



CUADERNOS DE DERECHO PROCESAL PENAL

La defensa pública: ¿tutela judicial efectiva o derecho a la defensa?

Nº 7

Serie Doctrina

José Alberto Lejed Cona¹

Investigador docente Instituto de Ciencias Penales
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Central de Venezuela

2017

Los *Cuadernos Procesales* son una iniciativa de los miembros de la Sección de Derecho Procesal Penal del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela, que tienen por cometido ofrecer a los estudiantes de Derecho Procesal Penal, y al público en general que guarde interés por esta disciplina jurídica, exposiciones breves sobre tópicos o temas de esta área de la ciencia jurídica, sin pretensiones de exhaustividad, pero sí estimular al estudio y profundización de los asuntos tratados.

Carlos Simón Bello Rengifo

Coordinador de la Sección de Derecho Procesal Penal.

¹ Abogado Ucevista. Profesor – Investigador en Derecho Procesal Penal del Instituto de Ciencias Penales de la UCV. Profesor de Derecho Penal I y II en la Universidad José María Vargas. Ponente en eventos jurídicos. Artículos publicados en Internet como autor o coautor.

Sumario:

- 1.- Algunos aspectos conceptuales del derecho a la defensa
- 2.- El sentido de un servicio de defensa pública y aspectos generales de su marco normativo
- 3.- Análisis de la actuación de la Defensa Pública como sujeto procesal en materia penal

I.- ALGUNOS ASPECTOS CONCEPTUALES DEL DERECHO A LA DEFENSA

El autor Vicente Gimeno Sendra y otros, en su obra “Derecho Procesal Penal”, destacan la idea de que el derecho a la defensa es la contrafigura de la acción penal, que corresponde al procesado y que le permite repeler toda agresión jurídica sobre su esfera de derechos y, en especial, el derecho a la libertad.² Pero el autor Alexander Carocca, en su obra “Garantía Constitucional de la Defensa Procesal”, obra de enfoque general y no tan procesal penal, señala que la defensa es la garantía constitucional por la cual se le permite a los involucrados actuar en el proceso, alegando, probando y con miras a influir en la formación de la decisión judicial.³

Al analizar comparativamente ambas definiciones, se observan los siguientes aspectos en común: que independientemente de que se enfoque al derecho a la defensa como derecho o garantía constitucional, resulta necesario ubicarnos dentro de una relación de naturaleza procesal para poder contar con el escenario de fondo donde dicho derecho cobra su mayor sentido y que es el ciudadano quien viene a ser titular de dicho derecho independientemente del enfoque como derecho o garantía constitucional; sin embargo, tal concepto de ciudadano ha de extenderse a las personas jurídicas quienes también pueden

² Vicente Gimeno Sendra, et. al. : *Derecho Procesal Penal*. Madrid, España. Editorial COLEX. 1999. p. 135.

³ Alex Carocca. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona, España. JM. Bosch, 1998. p. 94.

defenderse en procesos judiciales de derecho privado y respecto de las cuales se ha comenzado a analizar su responsabilidad penal.

No está demás destacar que el artículo 49, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo adelante, CRBV) relaciona al derecho a la defensa tanto con actuaciones judiciales como administrativas, pero nos limitaremos a las judiciales al ser esa la vía por la cual opera la función punitiva del Estado.

Ahora bien, al continuar con la comparación analítica, pero en aras de establecer diferencias conceptuales, nos encontramos con lo siguiente: la primera definición coloca al derecho a la defensa en una figura concreta y necesaria para la estructuración de la relación procesal penal, el procesado, mientras que la segunda definición hace referencia a los ciudadanos de forma genérica, sin identificarlos con algún rol concreto dentro de la relación procesal en que actúa. Si se tiene en cuenta que la segunda definición surge dentro de un contexto garantista constitucional, resulta plausible que el derecho a la defensa, al no ser monopolizado por el proceso penal, se encuentre en cabeza de cualquier ciudadano. Sin embargo, hay un problema de fondo. En la primera definición, Gimeno Sendra destaca que el derecho a la defensa es la figura antagónica a la acción penal, lo cual es coherente con el artículo 285, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV en lo sucesivo), que establece que el Estado es el titular de la acción penal y que el Ministerio Público es el órgano al que se atribuye su ejercicio. Igualmente, el artículo 26 *eiusdem* establece que: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses...”.

En consecuencia, los ciudadanos son titulares, individual o colectivamente, del derecho de acción, pero la acción penal está directamente asignada al Estado. Al ser así, existe la unilateralidad de la acción penal al estar la misma en manos de la parte acusadora, por lo que se hace necesario, por razones de igualdad jurídica, que el derecho a la defensa sea visto como ubicable solamente en manos de la parte acusada.

La segunda definición al no relacionar el derecho a la defensa con alguna posición procesal concreta y enfocar el punto desde el plano constitucional, crea la confusión de que dicho derecho debe estar en manos de cualquiera de las partes, solo por estar regulado constitucionalmente. Sin embargo, el derecho a la defensa es un derecho de naturaleza reactiva y supone que la agresión jurídica de nuestros derechos debe ser repelida. Ninguna persona va a demandarse a sí misma, ni es lo mismo ser demandante o demandado o acusador y acusado en los procesos judiciales, en que tales roles procesales resultan procedentes.

