

LA DEFENSA PENAL DE OFICIO

Sandra de la Caridad Estrada Baralt

Licenciada en Derecho. Máster en Derecho Agrario. Profesor Asistente de la Universidad. Investigador agregado del Centro de Investigaciones Jurídicas. Secretaria del capítulo de La Habana de la Sociedad cubana de Derecho Laboral y Seguridad Social

Fecha de recepción: 5 de septiembre

Fecha de aceptación: 10 de octubre

RESUMEN: El derecho a la Defensa penal es un derecho fundamental, inviolable e irrenunciable que posee todo acusado y su materialización torna equiparable a las partes en el proceso, desde el punto de vista técnico. Doctrinalmente se reconoce como Defensa material la que es ejercida exclusivamente en forma oral e inmediata por el propio acusado; mientras que la Defensa técnica es conferida al imputado por parte de un abogado que defiende sus intereses en el proceso; siendo preferentemente un letrado de su elección; y en el supuesto de que el mismo no pueda o no quiera solventar los gastos, entonces se le designa uno de oficio. La asistencia jurídica gratuita fue reconocida desde el Derecho Romano especialmente para los indigentes y personas que carecían de bienes y se fue extendiendo y perfeccionando hasta nuestros días, formando parte además de las regulaciones de los organismos internacionales en materia penal. En Cuba el derecho a la Defensa está recogido en el artículo 59 de la Constitución y desarrollado en la Ley de Procedimiento Penal, y constituye un deber del Estado asegurar su cumplimiento. En nuestro ordenamiento procesal, el derecho a la Defensa técnica de oficio se regula aisladamente, en los artículos 194; 281; 282; 346. 4 c), 5, 6 b); 415. 8 y 13; 461 y 487.1; requiriéndose de modificación a los efectos de una presencia más temprana e importante del defensor, conforme a las tendencias más modernas del Derecho. El problema teórico que aborda el artículo es la necesidad del incremento consciente de la profesionalidad y motivación en el ejercicio de la Defensa penal de oficio; por lo que el problema está directamente localizado en la persona del defensor y su ejercicio profesional, aunque se esbozan las necesidades de cambio legislativo. El enfoque del tema es cualitativo, dirigido a fomentar el debate científico, enriquecer la actuación de los abogados y mostrar ideas para perfeccionar el funcionamiento del aparato judicial.

ABSTRACT: Penal defense right is an accused's fundamental, unfringeable and unrenounceable right and it equalizes the parts in penal process. This right is imprescriptible in a process and its materialization became comparable the parts in the litigation, bearing in mind that it plays a contradictory role with regard to the public prosecutor. In a penal doctrine the material defense is practiced exclusively in oral and immediate form by the imputed, while the technical defense is exerted by a lawyer. The imputed can select his lawyer but he does not want it or he does not have money for it the penal system designs a penal defense counsel for him. The free legal aids was recognized since the Roman Right especially for the indigents and people that lacked goods, and it was extending and perfecting until our days being part besides the international regulations in penal matter. Cuban penal defense right is a Constitutional regulation. It is regulated in an article 59 and Cuban State secures accomplish of regulating. The Penal Procedure Law regulates the penal defense counsel in different articles such as: 194; 281; 282; 346.4c), 5, 6b); 415.8, 13; 461 and 487.1 but it is necessary their modification in order to obtain an earlier participation of lawyer in a process according to modern tendencies of law.

PALABRAS CLAVE: Defensa penal, defensa de oficio, abogado y acusado.

KEY WORDS: Criminal defense office, lawyers, accused.

SUMARIO. I. Introducción. II La Defensa penal de oficio. 2.1 Antecedentes. 2.2 La Defensa penal de oficio en Cuba. 3. La Defensa de oficio a la luz del Derecho Internacional. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la Defensa, es un derecho fundamental, garantía y principio que presupone la contradicción del proceso y que es clave para el eficaz desenvolvimiento del proceso penal; estando recogido en las Constituciones y en las regulaciones de los organismos internacionales.

Los intereses contradictorios de las partes están permanentemente presentes en el Derecho Penal, a saber: los intereses del imputado con su derecho inmanente a la Defensa y los de la sociedad con su deber de rechazar y corregir la conducta punitiva.

Cuando el sistema procesal penal de cualquier Estado, asegura que se materialice la posibilidad real de todo acusado de defenderse de los cargos que se le imputan, es cuando podemos afirmar que las garantías procesales no son meramente declarativas, sino que son efectivas. Y este derecho le asiste a todo acusado indefectiblemente; aún y cuando el mismo no desee ser defendido.

Los análisis en cuanto al alcance de este derecho han ido evolucionando a través de la historia, abriendo cada vez más el abanico de oportunidades que representa, recogiendo un conjunto de derechos que el acusado puede hacer valer en cualquier momento del proceso; y solicitándose en el mundo cada día con más fuerza que aún en la fase de la investigación preliminar de los procesos, la presencia del abogado designado o de oficio, sea indispensable.

