¹ Compendio Estadístico Gendarmería 2008

oportunidad de reintegrarse a la sociedad una vez cumplida la pena. Y el Estado debe respetar dicha dignidad, proporcionando asistencia y cuidado a aquellos grupos de la sociedad, que en razón de sus condiciones y características, se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad social, como condenados y excarcelados.

La reinserción social traspasa el ámbito jurídico penal, en términos de entender una reinserción exitosa como sinónimo exclusivo de una no reincidencia delictiva, a pesar de ser éste el indicador mayoritariamente utilizado para medir la eficacia de los programas de reinserción. La comisión de ilícitos penales es un fenómeno complejo y responde a una multiplicidad de causas. Por ello, el diseño de políticas públicas en este ámbito debe ser integral, abarcando tanto las variables sociales como individuales que han incidido en que un sujeto infrinja la ley.

Este trabajo de largo aliento que supone entregar al condenado las habilidades y herramientas necesarias para que se desenvuelva en la sociedad como cualquier otro ciudadano respetuoso de las normas penales adquiere un carácter más intenso en las proximidades del egreso. Aquí se requiere de medidas especiales que alivien, faciliten el tránsito del encierro a la libertad. Por tanto, deberían considerarse especialmente medidas tales como el otorgamiento de permisos de salida respecto de condenados que no han accedido a ellos. Así el condenado se verá enfrentado gradualmente a espacios de libertad, bajo la vigilancia de la autoridad penitenciaria mediante instrucciones y órdenes que lo mantendrán alejado de los factores de riesgo, así como también para evaluar el desenvolvimiento del condenado en libertad y poder intervenir a tiempo en aquellas áreas que se demuestren débiles. Debería también realizarse una labor de orientación y apoyo para la búsqueda de vivienda, para el reencuentro y construcción de los vínculos familiares cuando estos se han roto; debiera asimismo realizarse un chequeo médico para establecer las condiciones de salud en que se encuentra el condenado, en fin, adoptarse una serie de medidas que le permitan al infractor de ley enfrentarse con su libertad en las mejores condiciones posibles.

Dentro de todas estas medidas resulta indispensable el apoyo y acompañamiento post carcelario del condenado en esta nueva etapa de su vida. Numerosos estudios señalan que los seis primeros meses siguientes al egreso son cruciales en términos de reinserción, ya que es durante ellos donde se registran los mayores porcentajes de reincidencia delictual.

De ahí la importancia de instancias y programas que de manera coordinada y bajo las directrices de una política pública de reinserción apoyen al

condenado, vinculándolo a las redes sociales externas; a programas de colocación laboral; proporcionándole asistencia social y psicológica y entregándole información acerca de cómo debe regularizar su situación jurídica, especialmente la eliminación de antecedentes penales que se presentan como los mayores obstáculos a la hora de buscar trabajo.

Pero quisiera llamar también la atención sobre la inconveniencia de centrar los esfuerzos y expectativas de seguridad, logro de paz social y en la aplicación severa de penas privativas de libertad. La cárcel no resuelve muchos de los conflictos penales y por el contrario, los profundiza. El uso excesivo de esta pena, sin racionalidad y proporcionalidad como lo debiera exigir el sistema, en un contexto en el que además estamos lejos de cumplir con la función reintegradora y rehabilitadora, no cumple objetivos disuasivos, genera descredito en el uso de estos recursos externos que debiera reservarse a los casos más graves y aleja a los infractores de las posibilidades reales de rehabilitación. En el caso de los jóvenes esto es más dramático, en un contexto en el que no sólo deben confrontarse las particulares características de los propios adolescentes sino las dificultades que nos impone un medio que los estigmatiza, que generaliza, y atemoriza con ello, situaciones que afectan sólo a una parte menor de la juventud. En un discurso esquizofrénico recordamos que son niños cuando son victimizados y les exigimos madurez y trato de adultos, cuando infringen reglas y límites.

En Chile, durante el año 2008, más del 90% de los jóvenes que estuvieran en internación provisoria fueran luego condenados a penas en libertad. Vaya contradicción! Vaya despropósito! ¿Penas anticipadas? Un retroceso y la complejización aún más evidente de las posibilidades de rehabilitación y reinserción. ¿Por qué no intentar con ellos estos propósitos en libertad?.

Aún cuando esta necesidad y enfoque es más evidente en el caso de las penas privativas de libertad debiéramos dedicar parte de nuestros esfuerzos también en quienes cumplen sus penas en libertad. La falta de oportunidades de reinserción les afectan asimismo, y en algunos casos más evidentemente por la ausencia o dificultades de oportunidades laborales.

