

ROL Y RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO EN EL DERECHO PENAL Y EN EL PROCESO PENAL DE UN ESTADO DE DERECHO ¹

Germán Aller ²

Sumario

1. Palabras iniciales. 2. El abogado en el Estado de Derecho. 3. Concepto y alcance de “abogar”. 4. Autoritarismo versus Liberalismo. 5. El abogado como garantía para el justiciable. 6. Defensa y expansión penal. 7. Las injustas limitaciones al defensor. 8. El Derecho penal científico, el positivo y la praxis. 9. Responsabilidad del abogado en el Estado de Derecho. 10. Síntesis.

1. PALABRAS INICIALES

Tengo el alto honor de dirigirme a un distinguido público integrado por colegas paraguayos, autoridades nacionales y eruditos profesores como Miguel POLAINO-ORTS, Jorge BUOMPADRE, Gonzalo FERNÁNDEZ, Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, Eberhard STRUENSEE, Alfredo CHIRINO y Wolfgang SCHÖNE entre otros. Felicito a este último, al Ministerio Público y al Centro de Ciencias Penales y Política Criminal por la organización de este magno evento científico y agradezco la deferencia de convocarme una vez más.

El Prof. SCHÖNE me ha asignado un tema que linda entre lo complejo y lo maravilloso para quien ejerce la abogacía penal, conllevando el apasionante

¹ Versión revisada y ampliada de la conferencia dada en la “VI JORNADA INTERNACIONAL SOBRE ESTADO DE DERECHO Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL”, organizada por el Centro de Ciencias Penales y Política Criminal y el Ministerio Público de la República de Paraguay, celebrada en Asunción del Paraguay, 1 a 3 de abril de 2011.

² Profesor Agregado de Derecho Penal y Adjunto de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Secretario del Instituto Uruguayo de Derecho Penal (UDELAR). Presidente de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Uruguay.

desafío de sopesar cuestiones materiales, formales y pragmáticas que seguidamente procuraré desentrañar.

2. EL ABOGADO EN EL ESTADO DE DERECHO

Si no hay un pleno Estado de Derecho ya de por sí se desvanece el rol del abogado en su profundo sentido constitucional. Mi intervención no ha de referirse a la extrema situación de las dictaduras o regímenes totalitarios, en los cuales el papel del abogado ha sido deformado o suprimido. En algún momento pensé plantearles principalmente las prerrogativas formales concernientes a la materialidad del ejercicio abogadil consagradas en las constituciones, códigos, leyes y reglamentos de colegios o asociaciones de abogados. Empero, he optado por realizar mi exposición teniendo como referencia al abogado cotidiano, que percibe magros honorarios, le cuesta obtener una importante clientela y lucha denodadamente por sobrevivir. Es, al fin, uno de los más importantes garantes del sistema constitucional y, por ende, democrático de Derecho, que en la cotidianidad deambula por juzgados y tribunales con su portafolio procurando una Justicia de verdad equitativa. Algo tan banal en la abogacía como real y tan frecuente como necesario.

Hay personas que consideran al abogado como un obstáculo en los juicios penales. Lejos de ello, viene al punto enfatizar que no hay proceso sin defensor, ni condena ni condenado sin él, así como de vez en cuando la defensa logra quitar al sistema algún justiciable que podría haber sido condenado injustamente o recibir una pena con más rigor del que merecía. He de ser aún más directo: ¡no hay democracia sin abogados!

Con ese derrotero en mi mente y sabiéndome, además de docente, un abogado que ejerce su profesión, afirmo que la práctica de la abogacía penal es una labor esencial para el desarrollo del Estado de Derecho, porque el curial asiste al justiciable que se ve enfrentado al Estado. Éste actúa por medio del Ministerio Público y, sin duda, pese al mentado principio de igualdad de las partes, suele encontrarse al ciudadano en inferioridad de condiciones. Por tal

razón, la defensa material ha de ser tutelada y debidamente consagrada a fin de lograr la real equiparación de fiscales y abogados, tal como destacó BENTHAM en 1823 al referirse a las *Pruebas judiciales*³.

Viene a mi memoria una situación en que no se cumplían determinados derechos individuales del justiciable al cual defendía, siendo ostensiblemente ignorados e irrenunciablemente debían ser tutelados. En tales circunstancias, expresé que me retiraba de la Sala. Entonces el juez agrandó sus ojos y me dijo: *No Doctor, Usted no se puede ir*. De inmediato le pregunté al magistrado si estaba yo detenido; y prestamente respondió que no. Afirmé que, siendo así, me retiraría. El juez dijo que si me iba no podría procesar al indagado, y le respondí diciendo que, precisamente, asistía al juzgado para procurar que mi defendido no fuese procesado, condenado ni recluido. Mi propósito era que se cumpliesen los derechos del justiciable como garantía de un real Estado constitucional. Arribé obviamente a la conclusión de que, además de desaplicarse el Derecho, para algunas personas (no todas ni cualquiera) el abogado es un mero requisito formal sin más consideraciones.

Restringir y obstaculizar el libre desempeño de la abogacía penal condice con una mirada totalitaria de la sociedad. Es una expresión entre muchas otras de intolerancia, desapego democrático, menosprecio por el Derecho y por las Instituciones jurídicas.

Como se ha podido observar, en algunos países se ha legislado últimamente pretendiendo criminalizar a los abogados que *asistan* a presuntos delincuentes relacionados con lavado de dinero proveniente de la droga, narcotráfico, terrorismo y algunas otras variedades de delitos. Debe rechazarse toda inhibición que se pretenda efectuar al libre y correcto ejercicio de la defensa penal (que es inequívocamente una *asistencia*), pues el abogado se halla plenamente justificado conforme a Derecho por desempeñarse bajo el amparo del cumplimiento de la ley en tanto causa de justificación que elimina la

³ BENTHAM, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Ossorio Florit, Comares S.L., Granada, 2001, p. 153.

antijuridicidad de la conducta de quien ejerce legítimamente esa lícita profesión.

Los buenos juristas, sean abogados, jueces o fiscales, reconocen este tipo de graves violaciones a los derechos individuales y saben que con ellas se pone en serio riesgo la supervivencia del Estado de Derecho. No en vano, Uruguay ha tenido una larga tradición de respeto al Derecho, sin perjuicio de los oscuros años de la dictadura y de las expresiones autoritarias que esporádicamente emergen, las cuales deben ser – sin cavilar – enviadas al averno.

3. CONCEPTO Y ALCANCE DE “ABOGAR”

Abogar significa defender a alguien. Generalmente se asocia con la idea de un juicio. Sin embargo, se aboga por muchas razones sin estar frente a un proceso judicial. La expresión no es sólo jurídica, sino además profundamente social, pues hacerlo en un juicio conlleva – y es bueno esclarecerlo aquí y ahora – no sólo al defensor, sino al Ministerio Público, que lo hace en procura de una correcta resolución jurídica de un conflicto sometido a la justicia de los hombres. Salvo algunos países como Francia, en general el estudiante egresa con el título de Licenciado en Derecho, para después al fin optar por el ejercicio de la defensa, ingresar al Ministerio Público o al Poder Judicial conforme a su vocación. Por tal razón, resalto que los operadores del sistema se formaron juntos en las aulas sin distinción de a qué rubro de la praxis se abocarían luego. Vale decir, que – como puntualizaba Jürgen BAUMAN – son todos juristas con la misma formación académica ⁴.

La abogacía es una noble profesión universitaria de fuerte sentido académico, profundo contenido social e indisolublemente comprometida con la democracia constitucional. Es, además, una profesión lícita, legítima, sometida a estatuto, reglamentada, que en muchos campos requiere especialización para su

⁴ BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, trad. Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 200.

óptimo desempeño y, en definitiva –como he dicho y repetiré–, es fiel dignataria de un sistema liberal de Derecho.

Toda persona tiene derecho a ser bien defendida y a elegir libremente quien lo haga. No debe coartarse la libre elección del defensor, así como el abogado dispone del derecho a la defensa en su más cabal y estricto sentido sociojurídico, pues es su lícita profesión y vocación por la tutela del Derecho.