Los estudios modernos en la materia conceptualizan que el Estado de Derecho se caracteriza por el hecho de que sus normas constitucionales y leyes secundarias precisan los límites de poder estatal frente a sus gobernados. Por lo que ello presupone siempre, que la persona a la que se le impute la comisión de determinado delito, es titular de un conjunto de derechos y garantías frente a las autoridades que se encuentren a cargo de la investigación y persecución por el hecho, así como frente de aquellas que se encarguen de la administración de justicia¹.

Por lo expuesto, actualmente se profundiza en los estudios acerca de la importancia de la participación efectiva del imputado en el proceso, del momento oportuno para el nombramiento del defensor y de la imperiosa necesidad del llamamiento del abogado en la declaración inicial del sospechoso.

Es necesario realizar una breve distinción entre las expresiones latinas *pro bono* y *ad honorem*; las que en su interpretación literal poseen similitudes; pero tienen un elemento conceptual diferenciador que establece una frontera entre ambas. Así, la primera significa *para el bien público*; mientras que la segunda se refiere a *por la honra*.

Ambas frases hacen alusión al trabajo desarrollado regularmente desde el punto de vista jurídico; aunque bien es factible que se refiera a otra profesión u oficio, realizado voluntariamente y sin retribución monetaria alguna por el bien del interés público; distinguiéndose en el caso del *pro bono* que se refiere a trabajos de ámbito público, mientras que el *ad honorem* designa al ámbito privado.

La abogacía *pro bono* constituye el ejercicio de la profesión de manera gratuita, en causas vinculadas con la defensa del interés público; lo cual se diferencia de la abogacía de oficio la que tiene por objetivo la defensa del ciudadano, de manera voluntaria y la retribución corre a cargo del Estado o de instituciones creadas al efecto.

¹ V. ADATO, “*Derechos de los detenidos y sujetos a proceso*”, Editorial Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Autónoma de México, 2000. p.3.

La Defensa de oficio tiene como objetivo satisfacer la garantía del ciudadano a la tutela jurídica, respetando el derecho a la defensa de todo acusado ante la Ley; así como la asistencia necesaria para que el mismo pueda iniciar un proceso judicial; asegurándole un proceso con las máximas garantías de igualdad e independencia.

Doctrinalmente se reconoce como Defensa material la que es ejercida exclusivamente en forma oral e inmediata por el propio acusado; y se materializa por medio de las declaraciones que el imputado realiza durante el proceso, pudiendo hacerlas cuantas veces desee, siempre que sean pertinentes conforme a Derecho. Por lo que cabe considerar que la declaración del acusado, más que un medio de prueba, es un verdadero medio de ejercitar por él mismo su defensa².

Por otra parte, la Defensa técnica es conferida al imputado por parte de un abogado que defiende sus intereses en el proceso, siendo preferentemente un letrado de su elección; y en el supuesto de que el mismo no pueda o no quiera solventar los gastos, entonces se le designa uno de oficio. Esta Defensa se ejerce mediante instancias, argumentaciones, alegatos u observaciones que se basan en normas de Derecho sustantivo y procesal, tratándose de conocimientos que en la mayoría de los casos, el acusado no posee³.

El análisis del tema se considera estratégicamente procedente y de utilidad práctica; abordando como problema teórico en la Ponencia la necesidad del incremento consciente de la profesionalidad y la motivación individual en el ejercicio de la Defensa penal de oficio.

Para el establecimiento de las consideraciones discurrimos por el análisis de contenido doctrinal y de la legislación vigente en materia penal, analizando el texto de la ley y evaluando la práctica profesional, con el objetivo de generar el marco teórico y dar respuesta al problema planteado; con un método interpretativo-descriptivo, no experimental; enfatizando en las particularidades de la Defensa de oficio, desde una implicación personal del tema.

Aunque las consideraciones generales del tema transitan por el análisis de lo regulado en el ordenamiento jurídico cubano en cuanto a la Defensa de oficio, y se esbozan las necesidades de perfeccionamiento legislativo; el problema teórico está directamente enfocado en la persona del defensor y su ejercicio profesional, basándonos para nuestro estudio en la frase de Carnelutti, que expresara: “...como la belleza de una música, la bondad de una ley no depende solo de quien la compone, sino de quien la ejecuta⁴”.

Por tanto el enfoque del tema es cualitativo, con la aplicación del método histórico-lógico; que permitió conocer la evolución y desarrollo de la institución objeto de estudio, con marcado carácter sociocrítico dirigido a fomentar el debate científico y enriquecer la práctica profesional, con vistas a favorecer el perfeccionamiento de la impartición de justicia en nuestro país, en el caso específico que compete a la Defensa de oficio.

II. LA DEFENSA PENAL DE OFICIO

2.1. Antecedentes.

En Roma, conforme a la institución del patronato, se reguló que ningún ciudadano de la clase ínfima podía quedar sin defensor. Muchos emperadores de la época, como Augusto y Trajano, con la intención de evitar los abusos, prohibieron totalmente los honorarios; mientras que otros fijaron

² V. DOMINGO, “*Lex Nova*”, Burgos No. 23, 2008.

