

GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA

Alex CAROCCA PÉREZ *
Chile

Muchas veces de tanto citar el derecho de defensa se termina asumiendo que es un tema obvio respecto del cual nada hay más por conocer, en tanto sólo es necesario aceptar y reconocer su importancia. El profesor Carocca nos demuestra en este trabajo que tal aseveración no es exacta, el destino del Estado de Derecho de una sociedad va a depender del desarrollo doctrinal, regulación positiva y aplicación jurisprudencial que tenga el derecho de defensa.

(p. 369) Debo comenzar por agradecer y por anunciar que seré breve. Los agradecimientos creo que en este caso tienen una doble justificación, puesto que proveniente de donde provengo, no puedo sino sentirme conmovido por vuestra amabilidad que ha provenido de las autoridades, de amigos procesalistas, y también de estudiantes, abogados y público en general. Lamentablemente aumentamos en desarrollo pero, en cambio quizás perdemos muchos de estos valores. La importancia para Chile de la reforma procesal civil en Perú es enorme, puesto que constituye en este momento un gran ejemplo para nosotros.

Ya se ha hecho referencia reiterada, con personas con más autoridad que yo, respecto a la calidad científica del Código, pero en especial, yo me permitiría recalcar su autenticidad. Todos los que nos dedicamos al derecho procesal sabemos que códigos ideales han sido hechos en naciones muy desarrolladas que, sin embargo, han tenido poca eficacia, precisamente por cierta falta de pragmatismo que creo que en este caso, por el conocimiento que tengo de la aplicación práctica, está presente en vuestro Código.

Una de las cosas que un chileno constata en Perú es el desconocimiento de la realidad que existe entre nuestros respectivos países. Sepan ustedes por ejemplo, que en Chile a pesar que no parezca así a primera vista, tenemos un gran atraso en nuestra actual legislación y doctrina procesal civil y en realidad, nosotros no seríamos capaces de organizar una jornada como esta, ni con la cantidad de asistentes que hay acá, ni con la calidad de la doctrina presente.

Estamos recién empezando a trabajar en un esfuerzo modificador en materia procesal civil. **(p. 370)** En proceso penal tenemos ya adelantada una reforma, pero en materia procesal civil estamos recién empezando a trabajar y lo estamos haciendo con el estudio de las garantías constitucionales del proceso, que acertadamente constituyen la portada de vuestro actual Código, en el Título Preliminar, y en particular en el primer artículo del texto mismo.

Entre esas garantías constitucionales, sin lugar a dudas, una de las más importantes es la de la defensa, siendo suficiente para comprobarlo el múltiple reconocimiento de que es objeto tanto en tratados internacionales sobre derechos humanos, como también en las constituciones de los principales países europeos y latinoamericanos. Entre ellos están países -con una formulación técnica bastante deficiente- como Chile y Perú que, con mayor precisión, establece el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (art. 139, inc. 14 de la Const.) y el principio de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos, entre otras disposiciones constitucionales de las cuales se puede desprender que se garantizan diversos aspectos de este importante derecho.

* Versión escrita del discurso pronunciado con motivo de las Primeras Jornadas internacionales de Derecho Procesal desarrolladas en Lima, Centro Naval Almirante Guise. Miércoles 10 de setiembre de 1997.

El objetivo inicial de mi exposición, que trae causa en lo que fue la redacción de mi tesis doctoral en España bajo la dirección del maestro Ramos Méndez, es tratar de llegar a la formulación de un concepto de garantía de defensa que explique por qué es tan importante. Lo cual no parece tan claro a la luz de algunos problemas que se suscitan sobre su contenido, que en particular se suscitan en España. Por ejemplo, a propósito del concepto de indefensión que siendo literalmente el efecto producido por la violación, el desconocimiento de la garantía de la defensa en aquel país, me parece, con alguna confusión, se usa como explicación para el efecto de la violación de cualquier garantía constitucional del sistema procesal.