JESUCRISTO no tuvo abogado ante PILATOS ni en el Sanedrín. Careció de defensa, asesoramiento, patrocinio o asistencia y de contención. Desde aquella perspectiva era tan injusto como innecesario, pues estaba condenado mucho antes de ni siquiera comparecer. Por lo tanto, el Nazareno en esa realidad no requería abogado, porque no había Derecho en ningún sentido de la expresión contemporánea.

Asimismo, traigo a colación *El Licenciado Vidriera*, una de las *Novelas Ejemplares* (1613) de Miguel de CERVANTES SAAVEDRA, la cual toda persona formada en Derecho debe conocer. He seleccionado un pasaje con el que me he sentido identificado. Decía el Lic. RUEDA, luego de recuperar el juicio y cesar de ser el loco Lic. VIDRIERA: *Yo soy graduado en leyes por Salamanca, adonde estudié con pobreza y adonde llevé segundo en licencias: de do se puede inferir que más la virtud que el favor me dio el grado que tengo. Aquí he venido a este gran mar de la Corte para abogar y ganar la vida; pero si no me dejáis, habré venido a bogar y granjear la muerte; por amor de Dios que no hagáis que el seguirme sea perseguirme y que lo que alcancé por loco, que es el sustento, lo pierda por cuerdo* ⁵. Estimo que el gran CERVANTES captó con fineza e inteligencia el papel del abogado, relacionándolo con el *outsider* de la sociedad, criticado y censurado. El citado escritor puso en boca del Licenciado el sentir de muchos abogados que son también estigmatizados injustamente por ganarse lícitamente su sustento dentro del marco jurídico que les ha tocado en suerte.

⁵ CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de, “El Licenciado Vidriera”, en *Obras completas*, M. Aguilar, Madrid, 1946, p. 962.

La verdadera disputa entorno a la cuestión del abogado, defensor, patrocinante, asesor o asistente jurídico ha sido en cuanto al papel que le compete desempeñar en el drama de la vida, cual si fuese una obra teatral shakesperiana en la que los roles están nítidamente asignados. Al abogado le ha tocado en el reparto representar un personaje protagonista de capítulos álgidos en la larga e inconclusa lucha entre el autoritarismo y el liberalismo.

Ha sido trágicamente fundamental *El Directorium Inquisitorum* (1358) del catalán Nicolás EYMERIC (1320-1399), quien era un teólogo dominico que se desempeñaba como implacable Gran Inquisidor en el Reino de Aragón, actuando de fiscal y juez. La obra es un siniestro Código Penal de esa época y representa el lado represor del combate entre una temible *legalidad* –que presumía la culpabilidad en todo momento⁶– y el ejercicio de la libertad. Comenzaba este Manual de los Inquisidores con algo tan gráfico como aterrador: *En materia de herejía se procederá lisa y llanamente, sin griterías de Abogados ni solemnidades en los juicios*⁷. No requiere esto mayores comentarios. Implicaba –según seguidamente relata en dicho libro– la supresión de la defensa y de las garantías básicas de un proceso. Ello evidenciado por la brevedad en los juicios tal como se reclama actualmente (lo que no es necesariamente malo, pero depende de cómo, qué y dónde se abrevian, pues no serían renunciables las garantías), negación de las apelaciones (hoy se plantea la eliminación de ciertos recursos), rechazo de testigos inútiles (implica el abatimiento de prueba), sin obligación de los jueces de seguir cabalmente el orden judicial (supresión del principio de legalidad, como se ve ahora en ciertos ámbitos), eliminación de algunas formalidades de los procesos (también se plantea la cuestión en estos tiempos) y el derecho del juez a omitir formalidades

⁶ La inocencia nunca se presumía ni reconocía, siguiendo la máxima de que una sentencia absolutoria no era un juicio de valor definitivo y podría ser revisada en cualquier momento. El propósito del proceso era obtener por cualquier medio la confesión del inculpado.

⁷ EYMERIC, Nicolás, *El Manual de los Inquisidores* [1358], trad. Amanda Forms de Gioa, Rodolfo Alonso Editor, Buenos Aires, 1972, p. 15. *Simpliciter & de planosine Advocatorum & judiciorum strepitu & figura.*

de Derecho (que podrían viciar todo de nulidad). Esa ha sido una de las tantas expresiones del autoritarismo penal y que, como otras cuestiones, parecen volver sempiternamente sobre la humanidad.

En consecuencia, *abogar* es esencialmente defender a una persona, que puede coincidir en el mismo sujeto o a un tercero. Pero abogar en el campo del Derecho penal trasciende al mero comportamiento de tomar una determinada posición frente a un eventual hecho imputado en la sociedad, pues implica la existencia de una actuación en el campo judicial específico, sin importar que se trate de un indagado, imputado o condenado. La distinción entre esas figuras jurídicas es asunto de relativa importancia frente a la dimensión jurídica de lo que representa el profesional del Derecho que aboga. Éste defiende a la persona de su cliente y su causa, pero a la vez defiende el Derecho en su más cabal sentido conceptual. Así las cosas, el reconocimiento de la injerencia judicial del rol del abogado defensor es determinante para establecer el grado de evolución de la democracia material de un país.

Cuando el abogado parece un simple elemento decorativo de los expedientes o un objeto de inventario de las sedes judiciales, entonces los juicios no están al servicio de la democracia ni cumplen con el anhelado Estado de Derecho. El respeto a la función democratizadora del abogado eleva y prestigia a la Justicia de una Nación y a los demás operadores del sistema penal.

4. AUTORITARISMO VERSUS LIBERALISMO

Históricamente el liberalismo ha combatido las expresiones autoritarias y lo ha hecho a lo largo de los siglos con vehemencia, relativo éxito y fuerte sacrificio en todo aspecto.

En 1631, cuando bajo el reinado de CARLOS V regía la *Constitutio Criminalis Carolina* ("la Carolina"), el teólogo jesuita Friedrich SPEE von LANGENFELD publicó anónimamente en Frankfurt *Cautio Criminalis. Seu*

Processibus contra Sagas Liber (Cautela Criminal. O proceso contra las brujas) ⁸ en reacción y rechazo al oprobio del *Malleus Maleficarum* de Jacobus SPRENGER e Heinrich INSTITORIS ⁹. En dicha obra SPEE censuró la tarea de la Inquisición, indicando que en su labor como confesor de personas sometidas al Santo Oficio constató que se trataba de persecuciones injustas ¹⁰. Con ello dio lugar a un cambio paradigmático hacia la crítica al poder punitivo de esa época, cuestionando la selectividad, la represión y los procedimientos inquisitoriales.

El célebre Marqués de Beccaria, Cesare BONESANA, publicó en 1764 la primera edición de su opúsculo liberal titulado *Dei delitti e delle pene* ¹¹. Debió hacerlo anónimamente en Livorno en vez de su Milán natal, porque esa publicación le podría costar la condena a muerte. Así también emergieron en Alemania las obras liberales de Karl Ferdinand von HOMMEL con sus publicaciones de 1772 y 1784 ¹², al igual que Anselm von FEUERBACH con su

⁸ SPEE VON LANGENFELD, Friedrich, *Cautio Criminalis. Oder Rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse* [1631], Munich, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1985. Versión en inglés, *Cautio Criminalis. Or a Book on Witch Trials*, trad. Marcus Hellyer, Virginia, University of Virginia Press, 2003.

⁹ KRÄMER, Heinrich (Institoris), y SPRENGER, Jacobus, *Malleus Maleficarum* [1487], Hildesheim, Georg Olms Verlag, 1992. Hay ediciones en español: *Malleus Maleficarum (El martillo de los brujos)*, trad. Floreal Mazia, Buenos Aires, Ediciones Orión, 1975; *El martillo de las brujas. Para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa maza*, 2.^a ed., trad. Miguel Jiménez Monteserín, Madrid, Felmar, 1976; *El martillo de las brujas. Para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa maza. Malleus Maleficarum*, trad. Miguel Jiménez Monteserín, Valladolid, Maxtor, 2004; *Malleus Maleficarum. El martillo de los brujos. El libro infame de la Inquisición*, trad. Edgardo D'Elio, Barcelona, Círculo Latino, 2005.