³ Ídem.

⁴ Francesco Carnelutti. (Udine 1879- Milán 1965). Abogado italiano.

montos razonables, como Claudio, Nerón y Alejandro Severo. Sin embargo, desde una época anterior a esta, no determinada con exactitud, surgió la costumbre de designar abogados de oficio. De esta forma se materializaba la asistencia jurídica gratuita, especialmente a los indigentes y a aquellas personas que carecían de bienes por su situación crediticia, dentro de un procedimiento de sorteo, mediante el cual el nombre del abogado se recogía en una urna, recurriendo a la suerte, bajo la fórmula pretoriana: *“Si non habent advocatum, ego dabo”*. Esta oportunidad se les otorgaba a todos los acusados, salvo que ellos eligieran una mejor Defensa.

El emperador Constantino, influenciado por el Cristianismo, reiteró la Defensa gratuita para los pobres, permitiéndoles presentar sus demandas directamente a él. En el Código Justiniano se dispuso que se sancionaba al abogado que se negara a aceptar la designación de oficio y por consiguiente era borrado de las listas. De esta forma podemos afirmar que en Roma, quedó establecida la institución de la asistencia jurídica gratuita en la Constitución (término usado por analogía con las modernas constituciones; pues los romanos no poseían Ley de Leyes, sino que sus instituciones eran basadas en la tradición).

Las invasiones bárbaras en muchos aspectos trajeron costumbres jurídico-penales diferentes a las del Imperio Romano; pero a medida que el señor feudal fortalecía su poder se hacía más uniforme el Derecho. El Derecho Canónico que comenzó como un simple ordenamiento jurídico disciplinario, creció llegando a ser un complejo sistema de Derecho positivo y en el mismo la asistencia judicial gratuita alcanzó organización, extendiéndose desde este hacia otras legislaciones.

En el Fuero Juzgo, elaborado en León en 1241, por el rey Fernando III de Castilla; que fue el cuerpo de leyes que rigió en la península Ibérica durante la dominación visigoda, no solo se colocaba a los pobres bajo la protección de los Obispos; sino que con el fin de nivelar la fuerza procesal, se prohibió al rico que litigaba contra el pobre, hacer uso de un Procurador de mayor fortuna que el de su adversario.

Las Siete Partidas que fue un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X El Sabio (1252-1284), preceptuaba que los jueces podían obligar a los abogados a defender gratuitamente a las viudas, huérfanos y otros menesterosos.

Posteriormente la Ordenanza de Abogados de 1495 de los Reyes Católicos, incluidas en la Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567, se ordenaba que los abogados defendieran a los pobres *“de gracia y por amor a Dios”*.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872 reguló algunas de las garantías de las leyes anteriores con ciertas modificaciones hasta que retornaron al Sistema Inquisitivo y posteriormente en 1882 se establece definitivamente esta Ley, regulando la división del proceso en parte inquisitiva (fase sumarial) y la parte acusatoria (juicio oral). La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 17 de septiembre de 1882 fue extendida a Cuba y a Puerto Rico, por la Metrópoli española, mediante el Real Decreto del 19 de octubre de 1888, entrando en vigor el 1 de enero de 1889.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal en el Título V denominado “Del Derecho a la Defensa y del beneficio del pobre en los juicios criminales” estableció la garantía del imputado a nombrar un Defensor a partir de la notificación del auto de procesamiento⁵. Esta Ley estuvo vigente en nuestro país por espacio de 85 años, hasta el 7 de enero de 1974.

⁵ E. BRITO, *“Ley de Enjuiciamiento Criminal”*, Colección Legislativa de Bolsillo, Volumen V, Editor Jesús Montero, 1955, p. 32.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal fue modificada por la Ley No. 1251 de 26 de junio de 1973, que estableció los principios procesales socialistas; pero al modificarse en la nueva promulgación el auto de procesamiento por el de aseguramiento del acusado, requiriéndose entonces de la aplicación de medida cautelar para la consideración del acusado como parte del proceso penal; ello hizo que se dilatara esta importante posición del imputado en el caso, con la consiguiente tardía presencia del abogado.

La Ley No. 1251 de 26 de junio de 1973 fue modificada por la actual Ley No. 5 de 1977, Ley de Procedimiento Penal, la que ha sido modificada posteriormente en los años 1985, 1991 y 1994, a los efectos de atemperar la norma a las transformaciones de la sociedad y para asegurar cada vez más la tranquilidad y seguridad ciudadana.

2.2. La Defensa penal de oficio en Cuba.

Los estudiosos coinciden en afirmar que desde la colonización hasta 1879, no podemos hablar propiamente de un Derecho penal cubano, en la forma en que lo concebimos actualmente. Para definir la situación del período mencionado se plantea que la justicia penal se aplicaba arbitrariamente, sin limitaciones. Las leyes de Castilla y las de Indias solo rigieron en apariencia, pues los tribunales no se atenían a las mismas y se administraba justicia conforme a la costumbre.