El antecedente para la elaboración del concepto a partir de la consideración de lo que gráficamente sea la expresión defensa. Esto que parece de perogrullo no siempre ha sido así, puesto que tal expresión, como todos sabemos, es una de aquellas que desde el inicio se encuentra muy relacionada con el fenómeno jurídico y por lo mismo se transforma en una de aquellas expresiones muy difíciles de definir como acontece con otros conceptos tales como los de acción o excepción, que tanto cuestan definir en materia procesal.

Etimológicamente la expresión defensa significa "oponerse al peligro de un daño" o, más gráficamente, "el rechazo a un ataque o agresión". Este ataque o agresión pasa a denominarse ofensa, constituyéndose, lógicamente, en el antecedente necesario de la defensa. Vale decir: la defensa exige previamente una ofensa y su nota esencial en consecuencia es su carácter reactivo. Esto transpuesto al ámbito procesal significa que de defensa procesal sólo puede hablarse a propósito de una actuación en el proceso que desenvuelve una parte como reacción ante otra previa de la contraria. Por eso, a nuestro juicio, procesalmente no se puede decir que se defiende quien demanda. En ese caso, la expresión más amplia pareciera ser la de tutela, tal cual lo dice el artículo 1 del CPC peruano que, sin embargo, incurre en el equívoco de hacer sinónimos a la defensa y a la tutela.

A nuestro juicio, tutela es un concepto mucho más amplio y alude a cualquier forma de protección de un interés, incluso extrajudicial (autotutela). En definitiva, la defensa sería una modalidad, una forma especial de tutela caracterizada por su carácter reactivo. Pero, no sólo eso, sino que desde sus orígenes con la expresión defensa, en realidad, se ha pasado a designar a la posibilidad de actuación del mismo orden o naturaleza que la precedente, es decir, que la ofensa. Con lo cual, hay que concluir que la única manera de diferenciarlas a ambas no es el contenido de la reacción, sino la posibilidad y oportunidad en que se lleva a cabo. En consecuencia, cabría que descartar, ab initio, cualquier intento de caracterizar a la defensa procesal por el contenido de la actividad desarrollada por el litigante, como podría ser, como ocurre frecuentemente, el rechazo o la oposición a las alegaciones o peticiones de la parte contraria, puesto que, procesalmente, la protección del interés del litigante se puede alcanzar a través de una actuación dirigida no a oponerse a las alegaciones de la contraparte, sino, a aceptar por ejemplo, a través del **allanamiento** -que tan bien regula el CPC peruano (art. 330 y ss.)-. Hay allí nos parece, lo mismo que en el reconocimiento que también se regula, un legítimo ejercicio del derecho de defensa, pero está claro que en ese caso no existe contradicción de las alegaciones contrarias. Sin embargo, lo que suele suceder es que se identifica a la defensa procesal con la petición de rechazo a (**p. 371**) la pretensión contraria, porque ocurre que a partir de la acepción originaria que hemos tratado de conceptualizar, la palabra se ha ido cargando de significados en materia jurídica todos relacionados entre sí, que tienen ese contenido pero que, a nuestro juicio, no son idóneos para construir el concepto de garantía de la defensa.

Así nos encontramos que sólo en derecho procesal es posible identificar, a lo menos, otras cuatro acepciones de dicha expresión. Por ejemplo, sabemos que se denomina defensa a la actividad desenvuelta por el imputado para desvirtuar la acusación en el proceso penal, de allí que se hable de defensa como actividad, función u oficio contrapuesto a la acusación.

En segundo lugar, y en parecido orden se denomina simplemente defensa a la parte procesal constituida por el sujeto pasivo del proceso penal. En ese caso, se dice gráficamente: la defensa frente al acusador.

Ahora, en el orden civil se denomina defensa a determinados tipos de alegaciones efectuados por el demandado cuando, oponiéndose a la pretensión contraria, no introduce hechos nuevos. Pareciera ser, el pleito que se hace en el artículo 455 del CPC peruano.