Ahora bien, considerar que el derecho a la defensa está solamente en cabeza de quien ve afectados sus derechos en un proceso judicial contrasta con la idea de que cualquier ciudadano sea titular de las garantías constitucionales. Ante tal señalamiento, se puede destacar que parece confundirse el derecho a la defensa con la tutela judicial efectiva.

Algunos aspectos de la tutela judicial efectiva son planteados por el autor patrio Jesús María Casal H., en su obra “Los derechos humanos y su protección: Estudio sobre los derechos humanos y derechos fundamentales”, al señalar que es el derecho de toda personal natural o jurídica “... a la protección judicial, con las debidas garantías, del conjunto de los derechos e intereses legítimos de una persona, no solo de sus derechos humanos”. Igualmente, el autor señala que el derecho a la tutela judicial efectiva no se limita algún tipo de proceso judicial en específico, sino que es procedente tanto en los procesos para establecer la responsabilidad penal, como en aquellos dirigidos a determinar obligaciones y/o deberes de otra naturaleza jurídica.⁴

Con base en esta postura y aplicándola a cualquier proceso, se puede señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva es una garantía constitucional que corresponde a todos quienes actúen en un proceso, pues, todos los involucrados requieren de alguna forma de protección judicial.

⁴ Jesús María Casal H.: “Los derechos humanos y su protección: Estudio sobre los derechos humanos y derechos fundamentales”. Caracas, Venezuela. Publicaciones UCAB. 2012. p. 135.

Aplicando estas ideas al proceso penal, el Estado cuenta con la acción penal que ejerce a través del Ministerio Público y el procesado, a su vez, con su derecho a la defensa que ejerce como parte acusada, junto con sus abogados defensores; pero ambas partes requieren de la tutela judicial efectiva respecto a sus derechos y a que se acoja o descarte la pretensión punitiva conforme a criterios jurídicos y justos.

En consecuencia, el derecho a la defensa cumple su función en el proceso penal, si solo es ubicado en manos del procesado quien ve expuestos sus derechos ante el poder punitivo del Estado y que, en consecuencia, necesita realizar actuaciones estratégicas y jurídicamente establecidas dentro del proceso que le permitan protegerlos. Además, tal afirmación cuenta con asidero constitucional al contarse con normas que regulan de manera distinta a la acción penal y al derecho a la defensa. En consecuencia, parece más saludable enfocar al derecho a la defensa en el plano penal como un derecho constitucional y no como una garantía constitucional.

Considerando al derecho a la defensa como un derecho constitucional, retomemos la definición ya comentada del autor Alex Carocca en el aspecto referido a las formas de actuación de las partes en el proceso. En efecto, el autor señala que la defensa le permite a los involucrados actuar en el proceso, alegando, probando y con miras a influir en la formación de la decisión judicial.

Desde un enfoque más técnico procesal, el derecho a la defensa debe ser en todo estado y grado del proceso, como lo establece el artículo 49, numeral 1, de la CRBV, pero necesita de diversas formas de ejercicio: alegar, contradecir, probar y recurrir. La alegación permite conocer la posición del procesado e información que no se pueda conocer por otra vía. La prueba hábilmente presentada fortalece su posición en el proceso y tal posibilidad no se excluye por la presunción de inocencia. El contradecir se parece a alegar, pero a la inversa se busca fortalecer la propia posición indirectamente, al destacar las debilidades argumentativas y probatorias de la parte acusadora. El recurrir o impugnar incide sobre la resolución judicial al atacársele, en la mayoría de los medios de

impugnación, antes de que adquiriera firmeza y así se alcance una decisión distinta favorable al procesado. Cada una de estas manifestaciones tiene sus riesgos por lo que la habilidad del defensor es decisiva para su estrategia, pues, el derecho a la defensa al ser reactivo requiere de su eficaz ejercicio.

Un último aspecto a destacar es que para el autor Jesús María Casal H., en su obra citada, los derechos humanos son facultades que se tienen por pertenecer a la especie humana, siendo lo ideal que sean reconocidos jurídicamente a nivel nacional e internacional, mientras que los derechos fundamentales son derechos humanos ya reconocidos en la constitución y los tratados internacionales.⁵

El derecho a la defensa cumple con tales exigencias, siendo un derecho humano y fundamental, por lo que el Estado debe protegerlo a través de las instancias y medios jurídicamente establecidos para tal fin.

II.- EL SENTIDO DE UN SERVICIO DE DEFENSA PÚBLICA Y ASPECTOS GENERALES DE SU MARCO NORMATIVO

Retomando la última idea que se planteó en el desarrollo del punto anterior, el derecho a la defensa es un derecho humano y un derecho fundamental, lo que trae como efecto necesario que el Estado deba protegerlo a través de las instancias y medios que jurídicamente se establezcan para tal fin. Este señalamiento viene acompañado de una serie de implicaciones jurídicas de gran importancia que se deben analizar adecuadamente y entre las cuales destacan el derecho a la igualdad ante la ley, el principio de la progresividad de los derechos humanos, la validez del proceso penal y el sentido de la creación de un servicio de defensa pública. Al ser así, resulta adecuado destacar algunos aspectos sobre dichas implicaciones y, de ese modo, establecer la conexión jurídica entre el derecho a la defensa en el proceso penal y la creación de un servicio de defensa pública.