A partir de 1848 y con énfasis en 1879 los tribunales comenzaron a sesionar bajo la inspiración del Código Penal español, considerándolo inicialmente como ley supletoria. El Código Penal español de 1870 se hizo extensivo a Cuba por Real Decreto del 23 de mayo de 1879; hasta que el Código de Defensa Social, promulgado por el Decreto Ley No.802 de 4 de abril de 1936 y publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 108 de 11 de abril de 1936 sustituyó al Código de 1870.

De modo que surge y se articula nuestra legislación sustantiva y adjetiva en la materia, bajo la inspiración de la legislación proveniente de la Península, coexistiendo con algunas disposiciones internas como las de la Capitanía General de 4 de mayo de 1841 y 6 de mayo de 1854, sobre armas prohibidas y licencias para su uso, respectivamente; solo por citar algunos de los escasos ejemplos de normativas internas de la época.

En el período de la República de Cuba en Armas se promulgaron cuatro Constituciones mambisas bajo la cobertura del liberalismo decimonónico y la lucha anticolonial; de las cuales solamente la Constitución de Guáimaro del 10 de abril de 1869 y la Constitución de La Yaya de 5 de octubre de 1897 recogen algunos derechos civiles y políticos, como reflejo de la influencia recibida de la Carta Magna de las Trece Colonias de Norteamérica de 1776 y de la Constitución francesa de 1789. Pero en la regulación de derechos de las Constituciones de Guáimaro y La Yaya no se establecen preceptos garantistas para el disfrute de los derechos proclamados⁶.

La Constitución de 1901, promulgada mediante la Orden Militar No. 181 del Gobierno Militar de la Isla de Cuba, el 20 de mayo de 1902, contemplaba un grupo de derechos civiles y políticos que tenían los ciudadanos frente al poder estatal nacional; lo que constituía un reflejo de las doctrinas del constitucionalismo liberal estipuladas en las Cartas Magnas de Francia y de los Estados Unidos.

La Constitución de 1901, que aprobó un articulado avanzado para la época, incluyó como novedad un texto que ha servido de referente hasta la actualidad en el que se expresaba que: *“nadie puede ser procesado ni sentenciado sino por un Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito”*⁷. No obstante la novedad, el texto constitucional resultó inoperante y posteriormente se dictaron diferentes modificaciones legislativas al respecto.

⁶ J. BULTE, *“Historia del Estado y del Derecho en Cuba”*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

⁷ Ídem p. 218.

La Constitución de 1940, promulgada en el período más importante de la etapa neocolonial, en relación con el reconocimiento de derechos y garantías, como consecuencia de la lucha de la clase obrera de la década del 30, recogió muchas de las expectativas de las clases menos favorecidas, e incluyó un título IV denominado Derechos Fundamentales, que ha servido de referente hasta la actualidad. En materia de derecho a la Defensa, se incluyó la institución de Habeas corpus que constituyó un procedimiento con garantías específicas a los efectos de contrarrestar las detenciones ilegales.

No obstante la regulación de derechos y garantías ciudadanas de la Constitución de 1940, la misma no tributó los beneficios esperados, pues con el golpe de Estado del 10 de marzo de 1952 gestado por Fulgencio Batista y Zaldívar se suprimieron todas las garantías constitucionales y se promulgó la Ley Constitucional de 1952 que implicó un retroceso en cuanto a la legitimidad y el reconocimiento de las garantías.

En cuanto a la regulación en la materia, el Reglamento No.1 del Régimen Penal del Ejército Rebelde, dictado el 21 de febrero de 1958, dispuso en el artículo 5 que: *“Cada Comandante constituirá por designación de su Jefe y oído el Auditor, su respectivo Consejo de Guerra ordinario, mediante la presidencia de aquel o de quien designe en su lugar y el nombramiento de otros dos miembros escogidos entre Auditores y Oficiales, estos de igual o superior grado que el acusado. Este designará Defensor. En su defecto se le nombrará uno de oficio. El Fiscal será designado por el Comandante”*.

Al triunfar la Revolución cubana se hizo necesario el restablecimiento del orden constitucional vulnerado y en tal sentido se dictó la Ley Fundamental de 1959, que mantuvo los postulados de la Constitución de 1940, con los cambios necesarios conforme al nuevo programa socioeconómico y político, en contraposición al constitucionalismo social burgués.

Es con la promulgación de la Constitución socialista de 1976 que el derecho a la Defensa adquiere rango constitucional en nuestro país. En esta Constitución, en el Capítulo VII denominado Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales, en el artículo 59 se estipula el principio de bilateralidad del debate, al considerar inocente a toda persona mientras no se dicte fallo condenatorio contra la misma, con las garantías y formalidades que prevén las leyes, y se reconoce el derecho de todo acusado a la defensa, lo cual presupone un juicio oral público y contradictorio.