Finalmente, tanto en el orden civil como penal, defensa en sentido más amplio y difuso se utiliza para referirse a patrocinio o quizás tutela de cualquier interés en el proceso. Sin embargo, insistimos, sin negarle valor a estas acepciones, que nos parece que ninguna de ellas puede ser utilizada con provecho para conseguir el concepto de garantía constitucional de la defensa. Entre otras razones

por sus alcances restringidos que no son compatibles con los que cabe otorgar a una garantía constitucional que, como sabemos, está destinada a regir en cualquier clase de procesos, a pesar de lo cual, las acepciones mencionadas, subyacen en determinadas definiciones de la garantía que por esa razón resultan completamente insatisfactorias.

En efecto, si la defensa consiste en una posibilidad de actuación de un litigante como respuesta frente a otra actuación que la ha precedido, en el proceso ella se transforma en una garantía de la intervención de las partes. Por lo tanto, lo básico para entender esto es que a los interesados se les permita intervenir en el proceso en que se discutan cuestiones que les conciernen, asumiendo de esa forma, la tutela de sus propios intereses, en lo que constituye una importante exigencia de una sociedad democrática. Pero no sólo eso, sino que a su vez, esta participación de los interesados en el proceso constituye una de las notas esenciales de la decisión jurisdiccional. Resulta fácil concluir que nos encontramos ante una garantía que se sitúa en el núcleo mismo de la configuración del proceso y de allí, su trascendencia. Tanto es así, que como ha puesto de relieve con particular vigor, el maestro italiano Fazzalari, precisamente lo que distingue al proceso jurisdiccional de un mero procedimiento es la vigencia efectiva de la defensa, es decir, la posibilidad de los interesados de hacerse oír, y la consiguiente obligación del juzgador de tomar en cuenta los resultados de sus actividades al momento de pronunciar su resolución.

De ello se aprecia la importancia del proceso, porque, como todos sabemos, es el modo de solución de conflictos, como se diría en la doctrina clásica, o de tutela de intereses en que a ambas partes deben darse iguales o proporcionales posibilidades de participación, y eso es precisamente lo que asegura esta garantía constitucional.

A partir de aquí, la doctrina europea fundamentalmente desde un clásico estudio del doctor italiano Vittorio Denti de 1977 ha establecido que la defensa debe ser estudiada desde una doble perspectiva. Una primera de carácter subjetivo, conforme a la cual se la considera un derecho de cada litigante y en la medida en que aparece reconocida a nivel constitucional y de tratados internacionales se caracteriza como un derecho fundamental, que es el punto de vista tradicional de la cual se habla de esta garantía, y una segunda acepción de carácter objetivo que ha venido siendo delineada en los últimos tiempos y de acuerdo a la cual se estima a la defensa como una garantía para el desarrollo mismo del proceso, al margen o por sobre la voluntad de las propias partes, lo que se traduce en que nunca podrá estar ausente para la válida constitución de cualquier clase de proceso y que entre otras consecuencias se traduce en que es irrenunciable, es decir, que la parte no puede renunciar a la posibilidad de ejercer la defensa; e inalienable, o sea que el interesado no puede ser privado de su derecho de defensa, por ejemplo, para traspasarse a un organismo público. Precisamente (p. 372) por esta razón y partiendo de la base de que se haya reconocida en la mayoría de las cartas constitucionales, entre ellas la Constitución peruana, es que preferimos calificarla derechamente como garantía constitucional, siguiendo directamente al profesor Ramos Méndez, porque se trata de la mejor denominación para ésta y otras garantías del proceso ya que comprende las dimensiones subjetiva y objetiva recién apuntadas; y en segundo lugar, porque es una nomenclatura que pone el acento en la exigibilidad por el ciudadano y en su grado de cumplimiento, descartando de paso el peligro de que esta garantía pueda ser identificada con meros principios procesales, de los cuales se suele extraer pocas consecuencias prácticas.