En un fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo adelante, TSJ), de fecha 27 de abril de 2015, con ponencia del magistrado

⁵ Ibidem, p. 67 – 68.

Francisco Antonio Carrasquero López, se establece respecto al derecho a la igualdad ante la ley que: “Con ello, es uno de los fines del Estado, que consiste en el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias, lo cual implica, que ante diferencias fácticas, la ley no puede establecer disposiciones uniformes”.⁶

En efecto, el derecho a la igualdad ante la ley está consagrado en el artículo 21 de la CRBV cuyo encabezamiento textualmente establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley...”. Tomando en cuenta el fallo citado, la igualdad ante la ley no acepta la posibilidad de que se puedan establecer tratos diferenciados perjudiciales entre personas que se encuentran en situaciones fácticas iguales, por lo que, en consecuencia, solo si surgen diferencias en tales situaciones, la ley debe establecer diversas disposiciones que les den respuestas, y de ese modo evitar la aparición de diversidad de trato jurídico a las personas que terminen afectando sus derechos.

Al relacionar este derecho con el derecho a la defensa y sabiendo que este último se encuentra solamente en manos del procesado, se puede concluir que toda persona que se considere sospechosa de estar involucrada en la presunta comisión de un delito debe poder ejercer su derecho a la defensa, sin que se acepte impedimento legal o fáctico alguno a dicho ejercicio. En consecuencia, se deben eliminar los obstáculos a un ejercicio pleno del derecho a la defensa.

Respecto al principio de la progresividad de los derechos humanos y recurriendo nuevamente a la jurisprudencia, nos encontramos con otro fallo de la Sala Constitucional del TSJ de fecha 14 de octubre de 2005, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, en la cual se establece que dicho principio estriba en la tendencia general de mejorar cada vez más la protección y el ejercicio de los derechos humanos, por medio de la ley positiva, para mejorar

⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López Fecha: 27/04/2015. El derecho a la igualdad ante la ley.

las condiciones, las formas, las vías y los medios para el ejercicio de tales derechos.⁷ Este principio se encuentra consagrado en el artículo 19 de la CRBV.

Al relacionar este aspecto con el derecho a la defensa en manos del procesado y tratarse de un derecho humano, se admite cualquier mejoría, tanto constitucional como legal, que propicie y facilite su protección y ejercicio.

Con relación a la validez del proceso penal, cabe destacar que el autor Juan Montero Aroca, en su obra “Los principios del proceso penal: Una explicación basada en la razón”, establece que para el ejercicio democrático de la función punitiva es necesario que sea llevada a cabo por el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales competentes en materia penal y por medio de un proceso conforme a la legalidad procesal y los derechos y garantías constitucionales, en especial el debido proceso y el derecho a la defensa.⁸ Al ser estos tres aspectos de necesario cumplimiento para la validez del proceso penal, el incumplimiento de cualquiera de ellos acarrea su nulidad así como la de la sentencia que de dicho proceso se derive.

Al ser así, la autora Volga de Pina Rasvet y otro, en su artículo electrónico “Defensa Pública y Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio”, enfatiza que el ejercicio del derecho a la defensa es una regla de funcionamiento de la justicia penal, lo que a su vez permite que pueda ser considerado como una actividad de interés público.⁹ Igualmente, el artículo 49, numeral 1 de la CRBV establece que los derechos a la defensa y a la asistencia jurídica son inviolables por lo que el ejercicio del derecho a la defensa no puede faltar en proceso penal alguno sin que se configure una violación constitucional que incide negativamente sobre la validez del proceso.

Si tomamos en cuenta estos tres aspectos de manera conjunta, salta a la vista que el ejercicio del derecho a la defensa está blindado constitucionalmente

⁷ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero. Fecha: 14/10/2005. El principio de la progresividad de los derechos humanos.

⁸ Juan Montero Aroca. *Principios del proceso penal: Una explicación basada en la razón*. Valencia, España. Tirant lo Blanch, 1997. pp. 15 – 20.

⁹ Volga de Pina Rasvet. “Defensa Pública y Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio”. Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia. <http://imdhd.org/doctos/manual-defensa-publica.pdf> p.19. (Consultado el 12/01/2017).

por el derecho de la igualdad ante la ley de todos los procesados, propiciado y protegido por el principio de la progresividad de los derechos humanos, y exigido como requisito de validez para el correspondiente proceso penal.

En consecuencia, se observa la coincidencia de diversos criterios jurídicos que, desde su particular contenido, se integran para otorgar bases sólidas al efectivo ejercicio del derecho a la defensa. Al ser así, corresponde ver la existencia de situaciones fácticas que puedan configurar un impedimento de peso a dicho ejercicio.