¹⁰ SPEE VON LANGENFELD, Friedrich, *Cautio Criminalis. Oder Rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse*, Introducción, pp. I-X.

¹¹ BONESANA, Cesare, *Dei delitti e delle pene* [1764], ed. facsímil de la original anónima publicada en Livorno en 1764, Unione Tipografico, Turín, 1964. Versión en español, *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Joachin Ibarra, Madrid, 1774.

¹² HOMMEL, Karl Ferdinand, *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen* [1772], Erich Schmidt Verlag, Berlín, 1970. Del mismo autor, *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht* [1784], Olms-Weidmann, Hildesheim, 1998.

Crítica del Derecho Natural (1796) y con el *Anti-Hobbes* (1798), que en realidad era un anti KANT y su fundamental *Manual* (1801) ¹³. En Italia Francesco Mario PAGANO con *Principios del Código Penal* (1803) ¹⁴ y Gian Domenico ROMAGNOSI con su *Génesis del Derecho criminal* (1842) ¹⁵, en España Manuel de LARDIZÁBAL Y ORIBE con su *Discurso sobre las penas* (1782). Varias de las personalidades liberales estuvieron presas, alguno fue ejecutado y, sin duda, tuvieron serios problemas por sus publicaciones libertarias.

En este racconto histórico amerita mencionarse al luqués Francesco CARRARA, especialmente en relación a algunas conferencias publicadas en sus *Opuscoli di Diritto criminali*, en los cuales se vierten sus expresiones más vivas. Así las cosas, en su conferencia inaugural para los cursos de Derecho Penal de 1875–1876 en la Universidad de Pisa se refirió a *El Derecho Penal y el procedimiento Penal*. Allí explicaba el Maestro a los noveles estudiantes sobre lo que hoy se llama la teoría del delito, indicando que se había avanzado notoriamente en los años previos, con una gran revolución ideológica y desarrollo científico en la materia. Decía que los estudiantes de entonces deberían más bien abocarse a trabajar, estudiar e investigar en el terreno del proceso penal, pues existía en Italia un considerable atraso en proporción al

¹³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* [1800], t. II, Scientia Verlag Aalen, Chemnitz, 1966. También, *Anti-Hobbes* [1798], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1967. Versión en italiano: *Anti-Hobbes. Ovvero i limite del potere supremo e il Diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, trad. Mario A. Cattaneo, Giuffrè, Milán, 1972. Asimismo, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1.^a ed., Georg Friedrich Heyer, Gießen, 1801. Versión en español, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, trads. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

¹⁴ PAGANO, Francesco Mario, *Principios del Código Penal* [1803], trad. Eugenio Raúl Zaffaroni, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

¹⁵ ROMAGNOSI, Gian Domenico, *Genesi del Diritto penale*, 3.^a ed., t. I, Milán, Tipografia de Felice Rusconi, 1823. Versión en español, *Génesis del Derecho penal* [1791], Depalma, Buenos Aires, 1956.

gran avance de la Ciencia penal ¹⁶. Ese mensaje lo utilizó Enrico FERRI para sostener que el propio CARRARA había reconocido el fin de la Escuela clásica y, con ello, extendió la partida de defunción de esa línea de pensamiento ¹⁷. Lo cierto es que los *clásicos* fueron denominados como tales desde fuera, y hasta es discutible si constituyó cabalmente una Escuela. Por lo menos se puede consignar que se trató de una Dirección, pero no existió una ordenada coordinación, sino personas o grupos que coincidieron en ideales libre albedristas, aunque en un campo relativamente difuso. Ello sin duda no resta mérito ni acierto a los insignes cultores de estas magníficas ideas.

En la presentación de los cursos de 1862-1863 para la Universidad de Pisa CARRARA se refirió a las vicisitudes del fundamento del Derecho, denunciando la existencia del *tenebroso caserón del viejo Derecho Penal* ¹⁸. Eso está recogido en el volumen I de sus citados *Opuscoli*, tildando al Derecho penal de aquella época como carente de garantías y de no permitir a las personas acceder a la Justicia. Dos páginas después, en la publicación de esa charla, definía al Derecho penal como una *Schifosa scienza*; es decir, un *sucio arte que en tiempos pasados se llamó jus criminale* ¹⁹.

Como se observa, la autocrítica siempre ha estado no sólo en los académicos, también en los prácticos del Derecho penal, y me he detenido un instante en CARRARA porque antes que un excelso catedrático fue un gran abogado y resalto ese aspecto.

Más próximo a la actualidad, un connotado procesalista con vocación por el Derecho penal,

¹⁶ CARRARA, FRANCESCO, "Derecho penal y procedimiento penal", en *Opúsculos de Derecho criminal*, t. V, reimp., trads. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 2000, p. 32

¹⁷ FERRI, ENRICO, *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1887, p. 401.

¹⁸ CARRARA, FRANCESCO, *Opúsculos de Derecho criminal* [1870], t. I, reimp., trads. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 2000, p. 141 (hay otra edición en español con traducción de Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, Arayú, Buenos Aires, 1955).

¹⁹ *Idem*, p. 143.

otros se abocó a este campo, fue Francesco CARNELUTTI. Quien en 1945 publicó *El problema de la pena*, donde expresaba lo extremo de que *para saber si se debe castigar, se debe comenzar por castigar* ²⁰. Por lo cual, acotaba que ésa fue quizá, *la verdad por la cual ha sido conmovida mi fe en el Derecho* ²¹, no sólo en el penal, sino en todo, pues el Derecho es uno solo. No en vano publicó otro libro pasando revista y denunciando *Las miserias del proceso penal* ²². Vale decir que ha habido una fuerte autocrítica desde los grandes juristas en relación a la ostensible distancia entre la Ciencia jurídica y la praxis.

Los citados autores dan cuenta de la sempiterna disputa por abatir el autoritarismo penal y de los avatares de tan dura confrontación. Esa lucha se ha dado en planos diversos. Así, lo académico ha tenido un papel preponderante al momento de procurar erradicar los autoritarismos en el Derecho penal. Igualmente ha acontecido con el ejercicio de la abogacía en el mismo campo. Sin la galanura de los grandes escritores ni la aureola de la cátedra, innúmeros licenciados y doctores han poblado los expedientes judiciales de alegatos profundamente liberales y encendidas defensas de los derechos individuales tendientes a la restricción casuística del tremendo poder punitivo del Estado. Es sabido que una de las misiones del Derecho penal liberal es poner coto al punitivismo, pero hay que decir con voz muy clara que los arietes de esta dura tarea suelen ser los abogados que pululan en los pasillos de los juzgados penales. Una fajina así carga además con el pesado fardo de la incomprensión por parte de mucha gente, pero esto no es óbice de que desde los tiempos de la oprobiosa Inquisición el abogado lograra esporádicamente que algún señalado como hereje fuese exculpado. Es decir, que el éxito del defensor no es el eventual reconocimiento popular ni quizá tampoco la percepción de los bien

²⁰ CARNELUTTI, FRANCESCO, *El problema de la pena*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1947, p. 87.

²¹ *Ibidem*.

²² CARNELUTTI, FRANCESCO, *Las miserias del proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, pp. 39-46.

ganados honorarios, sino la satisfacción de haber hecho lo justo mediante el Derecho, suprimiendo aunque tan solo sea en ese caso el autoritarismo.