La materialización del cumplimiento del citado principio, entre otros órganos, es observada en su función controladora por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular. Sin embargo se ha reiterado por los tratadistas la necesidad de rescatar e instituir el Tribunal de Garantías Constitucionales para el control y la salvaguarda de los postulados refrendados.

El Dr. Juan Mendoza Díaz, en su obra “Lecciones de Derecho Procesal”, realiza un estudio sobre la manifestación del principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico y alega como en la propia exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, se expresa que la desigualdad que se manifiesta en la primera fase del proceso ha sido deliberadamente introducida por el legislador, para retomar la ventaja que ha alcanzado el delincuente en este momento. Sobre el tema argumenta Mendoza como esta posición ha ido cambiando en muchas legislaciones, eliminando los privilegios que se conceden a favor del Estado en la fase sumarial, tratando que prevalezca la igualdad de las partes; facilitando entre otros elementos la presencia más temprana del abogado en el desarrollo de las investigaciones.

En la Ley No. 5 del 14 de agosto de 1977 “Ley de Procedimiento Penal”, el derecho a la Defensa técnica de oficio se regula aisladamente, en los artículos 194; 281; 282; 346. 4 c), 5, 6 b); 415. 8 y 13; 461 y 487.1; como se expone:

“Artículo 194: Si al hacerle la prevención a que se refiere el Artículo 186, el testigo manifestare la posibilidad de hallarse ausente del país en la oportunidad probable en que habrá de celebrarse el juicio oral, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte

o incapacidad física o intelectual al tiempo expresado, se hará saber al acusado que, si no lo ha hecho aún, puede en un plazo de veinticuatro horas nombrar Defensor o, en su defecto, se le designará de oficio, para que intervenga en la práctica de la declaración...”

“Artículo 281: Formuladas las conclusiones por el Fiscal o, en su caso, por el acusador particular, el Tribunal...y dispondrá se requiera a los acusados...con entrega de las copias presentadas a fin de que designen Abogados para su defensa,...bajo el apercibimiento de que, de no hacerlo en el acto o, a más tardar, dentro de los cinco días hábiles, se les nombrará Defensor de oficio”.

“Artículo 282: Transcurrido el plazo de cinco días hábiles a que se refiere el Artículo anterior sin que los acusados ...hayan hecho las designaciones de los Abogados de su elección, o no personados los mismos, se les designará de oficio...”

“Artículo 346. Las sesiones del juicio oral pueden suspenderse, de oficio o a instancia de parte, cuando:

4 c) si el que enferma repentinamente es el Defensor del acusado, el Tribunal...dispondrá se instruya a un Abogado de oficio en aptitud de asumir la defensa...

5. habiendo varios Defensores, alguno no comparezca al inicio...se suspenderá para una fecha posterior que no excederá de cinco días hábiles y se nombrará Defensor de oficio...

6. b) si el incompareciente es el Defensor del acusado se procederá del modo señalado en el inciso anterior, excepto en el caso en que el Defensor o al acusado se le hubiere apercibido, en el acto de su citación, que de no asistir dicho Defensor se nombraría el de oficio...”

“Artículo 415. La declaración de índice de peligrosidad predelictiva de conducta antisocial, se decide sumariamente por el procedimiento siguiente:

8. una vez que el Tribunal considere que el expediente se encuentra completo...En el acto de la comparecencia es obligatoria la intervención del Fiscal y de un Defensor designado por el interesado o, en su defecto, nombrado de oficio.

13. el Tribunal Provincial Popular, recibidas las actuaciones, realizará dentro del término de cuarenta y ocho horas, una comparecencia en la que oirá al Fiscal, al presunto asegurado y al Defensor designado por el interesado o, en su defecto, nombrado de oficio...”

“Artículo 461. El Tribunal, de estimar completas las diligencias necesarias para proceder, dará traslado del rollo de revisión y de las actuaciones al Fiscal y después al Defensor y si éste no estuviere designado, al que se nombre de oficio...”

“Artículo 487. 1 Si el acusado no estuviere representado por Defensor, se le concederá el término de cuarenta y ocho horas para que lo designe, apercibiéndolo de que, de no hacerlo, se le nombrará de oficio”.

Lo anterior demuestra que existe dispersión y aislamiento en la regulación de la intervención del Defensor de oficio y en la práctica diaria acontece que una vez que el acusado resulta parte del proceso, y designa al Defensor de su elección, muchas veces el mismo no es notificado oportunamente de las diligencias de prueba que se realizan con su representado, resultándole imposible comparecer en el tiempo que se consuman las mismas. Así como se evidencia que la forma de practicarse las pruebas de rigor varían en su ejecución de un órgano policial a otro, no obstante a estar todos sujetos a idéntica normativa legal.

Por otra parte se considera necesario especificar que resulta omisa nuestra legislación en cuanto a la posibilidad de la autodefensa del imputado.