La autora Volga de Pina Rasvet y otro, en su artículo electrónico “Defensa Pública y Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio”, resalta la idea de que la principal limitación fáctica que afecta a un sector importante de la población es que “... no cuenta con los medios para acceder a un servicio privado de defensa de calidad...” por lo que “... muchas personas enfrentarían obstáculos infranqueables para el goce y ejercicio efectivo de sus derechos humanos...”. En aras de superar esa limitación es necesaria la creación de un servicio de defensa pública gratuita y que “... forma parte de las medidas positivas que debe adoptar el Estado para garantizar a todas las personas el acceso a la justicia en condiciones de igualdad y para el respeto, protección y garantía de sus derechos en el marco del proceso penal”.¹⁰

La existencia de un servicio de defensa pública cuenta tanto con fundamentos jurídicos como con limitaciones socioeconómicas en los ciudadanos que conforman su importancia, necesidad y legitimidad para la sociedad, pero también hace totalmente presente al Estado en el proceso al formar parte de él también tanto el Ministerio Público como los tribunales competentes en materia penal. El Estado realiza las tres funciones claves del proceso: jurisdicción, acción y defensa, como sistema de administración de justicia cada función está asignada a órganos diferentes lo cual es acorde con el principio de separación de poderes. En consecuencia, un servicio de defensa pública colabora a que el sistema de justicia penal sea más humano y eficaz.

¹⁰ Ibidem, p. 22.

Una vez analizado el sentido de la existencia de un servicio de defensa pública, corresponde pasar a considerar los aspectos normativos que lo regulan. La primera fuente que debemos considerar es nuestro texto constitucional. En efecto, el artículo 253 *eiusdem*, en su segundo aparte, establece los diversos órganos del Estado que conforman el sistema de justicia, y entre ellos menciona a la “Defensoría Pública”, pero posteriormente en su artículo 268 hace referencia a la elaboración de una ley que regule los aspectos administrativos internos del “... servicio de defensa pública...”, y se enfatiza como parámetro clave la eficacia del servicio. Estos dos aspectos son dignos de destacar, porque la pertenencia de dicho servicio al sistema de justicia resalta de manera directa que el rol que debe ejercer es de naturaleza procesal, pero al indicarse lo referente a la eficacia no se precisa el ámbito de operatividad, y se debe tener presente que el artículo 49, numeral 1, *eiusdem* señala que el derecho a la defensa es procedente tanto ante actuaciones judiciales como ante actuaciones administrativas

En consecuencia, el servicio de defensa pública tiene un rol procesal, pero también puede actuar ante situaciones que en sí mismas no configuran procesos judiciales. Sin embargo, al centrarse nuestro análisis en el proceso penal, nos limitaremos a analizar al servicio de defensa pública en su actuación en tales procesos judiciales.

Como se ve el texto constitucional remite a la normativa legal para el establecimiento del marco regulador del servicio de defensa pública, lo que es acorde con su artículo 137 que señala textualmente que: “La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”. Ante este escenario, se debe estar alerta, pues, no sería lógico crear una institución para el ejercicio de un determinado derecho constitucional, y luego se le impida actuar adecuadamente para el fin que persigue por inapropiadas regulaciones legales o por modos de aplicar la normativa legal que no vayan a la par con la constitución. El derecho a la defensa, concretamente, no es realmente respetado si con atribuciones legales se construye una camisa de fuerza a su necesaria e insustituible naturaleza

estratégica. Obviamente, se hace referencia a un proceder estratégico defensivo dentro de los canales de lo ético y de lo jurídico.

La ley que regula al servicio de defensa pública fue publicada en el año 2007, luego se dictó otra ley denominada Ley Orgánica de la Defensa Pública (en lo adelante, LODEP), publicada en la Gaceta Oficial N° 39.021, de fecha 22 de septiembre de 2008, que derogó la de 2007, y luego se le hizo una reforma parcial publicada en la Gaceta Oficial N° 6.207 de fecha 28 de diciembre de 2015, que no modificó los artículos relevantes para el análisis que se realiza.

Por su parte, el Código Orgánico Procesal Penal (COPP en lo sucesivo), toma en cuenta a la defensa pública en su artículo 515, en el cual se señala su pertenencia al sistema de justicia, remite a la LODEP para su regulación administrativa y procesal y destaca la función garantista del servicio, tanto con relación al acceso a la justicia, como con el derecho a la defensa. Se observa, entonces, que el COPP no aporta novedades a la ley orgánica especial que se analiza.

Veamos, pues, el lugar que le otorga la LODEP a la Defensa Pública. Esta ley orgánica cuenta con un total de ciento cincuenta artículos, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una disposición final. El articulado se encuentra distribuido en títulos que reciben las denominaciones siguientes: el “Título I: Disposiciones generales”, el “Título II: De la organización administrativa y presupuestaria de la Defensa Pública”; el “Título III: De los Defensores Públicos o Defensoras Públicas”; el “Título IV: De las Inhibiciones y Recusaciones”; el “Título V: De las competencias de los Defensores Públicos o Defensoras Públicas”; el “Título VI: De la participación popular”; el “Título VII: De la carrera del Defensor Público o Defensora Pública y del régimen de personal” y el “Título VIII: Del archivo y el manejo de la documentación”. Limitándonos al rostro procesal y en especial a los actos procesales que esta noble institución tiene atribuidos, toman relevancia para nosotros los títulos siguientes: el “Título I: Disposiciones generales”, el “Título II: De la organización administrativa y presupuestaria de la

Defensa Pública” y el “Título V: De las competencias de los Defensores Públicos o Defensoras Públicas”, pero ciñéndonos al ámbito procesal penal.