En cuanto a los efectos de su reconocimiento como garantía constitucional, es evidente que todas las personas públicas y privadas, y entre las públicas tanto aquellas que conforman el poder legislativo, como las que integran el poder judicial se encuentran obligadas a respetar, los primeros al configurar los procedimientos y los segundos, es decir los jueces, en la tramitación de los concretos procesos. Así mismo, y como directa consecuencia de su reconocimiento constitucional, esta garantía está constituida en favor de todos los sujetos, favorece tanto a su parte activa como pasiva. No sólo como pudiera creerse al demandado, sujeto pasivo de la relación procesal, lo cual es lógico porque la actividad que desarrollan ambas partes procesales es de la misma naturaleza y su denominación sólo está determinada por un factor externo, como es el de su orden de entrada en el proceso.

En relación al proceso mismo, debemos apuntar que la defensa ampara no sólo a los que son partes desde un principio, sino que en general debe proteger a todos aquellos que pueden ser afectados por los resultados del juicio. En definitiva, los efectos del proceso y en último término los perjuicios que pueda provocar una resolución judicial, como lógica consecuencia de su carácter de garantía de la participación de los interesados en su formación, constituyen el criterio para determinar su titularidad, es decir, a quién corresponde esta garantía. Esto significa, por ende, que además de los que son parte, le debe ser reconocida a los que, primero, sin ser actualmente partes, podrían serlo

por hallarse en situaciones litisconsorciales activas o pasivas. Este tema se encuentra, a mi juicio, bastante bien reglado por el CPC peruano (art. 92 y ss.), donde incluso se establece la facultad del juez de llamar de oficio a los litisconsortes omitidos. En segundo lugar, favorece también la garantía a los que sin ser partes actualmente, ni pudiendo serlo, pueden ser llamados al proceso por la puesta en marcha de mecanismos tales como la litis denunciatio, o la llamada en garantía. En tercer lugar, favorece también a los que sin ser parte, ni pudiendo serlo, ni tampoco pudiendo ser llamados al proceso, se pueden ver afectador por sus resultados a través de los denominados efectos reflejos de las sentencias, a quienes se considera que debe notificárseles de la pendencia del proceso en que pueden intervenir como coadyuvantes. El Código vuestro plantea como regla general el hacer esta notificación en el art. 97 y también en algunos procedimientos especiales.

Llamamos la atención de que a nuestro parecer, en contra de lo que parece darse por entendido, a pesar de que no ha sido un tema objeto de un estudio muy acucioso, creemos que la notificación no exige la efectiva toma de conocimiento del acto que depende de la actitud volitiva del destinatario. Actitud volitiva que el derecho no puede controlar. Entonces la notificación asegura la posibilidad de que el sujeto, con una diligencia normal, adquiera conocimiento de la resolución que se le trata de notificar. Con ese realismo procede el CPC peruano, ya que señala que la notificación tiene por objeto "poner en conocimiento de los interesados el contenido de la resolución judicial", (art. 155, inc 1). Lo cual podría a primera vista parecer contradictorio con lo que he dicho. Pero no, razonablemente contempla la notificación como perfecta a través de la entrega de la cédula a persona capaz que se halle en la casa u oficina o incluso autoriza para adherirla -la cédula correspondiente- en la puerta del domicilio. Autoriza la notificación por edicto que, como parece fácil concluir, no arroja una certeza absoluta de que van a ser leídos dichos edictos. Sin embargo, no autoriza la nulidad si se han cumplido todos los requisitos formales de tal notificación (art. 437).

En cuanto al contenido de la garantía, consiste en que debe concederse a cada interesado la posibilidad de actuar en el proceso. La garantía confiere siempre la posibilidad de intervenir pero (**p. 373**) no la obligación de hacer, esto tanto en procesos civiles como en penales. Es decir, la pasividad de la parte es la primera actitud que hace legítima esta garantía y esto se demuestra por el hecho de que los procesos civiles pueden ser tramitados íntegramente en rebeldía del demandado (art. 458 y ss.). Incluso, a nuestro juicio, esto también es válido para los procesos penales.

En definitiva, en ningún caso puede hablarse de la existencia de una "obligación de defenderse" como se sigue haciendo de forma desaprensiva por importantes autores. Concretamente las facultades esenciales que encontramos comprendidas en esta garantía son las siguientes:

1) **Formular sus alegaciones.** Sin embargo, estas alegaciones tiene una limitación esencial, que deberán ser hechas conforme a las legítimas prescripciones de oportunidad contenidas en las normas de procedimiento.