Conforme al artículo 249 de la Ley de Procedimiento Penal, el acusado solo es parte en el proceso cuando se le impone una medida cautelar, y entonces puede nombrar abogado, teniendo derecho a una Defensa técnica; así que si no se dicta contra el mismo ninguna medida cautelar; el acusado viene a ser parte cuando reciba las Conclusiones provisionales del Fiscal, y es cuando puede designar abogado, tener acceso a la fase preparatoria, presentando pruebas a su favor; mientras que el Fiscal es parte desde el nacimiento del proceso y su posición no está condicionada a ningún término. Pero las tendencias más modernas del Derecho abogan por una modificación legislativa que contemple la anhelada presencia más temprana e importante del abogado en el proceso.

La aplicación práctica del artículo 249 evidencia la primacía del rol del órgano policial en esta fase del proceso, con mayor fortaleza institucional, denotando el predominio de elementos del sistema inquisitivo, lo que atenta contra la eficacia de la Defensa técnica, lo que demanda modificación.

Aunque existe en el país la posibilidad de la materialización de todas las garantías establecidas para los casos en que los acusados o sus familiares, desean por cualquier causa cambiar el abogado designado por otro de su elección, esta posibilidad no se encuentra taxativamente regulada para los casos de abogados de oficio, lo que también constituye una necesidad en nuestro ordenamiento.

Existe la creencia errónea en algunas personas de considerar a los defensores de oficio en Cuba, como abogados estatales; resultando que los mismos pertenecen a una organización autónoma creada por ley, que posee suficiente independencia y es la Organización Nacional de los Bufetes Colectivos.

Desde el triunfo de la Revolución, el ejercicio de la abogacía sufrió diferentes modificaciones legislativas. Posteriormente en 1962 se aprobó un nuevo Estatuto del Colegio de Abogados de La Habana, que derogaba el establecido en 1949 y el 21 de diciembre de 1964, la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de La Habana, propuso al Ministerio de Justicia la creación de los Bufetes Colectivos.

El Ministerio de Justicia dictó la Resolución No. 18 del 22 de enero de 1965 que aprobó la creación del primer Bufete Colectivo de La Habana sujeto a la jurisdicción del Colegio de Abogados de La Habana; y convierte al Bufete en una dependencia de este Ministerio. No obstante, hasta el año 1974 coexistieron ambas modalidades de ejercicio profesional, el privado y el de los Bufetes Colectivos del Ministerio de Justicia.

Posteriormente con la promulgación del Decreto Ley No. 81 de 8 de junio de 1984, sobre el ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, se ratifica la importancia de la intervención del Defensor en el proceso penal, como elemento distintivo de la Defensa técnica.

El papel del abogado de oficio en Cuba, difiere de la función que desempeñan los mismos en otros países; teniendo en cuenta, entre otros elementos, que las tarifas que se cobran en los Bufetes Colectivos no son extraordinariamente elevadas, lo que conlleva a que el servicio sea regularmente accesible para gran parte de la población. La situación inversa se presenta en muchos países; donde los honorarios a pagar por los clientes pueden ser excesivos; lo que ha conducido a que se hayan creado instituciones, incluso ocasionalmente pagadas por el Estado, que se dedican únicamente a la Defensa de oficio, conocida como Defensa pública; pues las personas de bajos ingresos no tienen la posibilidad de contratar los servicios profesionales en este sector.

Un reto que presenta la Defensa de oficio en Cuba, es el logro de una mayor profesionalidad; pues aunque el país cuenta con abogados muy preparados y con elevada disposición para el ejercicio; en la práctica se observan algunas defensas con cierto grado de superficialidad y que transmiten un mensaje de desinterés por parte del defensor, en lo cual influyen distintos factores entre los que se encuentran: la preparación del jurista; la cultura general que el mismo posea, y en especial, la cultura jurídica; la organización y nivel de ocupación ante cada caso; y puntualmente la valentía que el mismo demuestre para plantear los problemas, los responsables y sus soluciones, cumpliendo con la ética, obedeciendo a la ley y esgrimiendo una verdadera tutela de los intereses de su cliente.

Otro desafío a resolver a nivel institucional por la Organización Nacional de Bufetes Colectivos es la forma determinante en que repercute en la calidad del trabajo, cuando los letrados se sobrecargan con gran cúmulo de procesos, actuando sin descanso en innumerables casos, ya sea como abogado designado o como abogado de oficio.

La causa de la excesiva contratación, circunstancialmente puede responder a la necesidad del cumplimiento del plan de ingresos mensuales que posee el abogado; como también puede tener un sustento económico y ello analizando la vinculación directa y proporcional que tiene el aumento del número de contrataciones con la mayor obtención de ingresos. Pero resulta válido preguntarse ¿el elevado número de procesos en tramitación, es o no proporcional a una disminución del tiempo individual de estudio de cada caso; y por ende una menor eficacia en el desempeño profesional? Interrogante que demanda el análisis profundo de la Organización y la respuesta idónea del letrado ante cada caso concreto.

Los abogados, en respuesta a los debates que se suscitan sobre la pertinencia del número de casos a tramitar en los diferentes períodos de tiempo realizan distintas alegaciones; pero la proporción mayor de las respuesta vincula el trabajo desenfrenado con la presión económica; por lo que queda para el estudio, análisis y respuesta de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, si los salarios de sus trabajadores son estimulantes o no.