El tema de la reinserción social no es ajeno al actuar de la Defensoría Penal Pública de Chile. La reinserción afecta a personas que hemos representado jurídicamente y cuando se toma en serio, no sólo es un tema en la fase de ejecución de la condena sino también en la fase de determinación de la misma. Además, y como

ya señalé, la reinserción encuentra su origen en la dignidad de las personas y como institución pública queremos participar en la consolidación de todos los mecanismos que contribuyan a un sistema penal más justo. Es por ello que desde marzo de 2009 la Defensoría Penal Pública Chilena lleva a cabo en la Región de Coquimbo un proyecto piloto de defensa penitenciaria que justamente aboga por el respeto de los derechos y garantías de los condenados y por el acceso a los diversos beneficios intrapenitenciarios que, con base en la buena conducta, le permitirán al condenado acortar sus tiempos de privación de libertad, lo que redundará directamente en las posibilidades de una reinserción exitosa.

Finalmente quisiera recordar que la reinserción opera a favor de todos, pues se traduce en la disminución de la reincidencia y por lo tanto en una mejora en los índices de seguridad ciudadana.

El desafío es enorme, pero como sociedad nos lo merecemos. Es necesario aumentar los recursos financieros y de creatividad; la búsqueda y generación de oportunidades y redes de apoyo. Para entregar las herramientas adecuadas, para generar los espacios correctos respecto de aquellos a quienes exigimos reencauzar sus vidas hacia el cumplimiento de normas y el respecto de valores sociales, luego de haber fallado. Las oportunidades son comunes y debemos invertir en ellas.

EVOLUCIÓN DE LA DEFENSA PÚBLICA EN EL PERÚ

I. ANTECEDENTES DE LA DEFENSA PÚBLICA EN EL PERÚ

El primer antecedente normativo sobre la Defensa Pública en el Perú lo hallamos en la Ley N° 9024 del 23 de noviembre de 1939, mediante la cual se ponía en vigencia el Código de Procedimientos Penales el que en su Título VII regulaba el Ministerio de Defensa, el cual estaba constituido por los abogados que en los Juzgados de Instrucción y Tribunales Correccionales defendían de oficio a los inculpados y acusados. Así en dicho Título se establecía que habría un defensor de oficio rentado y nombrado por el Poder Ejecutivo, que percibiría el haber que le señale la ley de Presupuesto; del mismo modo, también establecía que los Defensores de Oficio que desempeñen el cargo en los Juzgados de Instrucción serían designados anualmente por la respectiva Corte Superior, por lo que a partir de ese momento en el Perú se les denominó Defensores de Oficio a aquellos abogados nombrados¹, en principio por las Cortes Superiores y posteriormente por el Ministerio de Justicia, que brindaban sus servicios a favor de inculpados y acusados, sin embargo no se hacía ninguna distinción sobre los beneficiarios del servicio, respecto a su status económico.

Con posterioridad el Decreto Ley N° 14605², estableció que los Defensores de Oficio serían nombrados anualmente por la Corte Superior, en número suficiente para atender las necesidades de cada Distrito Judicial, pero haciendo la especificación de que a éstos les correspondería encargarse de la defensa de los litigantes que gocen del beneficio de la pobreza³.

Seguidamente, mediante Ley N° 15119, se encomendó al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y al titular del Pliego del Poder Judicial velar por el cumplimiento de la equiparación de los haberes básicos de los Defensores de Oficio rentados de los Tribunales Correccionales referidos en el artículo 70 del Código de Procedimientos Penales de 1939 con el de los relatores y secretarios de las respectivas Cortes de Justicia a que pertenezcan.

1 Conforme el artículo 67 de la Ley N° 9024, promulgada el 23 de noviembre de 1939 en el diario oficial el Peruano.
 2 Título XXIV de la Ley Orgánica del Poder Judicial publicada el 25 de agosto de 1963 en el diario oficial "El Peruano"
 3 Ley N° 16/2005 del 18 de Julio del 2005: Término introducido por el Derecho Español para referirse al beneficio de gratuidad de la justicia y que en la actualidad se conoce como "derecho de justicia gratuita" ó "derecho de asistencia gratuita".

A pesar de que la norma proponía una mejora remunerativa para el defensor de oficio, en la práctica era muy frecuentemente mediatizado por la figura del juez, quien lo consideraba parte del equipo de su juzgado y por lo tanto no le admitía (como sí lo hacía con el defensor privado) mayores objeciones al desarrollo del proceso y por ende a sus decisiones.