5. EL ABOGADO COMO GARANTÍA PARA EL JUSTICIABLE

Aquella repetida afirmación de que el abogado es un auxiliar de la Justicia se ha escuchado hasta el hartazgo, se halla consagrada en diversos textos legales y en Manuales de Derecho, pero no por eso es necesariamente cierta. El abogado no tiene que actuar como auxiliar del juez ni de ningún otro operador del aparato penal. Como señalaba Ernst von BELING, es un auxiliar calificado del inculpado, poseyendo un deber de protección y de tutela al Derecho en relación a su defendido ²³. Y, a fin de cuentas, es también un defensor material del Derecho más allá de jueces y fiscales. Ello no significa que el abogado sea portador de la verdad ni que lleve razón en su argumentación jurídica. Su interpretación y fundamentación del Derecho es tan susceptible de error como la de cualquier otro operador jurídico. También posee una eventual carga subjetiva que supuestamente podrá ser moderada por el juez en función de la actuación del fiscal. El fin del abogado no es la injusticia, ni el apartamiento del Derecho, al igual que fiscales y jueces, sino que se cumpla el Derecho de las personas. Acertadamente planteaba Ángel OSSORIO en su afamado libro *El alma de la toga* (1919) que al aceptar una defensa el triunfo de su cliente es también el de la Justicia, en tanto el cumplimiento del Derecho que le asiste ²⁴. Lo cual debe conllevar el lógico atributo para su ejercicio: la libertad de la práctica profesional ²⁵.

Entiéndase, el abogado es una garantía y un contralor del Derecho. Es un protagonista esencial en el proceso penal que tiene –entre otras– la misión de

²³ BELING, Ernst von, *Derecho procesal penal*, trad. Miguel Fenech, Labor S.A., Barcelona, 1945, p. 112.

²⁴ OSSORIO, Ángel, *El alma de la toga y cuestiones judiciales de la Argentina*, Losada S.A., Buenos Aires, 1940, pp. 41-42.

²⁵ *Idem*, p. 55.

efectivizar la limitación del poder punitivo del Estado a través de la pena. Es él un operador fundamental para restringir el castigo. Si tan solo como hipótesis de trabajo el aparato punitivo se librase de los abogados, no tengo duda que, pese a las buenas intenciones de los demás operadores del sistema, la mal entendida *efectividad penal* crecería tanto como las injusticias en los fallos, pues no habría contrapeso respecto de las requisitorias ni acusaciones fiscales, no se someterían a revisión los fallos, no se limitaría el *imperium* y me permito afirmar que regresaríamos a tiempos tan pretéritos como indeseables e inadmisibles en el Estado de Derecho. Otrora Chile tuvo un Proceso penal en el cual el juez cumplía la función propia y la de fiscal. Allí había abogado, pero no la figura imparcial del juez, pues éste acusaba y fallaba. Por ende, el abogado se transformaba en una suerte de funcionario casi administrativo, por no decir prácticamente un elemento decorativo y para colmo, el juez carecía totalmente de imparcialidad. Actualmente la situación chilena es completamente distinta, dado que posee un sistema procesal plenamente garantista. En fin, como se observa, es necesario que los roles estén debidamente asignados en términos de equidad, tanto en lo formal como en lo material del Derecho, para que ésta sea una realidad social en vez de una tan solo una abstracción.

Aparte de lo expresado, el abogado posee el derecho intrínseco a ejercer su lícita profesión y se le debe garantizar el más cabal cumplimiento de la misma. Esto conlleva la confrontación leal y dentro de lo ético con fiscales y jueces, cuestionando, censurando, objetando, recurriendo, recusando lo que compete conforme al derecho que le asiste y al principio del libre ejercicio de las actividades legítimas que posee en una República regida constitucionalmente.

El justiciable deposita su confianza y se descansa en quien lo representa y defiende materialmente. Ello debe hacerse dentro del marco jurídicamente contemplado a efectos de garantizar el pleno respeto de los derechos de cada ciudadano, pues —como destacó Eberhard SCHMIDT— ha sido un trascendente logro el reconocimiento del acusado como sujeto procesal ²⁶. Es precisamente en

²⁶ SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, trad. José Manuel Núñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 65.

una coyuntura tan importante y grave como la comparecencia ante la Justicia penal que se deben extremar los controles acerca del respeto a los derechos individuales, cumplimiento de las garantías procesales y acatamiento a la norma sustantiva de Derecho. Allí es fundamental el protagonismo del curial del Derecho, quien por esa razón asume el patrocinio legal de un ciudadano. Esa tarea solo puede cumplirse adecuadamente cuando existen consagrados en la ley y se respetan los caminos de que el abogado debe disponer para practicar libremente la defensa. Si esos parámetros básicos no están presentes, entonces el justiciable sometido a un proceso tiene escasas posibilidades de salir indemne de la causa en su contra, más allá de la inocencia o culpabilidad que de veras le incumba.

6. DEFENSA Y EXPANSIÓN PENAL

En cuanto a la vinculación entre la defensa y la mentada *expansión del Derecho penal* cabe consignar que se trata de un tema con una fortísima incidencia, el cual no deja de ser –en definitiva– un fenómeno de la globalización enmarcado en un contexto más grande. Llevado esto al terreno del Derecho penal se manifiesta expandiéndose en ámbitos de riesgo y acarreando aumento punitivo ²⁷. Esto poco tiene de nuevo, salvo el lenguaje y cuestiones básicamente semánticas. Si se revisa puntiliosamente la historia se observará que desgraciadamente el proceso ha sido al revés, dado que la regla ha sido el autoritarismo y su excepción el liberalismo. En efecto, más bien en determinados momentos se ha logrado restringir al dominante punitivismo. Lo que hoy se ubica bajo la denominación *expansión penal* es una regresión a un Estado de mayor presión por parte del sistema penal, el cual ha gobernado mayoritariamente al hombre a lo largo de milenios. En tal extremo, se puede decir que no debiera llamar mayormente la atención. Lo que sí debe hacerlo es que ocurra en momentos en los cuales hay un importante desarrollo de los

²⁷ ALLER, Germán, *Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo*, Carlos Álvarez-Editor, Montevideo, 2006, pp. 122-142. Del mismo, *El Derecho penal en peligro*, BiJuPa, Asunción del Paraguay, 2008, pp. 78-96.

sistemas democráticos y el reconocimiento teórico de las libertades individuales. Es innegable que perdura en parte de la humanidad la tendencia a la represión penal basada en la venganza. Aunque al mismo tiempo hay un reverdecimiento en la idea de la globalización –pero en positivo– de la interesante mirada de Sir Francis BACON cuando con su teoría del cielo en *Descriptio globus intellectualis* (1612) mostraba un mundo que podía abrirse a la cultura ²⁸. Asimismo, la posición de Immanuel KANT a fines del siglo XVIII al tratar los *Principios Metafísicos del Derecho* como una forma de globalización del Derecho ²⁹. Y mucho más reciente en la *Sociedad del riesgo* (1986) del sociólogo Ulrich BECK ³⁰, así como en lo referido a la globalización ³¹. La cuestión de los riesgos ha encontrado eco en el planteo efectuado por Günther JAKOBS a partir de 1985, cuando en su exposición en el Congreso de Profesores alemanes, bajo el título *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, exhibió por primera vez –aunque en aquel entonces sin mayor trascendencia– la cuestión del Derecho penal del enemigo, que cobraría singular auge a fines de los noventa y especialmente en los dos mil ³². El Derecho penal del enemigo es una

²⁸ BACON, Francis, *Teoría del cielo. Descripción del globo intelectual*, trad. Alberto Elena y María José Pascual, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 3 y ss. Cfr. También, ALLER, Germán, *Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo*, p. 83. Del mismo, *El Derecho penal en peligro*, p. 43.

²⁹ KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del Derecho*, Americalee, Buenos Aires, 1943, p. 196.

³⁰ BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986. Versión en español, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.^a Rosa Borrás, Paidós, Barcelona, 1998.

³¹ BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y M.^a Rosa Borrás, Paidós, Barcelona, 2001.

³² JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324. Este artículo es la traducción al español de su ponencia *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* de Frankfurt (1985). Del mismo autor, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIÁ, Manuel, Civitas, Madrid, 2003, pp. 19-56.

mirada del asunto desde la globalización y la sociedad del riesgo, inscribiéndose en el vasto terreno de la expansión penal.