2) **Se garantiza el derecho de probar tales alegaciones,** es decir, las peticiones y alegaciones fácticas carecerán de valor si no son en su momento debidamente probadas. Con lo que en definitiva la prueba se constituye en la segunda actividad esencial asegurada por la defensa. La protección en esta materia se traduciría en:

- a) en que la causa sea recibida a prueba y que se abra un término probatorio suficiente;
- b) en el derecho a proponer los medios de prueba;
- c) en que la prueba propuesta sea válidamente admitida;
- d) en que la prueba propuesta y admitida sea practicada y se permita a los interesados intervenir en su práctica y finalmente,
- e) en que la prueba practicada sea valorada por el Tribunal. Me parece que en general, todos ellos se encuentran bien regulados y satisfacen las exigencias de las garantías.

3) **A parte de formular las alegaciones** aparte de probar, a mi juicio, la garantía asegura también la posibilidad o el derecho de contradecir. Para comprobar este aserto debemos señalar que lo que caracteriza a la garantía de la defensa es que la actividad que pueda realizar cada parte sea equivalente a la que ha impuesto la parte contraria, atendiendo a su carácter reactivo. Esto se traduce en que su implementación en el proceso se produce a través del conocidísimo y antiquísimo principio del contradictorio que a nuestro parecer no es más que la garantía de la defensa operando simultáneamente para las dos partes. Es decir, el contradictorio sería la fórmula técnico-procesal a través de la cual se implementa la defensa y así se encuentra reconocida en el Código Procesal peruano en los artículos. 2 y 3- Si bien en este último existe una pequeña confusión terminológica con

el concepto de tutela, es decir, la posibilidad de contradecir, como tercera facultad esencial protegida por la garantía, y reflejo, como diría el maestro Satta, de la intrínseca contradictoriedad del proceso, sin embargo, no es el mejor método para la obtención de la verdad como acostumbraban señalar los procesalistas modernos sino, nada más y nada menos que exigencia para la constitución misma del proceso.

4) **La cuarta facultad esencial** que asegura la garantía de la defensa es de que las alegaciones y pruebas de cada parte deben ser tomadas en cuenta por el juzgador. Es decir, sin esta esencial obligación la garantía sería completamente vana, deben ser tomadas en cuenta por el juzgador lo que se concreta entonces con exigencias técnicas muy importantes. En primer lugar, la motivación de las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que no es el respeto de la garantía de la defensa evidentemente el único fundamento de la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales pero por lo menos, es una exigencia que se puede desprender de ella. En segundo lugar, la del deber de congruencia entre lo pedido y alegado por las partes que si no se produce da lugar a los vicios de incongruencia por ultrapetitaio por extrapettia.

De todo esto que venimos señalando arribamos a una definición, a pesar de que materias de garantías constitucionales las definiciones pueden ser peligrosas porque lo que interesa en extintiva es la protección en cada caso concreto, pero en fin, arribamos a una definición de garantía constitucional de la defensa como **aquella garantía constitucional que asegura a todos los interesados, es decir, a todos los que se encuentren afectados por una resolución (p. 374) judicial -la sentencia por antonomasia-, la posibilidad de efectuar a lo largo de todo el proceso, sus alegaciones y pruebas y contradecir las contrarias con la seguridad de que serán valoradas en la resolución que se adopte.** En definitiva se trata de la garantía de la participación de los interesados de la formación de la decisión jurisdiccional.

Acerca de la relación entre la defensa y otras garantías de la acción procesal sólo diré que en relación a la tutela judicial efectiva nos parece que son garantías diferentes puesto que la tutela judicial efectiva es una garantía de contenido mucho más amplio que la defensa, ya que como sabemos simultáneamente protege aspectos de la actividad del juez, del proceso, pero por sobretodo, porque la tutela judicial efectiva despliega sus efectos garantizadores desde antes de la incoación del proceso, al tener uno de sus más importantes aspectos protegidos en el acceso al proceso jurisdiccional, impidiendo que obstáculos indebidos hagan imposible o dificulten excesivamente el acceso a la jurisdicción.