Otra problemática que merece especial atención es la relacionada con los casos en que el Tribunal, solicita los servicios de algún abogado presente en la Sala de juicio, para cubrir la ausencia del abogado de oficio, evitando con ello la suspensión de las vistas y en la práctica, siempre los abogados acceden a tal requerimiento; pero también caben las preguntas:

- ¿Qué puede ocasionar mayores complicaciones, el elevado índice de suspensiones de juicios, o la celebración del mismo con insuficiente tiempo para el estudio de la Causa, por parte del abogado que eventualmente asume esta responsabilidad?;
- ¿Puede considerarse que una entrevista previa por un breve espacio de tiempo con el acusado, antes de la celebración del juicio y la lectura de la Causa, proveen al abogado, de todas las herramientas para una verdadera Defensa técnica?;
- ¿Puede considerar el abogado que de no acceder a la solicitud impostergable del Tribunal, está contribuyendo a obstruir el eficaz desempeño de la maquinaria judicial?;
- ¿Qué motor impulsa la participación de los letrados en juicios que no tenían previamente programados; apoyar al Tribunal o incrementar el número de procesos, que le redunden en mayor beneficio económico al final del mes?

Una alternativa que requiere estudio y se vislumbra como parte de la solución para perfeccionar el trabajo de las Defensas de oficio, es el logro de la especialización de los abogados que realizan tales funciones, lo que teóricamente se ha planteado por algunos estudiosos que pudiese conllevar a resultados más favorables para el cliente, con implicaciones positivas en el desempeño del aparato judicial. Pero ante esta presunta restrictiva especialización, tal vez por materias dentro del propio Derecho Penal, se levantan las siguientes interrogantes en el colectivo de abogados y en la Organización:

- ¿Desean los miembros de la Organización especializarse, dentro del propio Derecho Penal, para el ejercicio de la Defensa en solo determinados delitos de la Parte Especial de nuestro Código?
- ¿Sería objetivo de la Organización, por ejemplo, preparar abogados que solo se dediquen a ejercer la Defensa de los acusados de Delitos contra la Administración y la Jurisdicción, si

luego las estadísticas muestran que no son estos los delitos que más se comenten en un territorio determinado?

- ¿Cuenta la Organización con un número de miembros tal, que pueda dar respuesta a una especialización tan específica, sin poner en peligro el cumplimiento del Derecho a la Defensa que tiene todo acusado?

Desde el punto de vista teórico, el trabajo de perfeccionamiento de las Defensas de oficio debe estar encaminado a lograr que los abogados perciban su trabajo como lo que realmente es, una de las misiones más altruistas que pueden realizar desde su profesión, para alcanzar el bien común. En este sentido, el abogado de oficio debe tener la convicción de que no solo está trabajando para sí mismo y en función de su cliente; sino que también está contribuyendo a que el Estado cumpla con su obligación de asegurar el acceso a la justicia a todas las personas; y en la medida que el defensor interiorice esta idea, se sentirá más comprometido con prestar un servicio de interés general desde la perspectiva de la asistencia judicial gratuita; pero siempre con la óptica de la mayor profesionalidad.

Requiere también un seguimiento puntual el dejar establecido en la mentalidad de cada abogado, que deben representar el mismo esfuerzo, el mismo compromiso y la misma entrega, tanto las causas en las que se ejerce como abogado designado, como cuando funge como abogado de oficio; pues sucede que en la práctica se observa la diferente motivación, aún en colegas de reconocido prestigio profesional, y lamentablemente este reflejo llega hasta el cliente, que es última instancia la motivación más importante de cada profesional del Derecho.

III. LA DEFENSA DE OFICIO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL.

El derecho a la Defensa gratuita por un abogado de oficio, o abogado de turno, es reconocido internacionalmente en diferentes textos jurídicos; que vinculan puntualmente a los Estados firmantes, lo que convoca a la comunidad internacional a su estricta vigilancia y cumplimiento.

En el caso específico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, la misma no es considerada un tratado internacional; sino una norma de Derecho Internacional consuetudinario, dada su amplia aceptación. El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estipula que: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”*

También el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 6 Derecho a un proceso equitativo, regula que; 3: *“todo acusado tiene como mínimo, los siguientes derechos; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”*.

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) fue adoptado al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y ambos, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos comprenden la Carta Internacional de los Derechos Humanos. El mismo fue otorgado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, (ratificado por Cuba) y regula en su artículo 14 el derecho de los acusados a: *“...b) disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección,...d) defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección, a ser informado, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste de tenerlo,..., a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”*.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica o CADH), suscrito el 22 de noviembre de 1969, y entró en vigor el 18 de julio de 1978, es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, (no ratificada por nuestro país) en su artículo 8 dispone que: *“toda persona inculpada de delito tiene derecho a ser asistida por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”*.