A mayor abundamiento, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ desde 1999 admitió la expansión del Derecho penal y reconoció su pertinencia en diferentes intensidades o velocidades ³³. En las sucesivas ediciones de su libro, precisamente titulado *La expansión del Derecho penal*, fue aumentando su dimensión ³⁴. La expansión ha sido receptada también –aunque sea en forma holística– al asumir la concepción simbólica negativa del Derecho penal, críticamente puesta en evidencia por Winfried HASSEMER en Alemania y por Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA en España ³⁵. Todo lo cual, una vez más denota que permanece vigente, a veces bajo diferentes palabras pero con el mismo sentido, la antigua y nunca superada pugna entre el liberalismo y el autoritarismo.

A mi parecer, el abogado debe luchar contra la expansión autoritaria del Derecho penal. Se observan expresiones de tal entidad en: (a) la creación de más tipos abiertos y parcialmente en blanco, porque algunos se podrán aceptar, pero no la invasión que se ha producido; (b) más pena; (c) responsabilidades penales objetivas; (d) más delitos imprudentes; (e) incremento de omisiones punibles; (f) cargas de vigilancia; (g) posición de garante; (h) superposición de leyes penales; (i) la rechazable delación premiada; (j) el agente encubierto; (k) la provocación del delito por parte de la autoridad; (l) la criminalización y estigmatización que

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 58.

³⁴ *Ídem*, 2.ª ed., 2001, p. 77 y 162-167. También en posterior edición: *La expansión del Derecho penal*, reimp. de la 2.ª ed., B de F, Buenos Aires, 2006, pp. 183-188.

³⁵ HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en AA.VV., *Pena y Estado*, trad. Elena Larrauri, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago de Chile, 1995, pp. 25, 31-32 y 36. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 188. Cfr. ALLER, Germán, “Nuevas formas de selectividad penal”, en *Coloquios penales. Cuestiones dogmáticas, político-criminales y criminológicas*, Carlos Álvarez- Editor, Montevideo, 2011, pp. 191-205.

lejos de disminuir va en aumento; (ll) la inversión del *onus probandi* con el consecuente abatimiento de la inocencia presunta; (m) la caída de las garantías procesales eliminando recursos, reduciendo plazos y creando una *Fast Justice* o justicia rápida (como proponía EYMERICH en la Inquisición); y (n) la baja etaria de la capacidad de culpabilidad. Frente a ello, como se tendrá presente, reformar el valor probatorio de la confesión había sido un gran logro de los sistemas democráticos, bajándole decibeles a la confesión como forma de desalentar los apremios y priorizar otras pruebas de relevancia. Lamentablemente, ahora la confesión y la delación vuelven a reinar en ciertos terrenos (narcotráfico, lavado de capitales, terrorismo, tráfico de armas, etc.).

En ese marco de pérdida para el Derecho liberal resurgen restricciones formales a los regímenes de libertad, siendo más difícil obtener la liberación de una persona pese a que a veces la ley sigue informando lo mismo. Más allá del Derecho positivo, se ha exacerbado el criterio aun en los supuestos en que la ley establece la discrecionalidad reglada para la obtención de la libertad (como la anticipada y la provisional) y otros beneficios, notándose la tendencia a adoptar mano dura. Ello implica que el cambio se ha producido en la mente de los operadores, siendo una mutación de paradigma de corte idiosincrático más que jurídico y, por supuesto, este proceso se enmarca dentro de la hipertrofia penal, inflación y todas las demás expresiones sinonímicas que quepan.

Klaus LÜDERSEN en su libro *El declive del Derecho penal* señala que el Derecho penal liberal nunca ha tenido éxito ni ha existido ³⁶. A mi juicio, desde el punto de vista del ordenamiento positivo, el Derecho penal liberal no se ha impuesto totalmente, sino que hay importantes manifestaciones suyas, así como el propósito de lograrlo y su lucha por incrementarlo. De similar manera que en democracia tampoco hay un completo Derecho penal autoritario, y es preferible suponer que tal extremo no puede existir, pero en cambio se presentan múltiples expresiones autoritarias dentro del sistema democrático que, en mi opinión, socavan el Estado de Derecho. Al decir de Bart KOSKO, nos desplazamos

³⁶ LÜDERSEN, Klaus, *Il declino del Diritto penale*, trad. Luciano Eusebi, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2005, p. 104.

en zonas de un lógica o pensamiento borrosos (*Fuzzy Logic, Fuzzy Thinking*), procurando la supervivencia e incremento del liberalismo, pero conviviendo con expresiones autoritarias ³⁷.

Presenciamos el brote casi fuera de control de un Derecho penal de *prima ratio* en medio de la democracia. Este ritmo penal es cuestionable desde el punto de vista del desarrollo del estricto Estado constitucional de Derecho. Asistimos a un espectáculo en el cual cunde el Derecho penal de máxima expresión que condice con el también incremento del Estado interviniendo en la vida del ciudadano más allá de lo penal y en ámbitos en que no es necesaria una intromisión de ese porte, pues se dirige hacia un nivel de extrema dimensión estatal con mayor presión impositiva, económica, mediática y decisional. En esta dirección es explicable que un Estado así pretenda una superlativa manifestación en el campo de lo punitivo, autojustificando su propia existencia como poder y, en definitiva, demostrando a la población su fortaleza y su seguridad como si esto representase a un sistema constitucional de Derecho, pero entiendo que no es así.

Anthony GIDDENS ha dicho en 1999 y reiterado en 2000 que debe tomarse la globalización en serio y reclamar la limitación del poder, controlando y guiando estos procesos hacia la democracia mundial ³⁸. Si bien esta cuestión no es netamente penal, no por ello deja de ser una manifestación de problemas que inciden fuertemente en el Derecho penal. Concuero con los criminólogos del realismo de izquierda (*Left Realism*) cuando reclaman *tomar la criminalidad en serio*, y al señalar que la cuestión criminal dista mucho de ser el problema mayor de las comunidades ³⁹. Existen otros de superior dimensión en el campo

³⁷ KOSKO, Bart, *Fuzzy Thinking. The New Science of Fuzzy Logic*, , Harper Collins, Londres 1994, pp. 3-17. Versión en español, *Pensamiento borroso. La nueva ciencia de la lógica borrosa*, trad. Juan Pedro Campos, Crítica, Barcelona, 1995, pp. 17-31.

³⁸ GIDDENS, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. Pedro Cifuentes Huertas, Taurus, Buenos Aires, 2000, pp. 85-95.

³⁹ LEA, John, y YOUNG, Jock, *What is to be done about Law & Order? Crisis in the Eighties*, 1.^a ed., Penguin Books, Middlesex, 1984. Posterior edición, *What is to be done about Law & Order? Crisis*

social que conmueven hasta las fibras más profundas de una comunidad, pero que quizá no tengan la misma divulgación mediática aunque fueren más graves. Según lo expresado, baste mencionar en los países temas tales como la vivienda, la hambruna, el trabajo, el salario, la seguridad social, la salud, así como los éxodos y diásporas migratorios. Lo que acontece es que el fenómeno de la criminalidad es visible, representa un enemigo común e identificable al punto de cumplir todos los requisitos para ser un genial producto de marketing político y levantar ampollas en la sociedad.

La expansión punitiva concierne al rol del defensor, pues implica el abatimiento de garantías procesales, incremento de responsabilidades objetivas, creación de tipos penales, aumento y endurecimiento de penas, reducción de beneficios liberatorios, instauración de cargas de vigilancia, delitos abiertos, de peligro abstracto, delación premiada, restricciones a la defensa y, en especial, a los abogados particulares, y además una preocupante lista de construcciones restrictivas dirigidas a una supuesta mayor eficiencia y eficacia penal (que ni siquiera así se alcanza) en desmedro de irrenunciables derechos individuales de los justiciables ⁴⁰.