Con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, con la adopción de los principios de la Carta de Naciones Unidas y de la Declaración de los Derechos Humanos y de otras disposiciones internacionales, se instaura una época de reconocimiento de los derechos humanos. Así, el 22 de noviembre de 1969 la comunidad internacional hizo un reconocimiento a los derechos esenciales del hombre, inherentes a éste por el sólo hecho de serlo, al margen de la relación que mantenga con un determinado Estado, esto, a través de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que se suscribió en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. En este documento se establece el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculgado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por Ley.

En consonancia con la norma internacional enunciada, la Asamblea Constituyente de nuestro país pretendió dar reconocimiento al derecho a ser asistido de manera gratuita por un abogado que sea pagado por el Estado y en la Constitución Política de 1979, en su artículo 233 inciso 9, estableció como garantía de la administración de justicia el no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso, asumiendo el Estado la obligación de proveer la defensa gratuita a las personas de escasos recursos.

Posteriormente y en armonía con la Constitución de 1979, se aprobó en 1983 el Reglamento del Ministerio de Defensa⁴, institución que sólo era referido en el Código de Procedimientos Penales de 1939, en dicho reglamento se establecía que la Defensa de Oficio era parte integrante del Ministerio de Defensa y como tal estaba constituido por los Defensores de Oficio en lo civil y lo penal, de los cuales, los primeros serían designados anualmente por las respectivas Cortes Superiores de Justicia y tendrían derecho a percibir la integridad de las costas personales que se imponían a la parte vencida, mientras que los Defensores de Oficio rentados en lo

4 Decreto Supremo N° 023-83-JUS, de fecha 17 de mayo de 1983 publicado en el Diario Oficial "El Peruano"

Penal serían nombrados por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia. No obstante, serían económicamente dependientes del Poder Judicial, percibiendo de éste una remuneración básica equivalente a la de los Secretarios y relatores de cada Corte Superior.

En el año 1992, luego después de un cambio global en la organización Estatal de nuestro país, se le asigna por primera vez al Ministerio de Justicia, en una norma con rango de Ley⁵ la obligación de conducir, promover y supervisar el funcionamiento de los servicios jurídicos populares y de la Defensa de Oficio a las personas de escasos recursos.

En la Constitución de 1993 se introdujo como principio y derecho de la función jurisdiccional la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y para todos los casos en que la ley señale. Luego de esto en agosto de 1993 se promulgó el texto Único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶ en donde se replicaba que los Defensores de Oficio Gratuitos (entiéndase en lo civil) tenían derecho a percibir la integridad de las costas personales que se imponían a la parte vencida, mientras que los Defensores de Oficio en Materia Penal serían nombrados previo concurso por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia.

Entre los años 1994 y 1997 ante la gran demanda del servicio y la escasez de abogados designados, comenzaron a surgir serios inconvenientes relacionados al desempeño de los Defensores de Oficio designados, por lo que resultaba necesario imponer sanciones administrativas contra estos, situación que se agravó con la diversidad de normas poco precisas respecto a saber cuál es la autoridad legitimada para imponer dichas sanciones; tal situación no calmó a pesar de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional⁷ en los que se establecía⁸ que si bien era cierto que en dicho momento se encontraba vigente el artículo 70 del Código de Procedimientos Penales cuyo texto disponía que los "... defensores serían nombrados por el Ejecutivo y que percibirían el haber que les señale la Ley de Presupuesto", no era menos cierto que diversas normas, entre ellas, la Ley N° 15119, asimilara el status de los abogados de oficio a la plana del Poder Judicial.

5 Decreto Ley N° 25993, publicada el 07 de diciembre de 1992 en el diario oficial "El Peruano"

6 Decreto Supremo N° 017-93-JUS, publicado el 20 de agosto de 1993 en el diario oficial "El Peruano"

7 Sentencias del Tribunal Constitucional N° 050-95-AA/TC y 322-96-AA/TC., entre otras.

8 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00322-1996-AA.html>

Finalmente se dio una regulación específica sobre el servicio materia de análisis, una vez que se promulgó la Ley que creaba el Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Justicia, destinado a proveer el derecho de defensa gratuita a personas de escasos recursos económicos, así como en los casos en que las leyes procesales lo determinen. Dicha norma fue complementada con el Decreto Supremo N° 005-99-JUS, que reglamentaba la Ley en mención y disponía que el servicio de Defensa de Oficio fuera gratuito en todas sus especialidades, entendiéndose por tales a las áreas penal, familia y penal – militar.