En el “Título I: “Disposiciones generales”, la ley se ocupa de resaltar la pertenencia de la Defensa Pública al sistema de justicia y su finalidad central de garantizar el derecho constitucional a la defensa a todo ciudadano, se destaca que goza de autonomía funcional, financiera y administrativa, se señala que sus disposiciones son de orden público y aplicables tanto en los procesos judiciales como en las asesorías extrajudiciales y se expresa como competencias macro de la Defensa Pública: “1.- Garantizar a toda persona el derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso judicial y administrativo en todas las materias que le son atribuidas de conformidad con la ley y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” y 2. – Cualquiera otra que, por aplicación de la normativa constitucional o internacional suscrita por la República, le sea atribuida.

El lector atento probablemente habrá detectado que pudiera existir una inconsistencia entre la conceptualización de la defensa pública penal y estos parámetros generales de la ley que regula la Defensa Pública, pues, el avance que hemos seguido en esta investigación ha relacionado la idea de defensa pública con defensa pública penal y nos encontramos con que la ley bajo análisis señala que la Defensa Pública puede actuar, procesalmente, en todas las materias o áreas jurídicas que la misma ley determine.

En realidad, no se trata de una inconsistencia, pues, esta ley, por un lado, incluye la materia procesal penal dentro de las diversas áreas en que la Defensa Pública es llamada a actuar y, por otro lado, es lógico que la Defensa Pública pueda actuar en diversas materias, pues, la normativa constitucional no limita los derechos al debido proceso y a la defensa de manera exclusiva al proceso penal, sino que expande su aplicación a todos los procesos sean judiciales o administrativos y la función punitiva se lleva a cabo a través de la vía judicial. En consecuencia, nos encontramos con un órgano del Estado que es procesalmente multifacético al poder participar en procesos de la más variada índole sin excluir el proceso penal, pero, por supuesto, el adecuado cumplimiento de sus atribuciones

en tan diversos escenarios requiere de una organización interna favorable a dicha finalidad y un profundo conocimiento de sus atribuciones así como de las figuras y estrategias procesales.

En efecto, el “Título II: “De la organización administrativa y presupuestaria de la Defensa Pública”, como bien lo indica su denominación, nos aporta la estructura interna básica de la Defensa Pública en nuestro país. De conformidad con su artículo 9, la Defensa Pública cuenta con la Defensa Pública General, la Coordinación General, las unidades regionales de defensa pública y cualquier otra dependencia que mejore la eficacia de la institución en el alcance de sus objetivos. Según su artículo 10, se establece “... un nivel gerencial, un nivel operativo y dependencias desconcentradas...”, “y en cada Estado habrá una Unidad Regional de Defensa a cargo de una Coordinación Regional y conformada por defensores públicos”. Esta organización es clave e interesante y permite establecer dentro de la Defensa Pública los principios administrativos de unidad institucional, es decir, la Defensa Pública es una sola a nivel nacional; y el de jerarquía al establecer niveles de poder dentro de la institución, principios de los cuales también se sirve el Ministerio Público. Ahora bien, esta organización solo administrativa sirve para la consolidación de la Defensa Pública y su control interno, pero se hace necesario acercarnos de lleno al funcionamiento dinámico de la institución para poder así ambientarnos en su dinámica procesal diversa.

En efecto, el “Título V: De las competencias de los Defensores Públicos o Defensoras Públicas”, es el título más largo de toda la ley y halla su razón de ser en indicarnos las materias en las cuales va a actuar la Defensa Pública y, luego, precisarnos la forma específica y los tipos defensores públicos que se crean para cada materia en concreto. El artículo 38 eiusdem demuestra suficientemente el ambicioso propósito de esta ley y la crucial importancia que se le otorga al debido proceso y al derecho a la defensa al expandirse el ámbito de acción de la Defensa Pública a un cúmulo de áreas tan variados, comenzando por aquellas que el legislador, posiblemente, consideró de necesaria e ineludible protección y que son: “... la materia penal, en la jurisdicción Penal Militar, Agraria, Laboral, y de la Ley Orgánica de Protección, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo; de Protección

del Niño, Niña y Adolescentes; Indígena, Civil; Mercantil; Tránsito y Contencioso Administrativa, para actuar ante los órganos y entes nacionales, estatales y municipales; el Tribunal Supremo de Justicia y demás competencias que por necesidad del servicio sean creadas”.

Al ser ello así, se observa que el artículo citado contiene una lista que es, más bien, indicadora lo cual es sumamente positivo, pues, así se ajusta con el principio de la progresividad de los derechos humanos y más cuando esos derechos pueden aparecer y salir afectados en cualquier materia jurídica. Pero, el artículo va más allá aun, pues, faculta a la Defensa Pública para actuar ante los órganos de los diversos niveles territoriales de ejercicio del poder público (nacional, estatal y municipal). Esto también favorece la mencionada progresividad.