7. LA RESTRICCIÓN A LA DEFENSA Y AL DEFENSOR

Tengo la convicción de que continúa siendo aplicable lo plasmado en la formidable *Asinaria*. Su autor, el comediante griego PLAUTUS, decía en esta obra de teatro que *el hombre es un lobo para el hombre, porque devora al otro de su especie* ⁴¹. El mismo concepto fue empleado luego por Sir Francis BACON y, más

in the Nineties, 2.^a ed., Pluto Press, Londres, 1993. Versión en español: *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

⁴⁰ ALLER, Germán, *Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo*, pp. 128-129. Del mismo, *El Derecho penal en peligro*, p. 84.

⁴¹ PLAUTUS, Titus Maccius (Plauto), *Asinaria*, II, 4, 88. Versión en español, Plauto, "La comedia de los asnos" [*Asinaria*], en *Comedias*, t. I, trad. Mercedes González-Haba, Gredos, Madrid, 1992, p. 138.

adelante, por Sir Thomas HOBBS pero no en el *Leviathan* (1651), sino en *De Cive* (1642) ⁴². Hoy el hombre crea los mayores riesgos para sí mismo. No es la naturaleza su principal peligro pese a los terremotos, tormentas y tsunamis. Aun así, el hombre mata más personas que estos holocaustos de la naturaleza. Es aplicable lo escrito por Hans WELZEL en el prólogo a la edición en español de su *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, publicado en Argentina (1956), cuando decía que ningún Derecho puede imponer o prohibir algo a meros procesos de la naturaleza ⁴³. Viene al caso del abogado, porque a mi leal entender es natural en las personas defenderse ante quien lo acusa o señala, y esto va más allá de lo creado por el Derecho positivo. De allí proviene que sea un tercero cualificado quien actúe como defensor, y concierne a la naturaleza intelectual del abogado ejercer con convicción y fundamento como esencia de su magisterio. Esto establece el límite y el énfasis en lo que es abogar y lo que no, comparando, cuestionando, aceptando, rechazando, objetando, censurando, criticando, afirmando aquello que otra persona seguramente no estaría en el estado anímico adecuado para llevar a cabo en forma correcta, puesto que lo hace en lugar de ella con una formación específica para tal labor y además reconocida por el ordenamiento jurídico.

Por tanto, hay ciertas cuestiones que levantan ampollas al ver que regresan desde las lejanas llanuras del pasado. Así las cosas, no se debe social ni jurídicamente exigir al abogado que delate, inculpe ni aporte información en contra de su patrocinado, como paulatinamente comienza a verse en estos tiempos en varios países.

No se debe objetar directa o indirectamente al abogado que defiende a quien haya delinquido, por más aberrante que resulte el delito, sea narcotráfico, lesa humanidad, genocidio, terrorismo, lavado de dinero, etc., porque en ese

⁴² HOBBS, Thomas, *Tratado sobre el ciudadano [De Cive]* (1642), trad. Joaquín Rodríguez Feo, Trotta, Valladolid, 1999, p. 2. *El hombre es un dios para el hombre, y el hombre es un lobo para el hombre.*

⁴³ WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. VIII.

caso lo que se está cuestionando es la vigencia del Orden jurídico, ya que el defensor es dignatario del Estado de Derecho.

Tampoco se debe criminalizar al abogado que actúa en el legítimo ejercicio de su profesión, manchándolo de forma infamante e injuriente al acusarlo de que sus honorarios están maculados por provenir de quienes han delinquido o están dubitados por ello ⁴⁴. En multiplicidad de oportunidades el abogado que asiste al delincuente recibe honorarios con dinero que es el fruto del delito. ¿Con qué pagará el ladrón o cualquier otro delincuente económico al abogado que contrata para su defensa? ¿Pedirá prestado a un pariente o amigo? El odontólogo extrae la muela y cobra sus honorarios profesionales sin entrar en mayores consideraciones acerca del origen del dinero del paciente. El abogado defensor vive lícitamente con el dinero que recibe por concepto de legítimos honorarios sin importar de dónde provenga el mismo, al igual que fiscales, jueces y policías justifican sus salarios porque existe la delincuencia. Es una obviedad que no se le puede devolver al abogado esto en términos de imputación delictual, porque es una manera de señalarlo y estigmatizarlo, pero es además una vía para eliminar al justiciable la posibilidad de defenderse mediante el abogado de su confianza. Por si fuera poco, es una forma inconstitucional de coartar el libre ejercicio de la profesión liberal de abogado y, pues viene al caso, de eliminar de un plumazo el sistema de garantías del Estado de Derecho.

En esa línea de rechazo al insistente autoritarismo penal tampoco se debe tolerar ninguna prueba proveniente de la interceptación de la comunicación del abogado con su cliente, sin importar el contenido de la misma, ya que es el inexpugnable reservorio de la libertad y del derecho a la defensa.

Por lo expresado, resulta inadmisibles cualquier prueba de ese tenor y, por otra parte, incluso no debe perderse la perspectiva de que el abogado defiende al ciudadano cuya inocencia se presume hasta la existencia de un fallo

⁴⁴ AMBOS, Kai, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios 'maculados': lavado de dinero*, trad. Dino Carlos Caro Coria, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 7-10.

de condena firme y pasado en autoridad de cosa juzgada. Por ende, raya en el absurdo poner en tela de juicio el origen de honorarios profesionales legalmente generados y en relación a personas que tienen el legítimo derecho a ser defendidas. La cuestión de la presunción de inocencia no es lo medular en este aspecto, dado que –aun ante la certeza de culpabilidad– el abogado tiene igualmente el derecho a defender y a percibir los correspondientes beneficios económicos por ello según lo ampara el ordenamiento jurídico mediante causa de justificación ⁴⁵, así como hasta el mayor de los criminales posee el derecho a ser defendido. Sin embargo, cernir sobre el curial cuestionamiento alguno por el origen del dinero que su cliente le pague es una vez más violar el constitucional principio del derecho a defender y a ser defendido, además de dejarse de lado que la culpabilidad debe ser probada y la inocencia es una presunción de todos los ciudadanos.

Las antes enunciadas restricciones a la defensa evidencian el propósito de eliminar garantías básicas e irrenunciables de los justiciables y de inhibir el trabajo de los defensores. Estos extremos deben ser denunciados y rechazados sin tapujos de ninguna índole para preservar el Estado de Derecho.

8. EL DERECHO PENAL CIENTÍFICO, EL POSITIVO Y LA PRAXIS

Lo hasta aquí relatado me lleva –una vez más– a decir que existen por lo menos tres expresiones navegando bajo bandera del Derecho penal, sin perjuicio de considerar una eventual cuarta puesta de manifiesto en lo mediático, la cual por cuestiones metodológicas no abordaré en esta oportunidad ⁴⁶.

⁴⁵ *Idem*, pp. 27-28 y 37-47. Al respecto, el Código Penal uruguayo consagra en su art. 28 la justificación del cumplimiento de la ley. Dicha causa elimina la antijuridicidad cuando se actúa dentro del ejercicio inherente a la profesión.

⁴⁶ ALLER, Germán, “Política criminal y praxis uruguaya”, en *Coloquios penales. Cuestiones dogmáticas, político-criminales y criminológicas*, Carlos Álvarez-Editor, Montevideo, 2011, pp. 165-166.

En primer término, un Derecho penal científico que es desarrollado en el ámbito académico y de rango dogmático. El cual se caracteriza por tener método, sistema, principios rectores, así como por su constante avance pese también a los serios inconvenientes y cavilaciones que surgen con frecuencia en su seno. En él se analizan la praxis y la jurisprudencia, se construyen las teorías y posee el rasgo de ser radical y crítico.

En segundo término, un Derecho Penal legislado que se consagra en los códigos, las leyes especiales y las dispersas. Las leyes extra código suelen presentar contradicciones, falta de armonía en los principios y en la dosimetría de las penas, siendo generalmente de selectividad negativa, consecuentemente punitivista y carente de dirección dogmática. El Derecho penal positivo a veces se caracteriza por ser franca expresión de políticas criminales represivas, dejando de lado que el legislador en el Estado de Derecho no debe legislar contrariando principios constitucionales. Al decir de Claus ROXIN, el legislador no debe emitir conminaciones penales a su libre disposición, creando una conducta criminal por el solo hecho de que le parezca indeseable sin fundamento jurídico ⁴⁷. Lo expresado, sin perjuicio de los aciertos legislativos que son siempre bienvenidos.