Más adelante ante la demanda del servicio, se amplió el número de defensores lo que ya imponía una nueva estructura organizativa, se promulgó la Ley N° 29360, Ley del Servicio de Defensa Pública, en la que, además de cambiar la denominación de Defensor de Oficio por la de Defensor Público, se concedió a los Defensores actuales determinados beneficios laborales al someterlos a un régimen de contratación distinto al primigenio. Posteriormente se promulgó el Reglamento de dicha Ley con el que se buscó darle un modelo organizativo distinto a la Defensa Pública y buscar integrar a todas aquellas instituciones que brinden un servicio similar, de modo que estas se puedan constituir en Defensorías Públicas Adscritas, conforme se detallará más adelante.

Recientemente y al parecer con la visión⁹ de que el Servicio de Defensa Pública debe estar diseñado para los sectores más vulnerables de nuestro país, se aprobó en el Congreso de la República la Ley N° 29497, la Ley Procesal del Trabajo, la cual recoge en su artículo 10° la disposición que la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad que trabajan tienen derecho a la defensa pública regulada por la Ley de la materia¹⁰, dicha norma se encuentra en su periodo de “*vacatio legis*”, sin embargo la Dirección General de Defensa Pública, a pesar de su austero presupuesto viene implementado las medidas necesarias para dar cobertura a dicho servicio.

9 Adecuada desde la perspectiva del autor ya que la tendencia del servicio debe ser el cubrir no sólo a aquellas personas de escasos recursos sino a toda persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad.

10 Entiéndase Ley del Servicio de Defensa Pública y su respectivo Reglamento.

II. LA DEFENSA PÚBLICA Y EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL ADVERSARIAL

Como parte de una reforma en la Administración de Justicia en nuestro país, en el 22 de julio del 2004 se promulgó el Nuevo Código Procesal, dicho código introducía diversas innovaciones. Dentro de las más importantes está el establecer un modelo acusatorio adversarial que se desarrolla con audiencias orales, públicas y contradictorias.

Implementar una norma de este tipo no hubo un resultado sencillo en un país pluricultural y con escasos recursos económicos como el Perú, por lo que se vio por conveniente que dicha implementación fuera progresiva y en función a un análisis previo por parte de la que se denominó Secretaría Técnica de implementación del Nuevo Código procesal Penal, la que se encargaría de proponer un cronograma de implementación a nivel nacional. De este modo el 01 de Julio de 2006 en el Distrito Judicial de Huaura se implementó dicho modelo.

Este nuevo modelo busca otorgar a los imputados la posibilidad de contar con el debido asesoramiento y patrocinio de un abogado durante todo el tiempo que dure el proceso, evitando de esa manera que se generen situaciones de indefensión una vez que tiene como premisa la igualdad de condiciones que debe existir entre el Ministerio Público y la Defensa del imputado. Para este fin, el Ministerio de Justicia a través de la Dirección Nacional de Justicia, dispuso en primer lugar que los Defensores deberían cubrir un turno permanente de 24 horas a fin de poder atender a cualquier persona que se le impute un delito en el preciso momento de su detención, para lo cual previó un significativo incremento del personal, lo que generó por ejemplo que de 11 defensores que existían en una jurisdicción, se incremente a 41 defensores¹¹.

Adicionalmente al aumento significativo de personal, y con el fin de cubrir de manera efectiva con el servicio de Defensa, también se dispuso un cambio organizacional, una vez (ya o pues quedan muy informales) que antes de la entrada en vigencia del nuevo modelo procesal penal los defensores realizaban sus labores dentro de las instalaciones del poder Judicial, sin embargo, a partir del 1° de julio del 2006, el Ministerio de Justicia, con la finalidad de garantizar la independencia de los defensores¹².

11 SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE IMPLEMENTACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. Informe Anual de la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Huaura. Ministerio De Justicia. Enero 2008. Pág 25.

12 Ídem.

III. LA DEFENSA PÚBLICA Y ORGANIZACIÓN EN EL NUEVO MARCO NORMATIVO

La Defensa Pública, en lo que se refiere a organización, encontró su punto de quiebre en la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, ya que cuando entró en vigencia originó dos momentos: Primeramente referido a la Defensa de Oficio como institución orgánicamente dependiente del Ministerio de Justicia pero que desempeñándose como parte de un protocolo más en el Proceso penal, y en segundo momento, tenemos la entrada en vigencia de las Defensorías de Oficio que se estructuran orgánica y funcionalmente de manera independiente de las demás partes del proceso, asumiendo la siguiente organización:

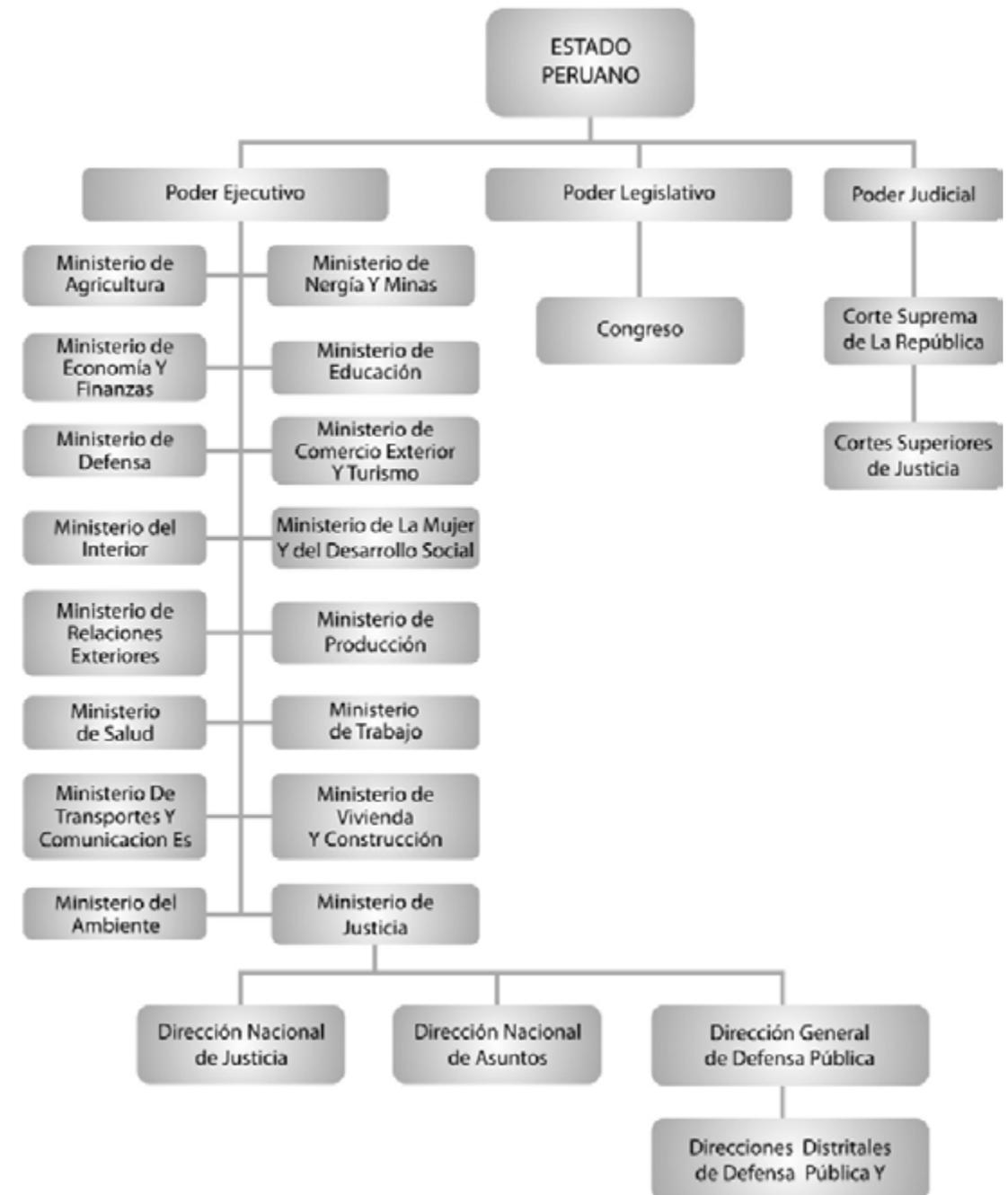


Bajo esta organización se buscó contar con profesionales de derecho para que desempeñen como Directores Distritales y Coordinadores, quienes no solamente tuvieron conocimientos y capacidades de administración sino que además conocieran el Nuevo Modelo Procesal Penal.

Adicionalmente y con la misma finalidad, también se contrataron asistentes administrativos para cubrir una serie de tareas accesorias y complementarias, tales como tener al día el rol de audiencias, recibir y distribuir las notificaciones a los defensores, proyectar oficios de coordinación con los demás operadores del sistema de justicia así como mantener actualizada la base de datos de los expedientes en giro.

Finalmente se vio la necesidad de contratar a un asistente social para evaluar la capacidad económica de los usuarios del servicio.

IV. LA DEFENSA PÚBLICA Y SU UBICACIÓN EN LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL ESTADO



BIBLIOGRAFÍA

1. Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación Del Código Procesal Penal.

Informe Anual de la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Huaura. Ministerio De Justicia. Enero 2008.