No está demás señalar que a partir de la aparición de la de la CRBV en 1999, que se apegó al esquema procesal consagrado en el COPP, y de la LODEP en el 2008 con una reforma en el 2015, la Defensa Pública no parece tener la posibilidad de especializarse como institución en una sola área jurídica concreta por la naturaleza misma del derecho constitucional que garantiza.

Al ser así, es posible pensar que tiene una mayor carga en lo que respecta a la formación de sus diversos funcionarios y seguramente requiere de la asignación de una mayor cantidad de recursos, por lo que cabe tener como tema de reflexión, para quienes establecen las políticas públicas, si esa es una situación sostenible en el tiempo. Jurídicamente, el sentido de esta institución es muy noble y necesariamente multifacético, pero es necesario enlazar tal situación con la realidad socioeconómica que tenemos como país.

No apuesto por la eliminación de la Defensa Pública, pero es preocupante que se vuelva inoperante por falta de recursos o por manipulación política. En todo caso, el artículo 254 constitucional garantiza un dos por ciento del presupuesto ordinario nacional para el funcionamiento del sistema de justicia. Dichos recursos deben ser asignados de forma apropiada entre los diversos órganos que

conforman el sistema conforme a criterios de las necesidades reales de cada órgano.

III.- ANÁLISIS DE LA ACTUACIÓN DE LA DEFENSA PÚBLICA COMO SUJETO PROCESSAL EN MATERIA PENAL

Ahora que conocemos algunos aspectos claves generales sobre el funcionamiento de la Defensa Pública, corresponde dirigir nuestra mirada hacia nuestra área concreta de estudio que es el proceso penal, y analizar la actuación de ese órgano del Estado en el ejercicio de la función punitiva conforme a su ley reguladora.

Como ya hemos visto, la Defensa Pública está legalmente facultada para actuar en diversas materias jurídicas que implican su participación en ámbitos judiciales como extrajudiciales, pero la LODEP también crea diversos tipos de defensores públicos dentro de las diversas áreas en que actúa. Su "Título V: De las competencias de los Defensores Públicos o Defensoras Públicas" se divide en secciones y las secciones siguientes se relacionan o se pueden relacionar con la materia penal: "Sección Primera: De los defensores públicos o defensoras públicas con competencia en materia penal"; "Sección Segunda: De los defensores públicos o defensoras públicas con competencia en materia penal militar"; "Sección Sexta: De los defensores públicos o defensoras públicas con competencia en materia de Responsabilidad Penal Adolescente"; "Sección Séptima: De los defensores públicos o defensoras pública de Indígenas"; Sección Décima Segunda: De los defensores públicos o defensoras públicas integrales" y Sección Décima Tercera: "De los defensores públicos o defensoras públicas con competencia ante el Tribunal Supremo de Justicia". Como nuestro análisis va dirigido hacia el proceso penal ordinario, resulta de vital importancia analizar a los funcionarios regulados en la "Sección Primera: De los defensores públicos o defensoras públicas con competencia en materia penal".

La "Sección Primera: De los defensores públicos o defensoras públicas con competencia en materia penal" va del artículo 38 al 47 y contiene una clasificación de los defensores públicos en materia penal, que es acorde con el orden de las

fases que conforman la estructura del proceso penal ordinario, pero en su denominación se toman en cuenta las otras autoridades ante las cuales van a actuar.

Al ser ello así, contamos en materia penal con los siguientes tipos de defensores públicos: 1.- Defensores públicos o defensoras públicas con competencia en materia penal para actuar ante los órganos de investigación (Arts. 40 y 41); 2.- Defensores públicos o defensoras públicas con competencia en materia penal para actuar ante el Ministerio Público y los Tribunales de Primera Instancia en Funciones de Control (Art. 43); 3.- Defensores públicos o defensoras públicas con competencia en materia penal para actuar ante los Tribunales de Primera Instancia en Funciones de Juicio (Art. 44); 4.- Defensores públicos o defensoras públicas con competencia en materia penal para actuar ante los Tribunales de Primera Instancia en Funciones de Ejecución (Art. 45); 5.- Defensores públicos o defensoras públicas con competencia en materia penal para actuar ante las Cortes de Apelaciones (Arts. 46 y 47) y, en una Sección aparte, los Defensores públicos o defensoras públicas con competencia en materia penal para actuar ante el Tribunal Supremo de Justicia en sus Salas: Constitucional y de Casación Penal (Arts. 96 y 97).

Al leer con detenimiento los diversos tipos de defensores públicos con competencia en materia penal, tenemos que los mismos han sido creados tomando en cuenta la estructura del proceso penal y a todas las autoridades que actúan en el mismo a lo largo de su recorrido, con lo cual la Defensa Pública asegura su presencia en todos los momentos del proceso así cambien los funcionarios actuantes. Además, es una estrategia de funcionamiento que también encontramos en la Ley Orgánica del Ministerio Público (en lo adelante, LOMP), que también crea distintos tipos de fiscales para los diversos momentos del proceso penal. Sin embargo, hemos resaltado hasta la anatomía del asunto, es decir, cómo se estructura la Defensa Pública en materia penal y qué parte de su funcionariado actúa ante asuntos propios de dicha materia, así como ya también analizamos, líneas atrás, el sentido de un servicio de defensa pública.