En tercer término, existe el Derecho penal forense, que se da en la praxis cotidiana de los juzgados y tribunales. Éste deambula a veces entre lo científico y lo legislado, pero en otras oportunidades ni siquiera en lo uno o lo otro. Plantea en general un evidente divorcio entre lo que se estudia y discute en las universidades y lo llevado a cabo en las sedes judiciales. La versión negativa de esa praxis condice con el Derecho penal expansivo de máxima expresión, caracterizándose por escasos criterios normativos para la resolución de los casos, recurriendo a criterios naturalísticos de imputación, llegando al grado de lo intuitivo, el subjetivismo y lo discrecional sin orientación dogmática que lo

⁴⁷ ROXIN, Claus, “¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales”, en *Problemas actuales de Dogmática penal*, trad. Manuel Abanto, Ara Editores, Lima, 2004, p. 19. Cfr, ALLER, Germán, “Política criminal y praxis uruguaya”, en *Coloquios penales. Cuestiones dogmáticas, político-criminales y criminológicas*, p. 159.

sustente. Sin duda, hay honrosas excepciones que se destacan en medio de esta problemática, en las cuales los operadores del sistema denotan profundo conocimiento de la ciencia penal bien entendida.

En las hipótesis negativas de un Derecho penal práctico es que se avizoran similitudes con los empresarios o cruzados morales descritos magistralmente por Howard Saul BECKER en 1963 en su libro *Outsiders*, creyéndose verdaderos portadores de la justicia y la verdad en tanto valores absolutos, al punto de estimar que la ley y la ciencia se tornan por momentos obstáculos para los supuestos fines supremos de los que se asumen ejecutores morales ⁴⁸. Por el contrario, el juez y el fiscal son instrumentos de la justicia humana al servicio del hombre, y son ellos a la postre personas formadas en el Derecho de las que se espera la resolución de conflictos normativamente en vez de moralmente.

En esta praxis penal se constatan tres disfunciones. A saber: (a) serios problemas para la interpretación del Derecho; (b) escasa y deficitaria argumentación jurídica; y (c) graves carencias en la fundamentación del Derecho. Viene al punto aclarar que por fundamento de Derecho no alcanza con mencionar la norma o ley aplicable al caso, sino los criterios vinculantes entre el caso y la disposición legal ⁴⁹.

Por eso, entiendo que el abogado tiene un papel esencial y protagónico en la praxis penal. Es uno de sus cometidos velar por que la pena sea —siguiendo a BECCARIA— la menor posible, solo la necesaria, pronta, proporcionada, que no resulte la violencia vindicativa y esté dictada por las

⁴⁸ BECKER, Howard Saul, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, The Free Press, Nueva York, 1963, pp. 147-148. Versión en español, *Los extraños. Sociología de la desviación*, trad. Juan Tubert, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971, p. 137.

⁴⁹ ALLER, Germán, *Dogmática de la acción y 'praxis' penal*, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2009, pp. 184-187.

leyes ⁵⁰, obviamente para quienes son realmente susceptibles de imputación delictual.

9. RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO EN EL ESTADO DE DERECHO

En 1949 uno de los más encumbrados juristas uruguayos, Eduardo J. COUTURE, publicó con la editorial argentina Depalma los diez mandamientos del abogado: Estudia, Piensa, Trabaja, Lucha, Sé leal, Tolera, Ten paciencia, Ten fe, Olvida y Ama tu profesión ⁵¹. Su profundo amor y convencimiento por la abogacía lo impulsó a escudriñar en las más íntimas fibras del abogado, legándonos un verdadero decálogo de lo que implica serlo. Explicaba que la abogacía es arte y política, ética y acción, pues está hecho para el Derecho y no éste para el abogado ⁵². Sabía que el ejercicio profesional en el campo penal conllevaba el contacto con *sórdidos intermediarios*, especulación con la libertad humana, escasa recompensa y la percepción de mendrugos a cambio ⁵³. Si bien el abogado debe conocer el Derecho, ha sido preciso COUTURE al indicar que es impensable dominar el amplio terreno jurídico sin ignorar ninguna de sus disposiciones ⁵⁴. Ello fuerza el deber de estudiar constantemente y, aún así, saberse siempre incompleto, dado que nadie puede afirmar que conozca todo el Derecho. Quizá no se perciba así, pero en buena medida el abogado es también responsable de la Jurisprudencia, puesto que el pensamiento del juez es un *posterius* en relación al *prius* del abogado ⁵⁵. Él debe proponer el Derecho a aplicar y resguardar a su cliente frente al reclamo fiscal. De esa pugna –de cuño leal y ético– ha de

⁵⁰ BONESANA, Cesare, *Dei delitti e delle pene* [1764], p. 104. Versión en español, *Tratado de los delitos y de las penas*, p. 255.

⁵¹ COUTURE, Eduardo J., *Los Mandamientos del abogado*, 2.^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1950, pp. 11-12.

⁵² *Idem*, p. 16.

⁵³ *Idem*, p. 19.

⁵⁴ *Idem*, p. 24.

⁵⁵ *Idem*, p. 29.

provenir el fallo que sentará Jurisprudencia y que, a la postre, eventualmente influya en el Derecho. En buena medida, se da en este oficio que el abogado sea metafóricamente un soldado del Derecho ⁵⁶, trayendo a colación la magnífica obra de Rudolf von JHERING titulada *La lucha por el Derecho* (1872), en virtud de que la imposición del Derecho ha sido –y es– el fruto de una constante, interminable y agotadora lucha que ha generado inmenso sacrificio por parte de innumerables personas a lo largo de las últimas tres centurias ⁵⁷. En efecto, así entendido, el Derecho es un medio y no el fin en el progreso del pensamiento y en la evolución humana. Esto lo diferencia de la Justicia, dado que esta última se torna un fin cuyo medio de acceso es el Derecho positivo ⁵⁸.

Es deber del abogado ser el primer juez del asunto que le es planteado, tal como repetía el insigne civilista Pablo DE MARÍA ⁵⁹. Su percepción de la cuestión será fundamental al momento de esgrimir una defensa o de efectuar una denuncia. En consecuencia, existen pautas éticas al respecto que deben ser estrictamente cumplidas por el curial. En tal sentido, recuérdese a Miguel de UNAMUNO cuando en su libro *El sentimiento trágico de la vida* caracterizaba a la abogacía por poner la lógica al servicio de una tesis a defender, suponiendo siempre una petición de principio y siendo todos sus argumentos *ad probandum* ⁶⁰. Concluía dicho filósofo que la abogacía enseña a desconfiar de la razón, y no la ciencia investigativa ⁶¹. Al respecto, téngase presente lo afirmado por Carlos VAZ FERREIRA en su *Moral para intelectuales* en cuanto a que la defensa plantea

⁵⁶ *Idem*, p. 35.

⁵⁷ JHERING, Rudolf von, *Der Kampf um's Recht*, 4.ª ed., Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung, Viena, 1874, p. 12. Versión en español, *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada y Biesca, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1881, p. 16.

⁵⁸ COUTURE, Eduardo J., *Los Mandamientos del abogado*, 2.ª ed., pp. 35-36.

⁵⁹ Cfr. ROSSI MASELLA, Blas, *Misión del abogado*, Apartado del Rotaruruguay, Año XXIII, n.º 269, Montevideo, setiembre de 1956, p. 5.

⁶⁰ UNAMUNO, Miguel de, *El sentimiento trágico de la vida en los hombres y en los pueblos*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 139.

⁶¹ *Ibidem*.

tesis no necesariamente ciertas ni de hechos conocidos o probados, todo lo cual le llevó a poner en tela de juicio la moral abogadil ⁶².