Sobre el tema de referencia, la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, en su artículo 40. 2 expresa que: *“...los Estados Partes garantizarán, en particular,... b) D que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; III) que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente,...en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado...”*.

Podemos entonces precisar que la función del Defensor, sea designado o de oficio, como un garante jurídico constitucional de la presunción de inocencia del inculcado, alcanza los más altos niveles normativos en los Tratados y Acuerdos internacionales en la materia.

IV. CONCLUSIONES

1. La asistencia jurídica gratuita fue reconocida desde el Derecho Romano, especialmente para los indigentes y personas que carecían de bienes, y se fue extendiendo y perfeccionando hasta nuestros días, formando parte además de las regulaciones internacionales en materia penal.
2. Resulta evidente que la Defensa en el proceso penal es un derecho inviolable e irrenunciable que posee todo acusado y de su eficaz ejercicio se derivan en cierta medida las demás garantías procesales; por lo que el mismo es comparado con el derecho a la vida.
3. El derecho a la Defensa es imprescriptible en el debido proceso y su materialización permite que se tornen equiparables las partes en la litis, teniendo en cuenta que juega un papel contradictorio con respecto al Ministerio Fiscal.
4. Para la materialización de la Defensa técnica no basta con que se cumpla con la condición de que la misma sea ejercida por un profesional del Derecho, y que el abogado realice un estudio completo del caso; es imprescindible que muestre una diligencia y entrega suficientes para obtener el mejor provecho a favor de su cliente y que en todo momento lo primordial sea actuar en función de los intereses del defendido.
5. El abogado asiste y representa a su defendido en todos los actos procesales no personales; pero también es importante el cumplimiento por el propio acusado de la Defensa material, que es ejercida exclusivamente en forma oral e inmediata por el imputado ante la autoridad policial o judicial correspondiente, y para la cual no solo requiere de su conocimiento o habilidad previa, sino que la dirección de un letrado lo puede ayudar de forma eficaz.
6. Constituye una necesidad revisar y modificar la Ley de Procedimiento Penal cubana en el sentido de garantizar la presencia cada vez más temprana y oportuna del Defensor, ya sea designado o de oficio, en la fase preliminar de las investigaciones, conforme a las exigencias actuales en la materia.
7. Un reto que presenta la Defensa de oficio, es lograr una mayor profesionalidad y motivación personal, a los efectos que el abogado manifieste la misma entrega, la misma pasión y el

mismo compromiso en los casos que ejerce como abogado de turno, que en los procesos en que actúa como abogado designado.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. A. DOUGNAC. “*Notas históricas en torno a la asistencia jurídica gratuita y la práctica forense en Chile*”, en Revista de Derecho Procesal. Universidad de Chile, 1973, pp. 26-27.
2. D. RIVERO. “*Ley de Procedimiento Penal*”. Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Segunda Edición, Ediciones ONBC. La Habana. 2012.
3. E. BRITO. “*Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. Colección Legislativa de Bolsillo. Editor Jesús Montero. 1955. p. 32.
4. *Código de Defensa Social*. Publicación de Legislación, Vol. III. Publicación oficial del Ministerio de Justicia. 1973.
5. J. BULTE. “*Historia del Estado y del Derecho en Cuba*”. Editorial Félix Varela. 2005.
6. J. MENDOZA. “*Notas para una reforma del Derecho a la defensa en el Proceso Penal cubano*.” En: “Libro Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, presidente de honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales”. 2014. Coordinador Dr. Arnel Medina Cuenca. Ed. UNIJURIS.
7. J. MENDOZA. “*Principios del Proceso Penal*”. Trabajo editado en CD por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. 2002.
8. J. VEGA. “*Legislación penal de la Revolución*”. Ed. MINED. XX Aniversario. 1973.
9. “*Las Siete Partidas*”. Recuperado en: <http://historiageneral.com/2013/01/17-las-siete-partidas-leyes-de-la-antigua-castilla>
10. “*Ley de Enjuiciamiento Criminal española*”. Contendida en CD ROM de Legislación penal No. 1 del 2001- 2003. Consejo General del Poder Judicial. España.
11. “*Ley No.38 Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”. Gaceta Oficial No. 16 de 2 de febrero de 1959. pp.10-13.
12. M. QUEIROLO. “*El abogado de turno. Un sistema inconstitucional de trabajo forzado*”. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XVII, Montevideo, 2011, pp. 101-115. ISSN 1510-4974.
13. “*Principios básicos sobre la función de los abogados*”. Conclusiones del 8vo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. Recuperado: <http://wwwl.umn.edu/humanrts/instree/spanish/si3bprl.html>
14. S. DOYHARCABAL “*Asistencia judicial gratuita en el Derecho Romano*”, en Revista chilena de “Historia del Derecho” No. 9, 1983, pp. 35 ss.
15. V. ADATO. “*Derechos de los detenidos y sujetos a proceso*”. Editorial Cámara de Diputados. LVIII Legislatura. Universidad Autónoma de México. 2000. p. 3.
16. V. DOMINGO. “*Lex Nova*”. Burgos No. 23. 2008.