Ahora bien, corresponde analizar el eje rector de la dinámica de los funcionarios de la Defensa Pública y que, de conformidad con el artículo 2 de la LODEP, estriba en: "... garantizar la *tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la defensa* en las diversas áreas de su competencia. Asimismo, está dedicada a prestar a nivel nacional un servicio de defensa pública, *en forma gratuita a las personas que lo requieran, sin distinción de clase socioeconómica*"; mientras que el artículo 2 de la LOMP establece respecto al Ministerio Público que: "... tiene por objetivo actuar en representación del interés general y es responsable del respeto de los derechos y garantías constitucionales a fin de preservar el Estado, democrático y social de derecho y de justicia". (Cursivas nuestras).

Al comparar ambos artículos nos encontramos con que los defensores públicos deben dirigir sus funciones a la plena materialización de la tutela judicial efectiva, garantía constitucional en su relación directa con el derecho a la defensa, que es un derecho constitucional, humano y fundamental, mientras que los fiscales del Ministerio Público representan el interés general y preservan el modelo de Estado establecido en el artículo 2 de la CRBV, que es también un interés general.

Al ser así, se reafirma la idea de que la tutela judicial efectiva está en manos de ambas partes en el proceso penal, pero que en cada una de ellas se va a tutelar, según sea procedente conforme a Derecho, alguno de los intereses contrapuestos que cada parte representa, bien sea el interés general o de la sociedad que, unido al *Ius Puniendi* del Estado, puede traer a colación el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, o el interés de proteger su libertad y demás derechos, así como el ejercicio reactivo del derecho a la defensa por la parte acusada. La parte acusadora hará lo legalmente posible para que el órgano jurisdiccional acoja la pretensión punitiva y la parte acusada hará lo legalmente posible para que la pretensión punitiva sea desechada o al menos para que se acoja en término más favorables al procesado, pero cada una de las partes requieren de la protección judicial para que los objetivos que persigue se materialicen si son conformes a Derecho.

En consecuencia, la exigencia de garantía de la tutela judicial efectiva del derecho a la defensa es un indicador del necesario proceder parcializado en beneficio de su defendido, que debe orientar las actividades del defensor público, quien debe aplicar estrategias y técnicas que permitan apreciar una real y eficaz labor defensiva y no ser un mero compañero del procesado. Al ser así, corresponde conocer más detenidamente a la tutela judicial efectiva, relacionarla con el derecho a la defensa, y establecer un marco general de actuación del defensor público penal.

Recurriendo nuevamente a los aportes del autor patrio Jesús María Casal H., en su obra “Los derechos humanos y su protección: Estudio sobre los derechos humanos y derechos fundamentales”, nos encontramos con que la tutela judicial efectiva implica el acceso real al sistema de justicia, en condiciones de igualdad, ante un órgano jurisdiccional independiente e imparcial, legalmente competente, facultado para poder decidir conforme a Derecho y por medio de un proceso judicial en el cual se cumplan ciertas garantías procesales bien sea sobre asuntos de derecho privado o de otro tipo sobre una persona o una acusación penal que incide sobre sus derechos.¹¹

Por su parte, un fallo de la Sala de Casación Penal del TSJ de fecha 07 de octubre de 2010 y con ponencia del magistrado Eladio Ramón Aponte Aponte, define a la tutela judicial efectiva como el “... mecanismo garante del respeto del ordenamiento jurídico en todos los órdenes y la sumisión al derecho tanto de los individuos como de los órganos que ejercen el poder público”.¹²

Al comparar estos dos conceptos, se observa que la tutela judicial efectiva abarca tanto el respeto del debido proceso como la sujeción a la normativa jurídica que corresponda ser aplicada según la naturaleza jurídica del asunto, debiendo ser conformes a Derecho las decisiones judiciales, independientemente de la parte que resulte favorecida. Ahora bien, la tutela judicial efectiva procede del órgano jurisdiccional hacia las partes, por lo tanto, la Defensa Pública debe actuar

¹¹ Jesús María Casal H. Ob. cit. p. 134.

¹² Tribunal Supremo de Justicia. Sala Casación Penal. Ponente: Eladio Ramón Aponte Aponte. Fecha: 07/10/2010. La tutela judicial efectiva.

diligente, oportuna y eficazmente en aras de que materialicen las situaciones y condiciones procesales que hagan factible para el procesado la obtención de dicha tutela, pero relacionada con su derecho a la defensa.

Ahora bien, si la primera exigencia clave dentro de la tutela judicial efectiva es la sujeción al debido proceso, se debe tener presente que la CRBV es la primera normativa jurídica a la que debe recurrir el defensor público para trazar su estrategia, pues, el debido proceso es un derecho fundamental que está conformado por una serie de derechos que le dan herramientas claves para proteger a su defendido en el desarrollo del proceso.

En este primer plano, la constitucionalidad y la legalidad son fundamentales y respecto del debido proceso establece los parámetros generales en que se apoyan los actos de defensa y que, también, sirven para atacar las actuaciones del Ministerio Público, bien porque en las mismas se hayan violado derechos constitucionales del procesado, o bien porque las mismas no hayan sido realizadas plenamente conforme a la legalidad procesal.