Seguramente el Derecho penal sea el *Derecho de la sombra*, como expresó CARNELUTTI, pero el mismo jurista agregó que *es necesario atravesar la sombra para llegar a la luz* ⁶³. El término *Advocatus* significa el llamado a socorrer (*vocatus ad*); es ésa su misión y su responsabilidad primera y última dentro del marco del Derecho que le asiste, puesto que a su vez, *cliente* es quien solicita ayuda o auxilio y que en la antigua Roma lo hacía al *patrono*, cuya etimología se refiere al *pater* ⁶⁴. He allí el punto de arranque de la responsabilidad del abogado en cuanto a apadrinar a quien necesita ayuda en una sociedad regida por el Derecho a través de un determinado ordenamiento positivo. La ubicación del indagado o imputado en una causa criminal lo coloca en lo más degradado de la sociedad, en cuanto se pone en tela de juicio haber quizá cometido un crimen. Al defender, el abogado debe patrocinar (*pater*) al cliente y, deseado o no, desciende a ese último peldaño de la sociedad acompañando (*cum pane*: el que comparte el pan) en la *litis*, sabiendo que ello a veces implica soportar cierto grado de humillación por parte de terceros, puesto que el *advocatus*, al decir de los romanos, *postula* el Derecho de su defendido; es decir, pide aquello que hay derecho a tener ⁶⁵.

En esta línea de pensamiento, viene al punto rescatar el pedido efectuado por el romanista Blas ROSSI MASELLA en la segunda Convención Nacional de Abogados celebrada en Salto (Uruguay) promediando los años cuarenta del pasado siglo cuando reclamaba: *Debe reafirmarse el deber profesional de la defensa en el fuero penal que enaltece a la profesión y sirve a la Administración de Justicia* ⁶⁶.

⁶² VAZ FERRERIA, Carlos, *Moral para intelectuales*, Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1957, pp. 52-57.

⁶³ CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, p. 17.

⁶⁴ *Idem*, pp. 40-41.

⁶⁵ *Idem*, pp. 42-44.

⁶⁶ ROSSI MASELLA, Blas, *Misión del abogado*, p. 3.

La responsabilidad del abogado es de considerable entidad, ya que su actuación profesional puede ser decisiva en el resultado de la intervención forense. Esto ha motivado a lo largo de los siglos las más extremas consecuencias. Como guisa, el Fuero Juzgo penaba al abogado que prometía o anunciaba la victoria a su patrocinado ⁶⁷, así como quien acusaba vanamente era luego entregado al acusado absuelto como siervo para hacer con él lo que quisiere ⁶⁸. Por su parte, la Partida III de ALFONSO X “El Sabio” imponía pagar los daños y perjuicios al abogado que aseguraba el triunfo a su cliente ⁶⁹.

En tanto, el Código Penal uruguayo (1934), sin perjuicio de los tipos penales generales aplicables al abogado, consagra específica y curiosamente el prevaricato únicamente para éste, cuando debiera ser —como fue originariamente— una conducta propia de jueces, abarcando *a posteriori* a fiscales y abogados ⁷⁰. En efecto, dentro de los delitos cometidos contra la Administración de Justicia, el Capítulo IV contempla el prevaricato. Allí, el art. 194, bajo el *nomen iuris* “Asistencia y consejo desleal” establece que: *El abogado o procurador, que faltando a sus deberes profesionales, perjudique los intereses de la parte que defiende o represente judicial o administrativamente, será castigado con 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 900 U.R. (novecientas unidades reajustables) de multa e inhabilitación especial de dos a ocho años*. Asimismo, el art. 195 consagra como circunstancias agravatorias especiales: *Que el hecho se haya efectuado por el culpable, mediante colusión con la contraparte. Y que el hecho se haya efectuado en perjuicio de un sujeto sometido a un proceso criminal*. El art. 196. dispone otras

⁶⁷ *Fuero Juzgo o Libro de los jueces cotejado con los más antiguos y preciosos Códices*, Ibarra Impresor de Cámara de S. M., Madrid, 1815, pp. 38-40. Cfr. COUTURE, Eduardo J., *Los Mandamientos del abogado*, 2.ª ed., p. 46.

⁶⁸ *Fuero Juzgo o Libro de los jueces cotejado con los más antiguos y preciosos Códices*, p. 101.

⁶⁹ ALFONSO X, “Partida III”, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. III, 2.ª ed., Antonio de San Martín, Madrid, 1872, título VI, pp. 81-89. Cfr. COUTURE, Eduardo J., *Los Mandamientos del abogado*, 2.ª ed., p. 46.

⁷⁰ El Código Penal de 1889 establecía en los arts. 207, 208 y 211 el prevaricato de los jueces, y en el art. 210 el de los abogados y procuradores. Cfr. BERGSTEIN, Nahum, *Los delitos de prevaricato*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1977, pp. 6-11.

infidencias del abogado o procurador: *El abogado o procurador de una de las partes, que diere consejo, prestara asistencia, o ayudara de cualquier manera en juicio, a la parte contraria, directamente o por interpuestas personas, será castigado con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 500 U.R. (quinientas unidades reajustables) de multa e inhabilitación especial de dos a seis años.* Como se puede comprobar, la conducta punible del abogado debe ser dolosa y, como requisito típico, debe actuar contrariamente al deber profesional, además de ocasionar perjuicio a su defendido ⁷¹.

10. SÍNTESIS

He procurado plantear los mayores inconvenientes que se presentan actualmente en la praxis de la defensa penal. Lógicamente, en cada país o región se dan diversidad de situaciones, pero en términos generales puede observarse que varios de los tópicos aquí esbozados coinciden.

Es preocupante que luego de más de dos mil años de nuestra Era prosigamos tratando de contener y reducir el poder punitivo del Estado. Desalienta tal letargo en la concreción formal y material de dichos cometidos. Empero, se recupera el estímulo cuando al revisar la historia se constatan maravillosos ejemplos de grandes autores, excelsos juristas y abogados tenaces, todos ellos prohombres del Derecho que sostuvieron con fuerza la bandera de la equidad.

No caben dubitaciones al sentenciar el frontal rechazo a toda restricción autoritaria que coarte el libre ejercicio de la lícita defensa material del ciudadano, dado que por su condición de tal le concierne el Derecho.

Culminaré relatando una anécdota de hace dos décadas que es fielmente ilustrativa de lo dicho en esta intervención. En aquella oportunidad junto a un

⁷¹ LANGON CUÑARRO, Miguel, *Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la República Oriental del Uruguay*, t. II, Del Foro, 2010, Montevideo, pp. 289-294. También, CAIROLI MARTÍNEZ, Milton, *Curso de Derecho penal uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, pp. 273-279. Asimismo, BERGSTEIN, Nahum, *Los delitos de prevaricato*, pp. 118-119 y 121-122.

colega aguardábamos en la antesala del juzgado a ser recibidos por el juez de la causa que nos convocaba. Durante más de dos horas de tediosa espera observamos personas que entraban y salían del recinto reservado a jueces y funcionarios. La puerta lucía un cartel que decía *Prohibida la entrada a los Sres. Abogados*. Pasaba gente que vendía café, comestibles, tabaco, etc. También lo hacían los testigos, peritos, policías y otros de quienes ignorábamos su situación, pero continuábamos esperando infructuosamente y, entretanto, conversamos acerca del agravante letrero que nos impedía el acceso, a pesar de que muchos ingresaban, pues el texto era claro en cuanto a que quienes tenían expresamente vedada la entrada eran los abogados. Cambiamos ideas acerca de si sería delito (y cuál) arrancar el alusivo texto, dado que nos resultaba irritante al ver el constate trasiego de tan diversas personas de un lado para el otro sin mayor control y, en cambio, seguir ambos allí tiesos a la espera de un permiso para ingresar que no llegaba más. Después de tanta charla quizá bizantina, opté por arrancar el letrero, doblarlo y guardarlo en el bolsillo de mi chaqueta. Cuando al fin de esa larga tarde un funcionario nos hizo entrar y el juez nos recibió en su despacho, me apresuré a relatarle que había quitado el cartel y a entregárselo, explicando que la razón para ello era que en la puerta de mi despacho no había uno prohibiendo la entrada a los jueces.