En cambio, la defensa por definición es una garantía procesal. Exquisitamente procesal, quizá habría que decir, puesto que presupone la existencia del proceso ya iniciado. Sin embargo, en doctrina y jurisprudencia no siempre se ha distinguido debidamente entre defensa y tutela judicial efectiva, así por ejemplo, en el Código Procesal peruano se dice que "el demandado como titular de derecho a la tutela tiene derecho de contradicción (...)". Por mi parte sostengo que defensa y tutela son diferenciables y sin ir más lejos en Chile sólo se reconoce la defensa pero no la tutela y estamos pagando un costo por ello. Pero lo más importante, al margen de definiciones dogmáticas en materia de garantías constitucionales, es que se respeten en el caso concreto.

Para terminar, sólo diré que las modalidades de ejercicio de las facultades que resguarda la defensa son, a nuestro parecer, dos, es decir, las vías a través de las cuales la parte puede desarrollar el contenido que he señalado es la autodefensa y la defensa técnica. La autodefensa está constituida por la intervención personal y directa de las partes en el proceso sin el ministerio o representación del defensor técnico. Puede tener lugar en cualquier clase de proceso, pero lo esencial para entenderla es que en la parte se radica las características de irrenunciabilidad e inalienabilidad que se predicán de la garantía. Esta no puede considerarse respetada allí donde falte la facultad del propio litigante para decidir personalmente el curso de sus alegaciones, y a su vez, el curso de las alegaciones, es decir la tutela de los intereses no puede ser confiado a un tercero, ni siquiera al defensor técnico, todo lo cual se traduce en lo que debe ser el absoluto predominio de la autodefensa sobre la defensa técnica.

Finalmente en cuanto a la defensa técnica constituye la modalidad derivada del ejercicio de las facultades que confiere esta garantía y su fundamento esencial se encuentra en los conocimientos técnicos que precisa la actuación en el proceso, añadiéndose otras razones, tales como la necesidad de establecer la igualdad entre las partes, etc.

De los diversos aspectos que aparecen regulados en cuanto a la defensa técnica nos parece que hay una triple exigencia. En primer lugar, esta defensa técnica se traduce en el derecho de las partes a disponer, siempre que lo deseen, para actuar en el proceso, de un defensor técnico, lo que se

traduce en el derecho a contar con un defensor de confianza. En segundo lugar, el derecho de la parte a tener siempre la posibilidad de contar siempre con un defensor técnico en el momento procesal en que sea absolutamente imprescindible para asegurar su efectiva e igual participación en el proceso. Cuando no tiene defensor de confianza se debe traducir en el derecho a contar con un defensor proporcionado por el estado, al margen de si es gratuito o no. Por último, se traduce en el derecho de la parte que carece de medios económicos, a contar siempre que lo necesite, con un defensor técnico, que idealmente siempre debería ser de confianza, lo que se traduce en el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En cuanto a la indefensión, que es el resultado de la violación de la garantía de defensa, debe situarse, en cuanto al resultado conduce a una sanción, en el género de la ineficacia del proceso o de la resolución que ha sido afectada por dicha infracción. Dentro del género de la ineficacia parece claro que la nulidad procesal, a la que se ha aludido por los maestros aquí presentes, es la sanción que naturalmente procede ante esta clase de violación. **(p. 375)** Lo que no resisto decir es que en este punto es donde aflora con toda su magnitud, especialmente en derecho procesal europeo, la relación que crecientemente, como aludía la doctora Ledesma, comienza a establecerse entre la nulidad procesal y la violación de las garantías constitucionales del proceso, que conduce inexorablemente a superar la dogmática tradicional que concebía a la nulidad como una sanción impuesta por la realización de un acto procesal con infracción de algunos requisitos formales, para empezar a concebirla como un medio para obtener el respeto de tales garantías. Nos parece que la garantía de la defensa a través de la fórmula de la indefensión es la que va marcando las pautas en este sentido. Muchas gracias.