Uno de los aspectos en que esto puede verse de manera más patente estriba en lo referente a la temática probatoria la cual está regulada tanto constitucionalmente como legalmente. En efecto, el artículo 49, numeral 1, constitucional, entre otros señalamientos, dice: “Serán nulas las pruebas obtenidas con violación del debido proceso”, y corresponde a la legalidad procesal señalar las reglas formales y de fondo respecto a la temática probatoria. Sin embargo, si nos ubicamos en la visión parcializada de las partes (acusadora y acusada), cada una de ellas le dará una doble interpretación al señalamiento citado, pues, cada una se centrará en acoplarse plenamente al debido proceso en su actividad probatoria y detectar, para luego destacarla, cualquier debilidad probatoria de la contraparte derivada de su alejamiento del debido proceso.

Por si lo anterior fuera poco, debemos tener presente que en el proceso penal opera la presunción de inocencia y que uno de sus efectos más importantes es que traslada la carga de la prueba a la parte acusadora, básicamente al Ministerio Público al existir la figura del acusador privado. Al ser así, el defensor

público penal tendrá entre sus guías claves dentro de su estrategia, cualquier apartamiento al debido proceso de la parte acusadora, mientras que el Ministerio Público se centrará en el pleno cumplimiento del debido proceso. No se trata de que se aplique relajada o flexiblemente el respeto al debido proceso a la parte acusada, sino de destacar las posibles prioridades estratégicas de cada parte dentro del diseño mismo del proceso. Obviamente, el debido proceso es obligante para ambas partes.

Sin embargo, el comportamiento del defensor público no debe limitarse a las actuaciones procesales acordes con la constitucionalidad y la legalidad, sino que también puede ocurrir que la estrategia haga necesario prever escenarios que no siempre están expresamente señalados en las normas, pero que tampoco las violan y que deben ser atendidos. Pensemos, por ejemplo, en el defensor que apela una sentencia absolutoria al notar en ella vicios graves que pueden traer a colación su nulidad; en la renuncia de una prueba que al principio parecía adecuada y oportuna, pero que luego se ha vuelto contraproducente; en la no alegación de una debilidad argumentativa o probatoria de la parte acusadora, al darse cuenta que es más estratégico utilizarla en un momento posterior del proceso y no en este momento; en la aceptación de alegatos y/o medios de prueba irrefutables en aras de centrarse en aquellos puntos donde si es viable la discusión procesal y plantear aspectos no señalados por la contraparte si convienen o destacar aquellos vacíos alegatorios y probatorios.

Es decir, se trata de actuaciones de la defensa pública que parecen tener un contraste con el debido proceso pero que, realmente, implican la aplicación de las normas procesales de manera estratégica para situaciones excepcionales o que requieren un tratamiento excepcional. Obviamente, se hace referencia a situaciones estratégicas y a la aplicación de la normativa procesal, pero no se incluye en esto las faltas a la ética profesional y, menos aun, los delitos en que incurran los defensores públicos, pues, esos no son caminos legítimos para el alcance de la justicia.

En el segundo plano, la sujeción a la normativa jurídica que corresponda y aplicada según la naturaleza jurídica del asunto, las decisiones judiciales, que, repito, deben ser conformes a Derecho, independientemente de la parte a que favorezcan, representan las formas como el órgano jurisdiccional ejerce la tutela judicial efectiva, con relación a los diversos actos del proceso que ameritan pronunciamientos, así como las referidas al fondo del asunto, que en el proceso penal constituyen la sentencia, que es la decisión judicial de mayor importancia. Al ser así, el defensor público penal debe controlar tanto la forma como el fondo de las decisiones tomadas en el caso concreto y tomar las medidas adecuadas para que los órganos del Estado se sujeten a las mismas.

Referencias bibliográficas.

- CASAL, H. Jesús M. *Los derechos humanos y su protección: Estudio sobre los derechos humanos y derechos fundamentales*. Caracas, Venezuela. Publicaciones UCAB. 2012. 314 p.
- CAROCCA, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona, España. JM. Bosch, 1998. 588 p.
- MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal: Una explicación basada en la razón*. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 1.997. p.
- SENDRA, Vicente Gimeno, et. al. : *Derecho Procesal Penal*. Madrid, España. Editorial COLEX. 1999. 986 p.

Artículos electrónicos consultados.

- Volga de Pina Rasvet. *Defensa Pública y Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio*. Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia. <http://imdhd.org/doctos/manual-defensa-publica.pdf> p.19. (Consultado el 12/01/2017).

Jurisprudencia consultada.

- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López Fecha: 27/04/2015. El derecho a la igualdad ante la ley.

- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero. Fecha: 14/10/2005. El principio de la progresividad de los derechos humanos.

- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Penal. Ponente: Eladio Ramón Aponte Aponte. Fecha: 07/10/2010. La tutela judicial efectiva.

Legislación consultada.

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30/12/1999.

- Ley Orgánica de la Defensa Pública. Gaceta Oficial N° 39.021 de fecha 22 de septiembre de 2008. Con reforma parcial publicada en la Gaceta Oficial N° 6.207 de fecha 28 de diciembre de 2015.

- Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.078 de fecha 15/06/2012.