

Nicolás Omar Vargas* (Argentina)

Litigios contra la autonomía de la defensa pública: ¿activismo judicial contra la autonomía?¹

RESUMEN

La defensa pública es aquella institución que tiene a su cargo asegurar el derecho a la defensa en el proceso judicial para aquellas personas que no pueden acceder a un abogado. Tanto del derecho internacional de los derechos humanos como del derecho constitucional argentino se desprende que la defensa pública debe ser autónoma. A partir del estudio de dos casos judiciales, este artículo pretende analizar si el activismo judicial fue utilizado para impedir, mediante la judicialización, que procesos de autonomización de la defensa pública sean llevados adelante a partir de planteos contra la constitucionalidad de algunas normas.

Palabras clave: defensa pública; autonomía; activismo judicial.

* Magíster en Derechos Humanos, Universidad Nacional de Lanús. Subdirector y docente de la diplomatura en Derecho Procesal Penal, Universidad Nacional de José C. Paz; docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires. nicolasvargas7@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-0966-3196>.

** Este trabajo surge a partir de la tesis titulada “La autonomía de la defensa pública como generadora de mejores condiciones para el ejercicio del derecho a la defensa en el proceso penal”, presentada para obtener el título de magíster en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, defendida el 13 de abril de 2020 y calificada como sobresaliente por un jurado conformado por los profesores Alberto Filippi, Gabriel Ignacio Anitua y la profesora Florencia Plazas. Agradezco los comentarios realizados por el comité editorial a la primera versión de este trabajo que, sin lugar a dudas, permitieron mejorar la presentación de mis ideas. Sin perjuicio de ello, debo aclarar, como es de rigor, que los errores y las omisiones son de mi exclusiva responsabilidad.

Litigation against the autonomy of public defense: judicial activism against autonomy?

ABSTRACT

Public defense is the institution responsible for ensuring the right to a defense in judicial proceedings for those who cannot have access to a lawyer. Both International Human Rights Law (IHRL) and Argentine constitutional law provide that public defense must be autonomous. Based on a study of two judicial cases, this article analyzes whether judicial activism was used to impede, through judicialization, processes for the autonomization of public defense, based on arguments against the constitutionality of some regulations.

Keywords: Public defense; autonomy; judicial activism.

Verfahren gegen die Unabhängigkeit des öffentlichen Rechtsschutzes: Begrenzung seiner Autonomie durch juristischen Aktivismus?

ZUSAMMENFASSUNG

Der öffentliche Rechtsschutz dient der Gewährleistung des Rechts auf Verteidigung von Personen, denen es unmöglich ist, für ihre Verteidigung vor Gericht selbst aufzukommen. In den Bestimmungen der internationalen Menschenrechte und des argentinischen Verfassungsrechts ist die Autonomie des öffentlichen Rechtsschutzes verbindlich geregelt. Am Beispiel von zwei Gerichtsverfahren befasst sich der vorliegende Beitrag mit der Frage, ob mithilfe des juristischen Aktivismus versucht wurde, auf dem Weg der Judikalisierung die Durchführung von Verfahren zur Stärkung der Autonomie des öffentlichen Rechtsschutzes auf der Grundlage von Beschwerden gegen die Verfassungsmäßigkeit bestimmter Normen zu verhindern.

Schlagwörter: Öffentlicher Rechtsschutz; Autonomie; juristischer Aktivismus.

Introducción

En este trabajo pretendo determinar si el activismo judicial ha sido utilizado en Argentina para frenar, mediante su judicialización, procesos tendientes a dotar a la defensa pública de autonomía. O, dicho en otras palabras, analizar si los procesos judiciales iniciados en dos provincias argentinas –Buenos Aires y Corrientes– para buscar la anulación de leyes que otorgaban autonomía a la defensa pública son casos de activismo judicial.

Antes de entrar en el análisis de ello, me interesa dar cuenta de la importancia de la defensa pública y de los fundamentos que justifican, y hacen necesaria, su existencia en el marco de un Estado de derecho.

Luego, explico qué implica la autonomía de la defensa pública y por qué existe una obligación para los Estados americanos de asegurarla a partir de la jurisprudencia

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Además, intento mostrar cómo esa misma obligación surge de la estructura constitucional argentina.

Más adelante, abordo el análisis de los dos casos mencionados, en los cuales, a través de acciones judiciales, se buscó frenar la implementación de procesos que buscaban dotar de autonomía a la defensa pública. Antes de analizar el devenir de esos casos me interesa presentar las regulaciones que esas provincias le dieron a la defensa pública, para mostrar cuáles son los cambios producidos con la sanción de nuevas leyes en lo que hace a la regulación de la defensa pública y, en particular, a su autonomía. Me parece importante hacer ese análisis porque la sanción de esas leyes fue lo que activó el litigio en ambos casos.

También quiero dar cuenta del origen del activismo judicial y de las discusiones que existen en torno a su definición, poniendo especial énfasis en la distinción que una parte de la doctrina hace entre un activismo judicial que se puede caracterizar como bueno, justo o razonable, y otro que, en contraste, se puede calificar como malo, injusto o irrazonable.

Por último, luego de realizar ese recorrido, haré algunas reflexiones para determinar si los presentados constituyen casos de activismo judicial; más concretamente, de activismo judicial negativo.

1. Algunas ideas acerca de la defensa pública

La defensa pública es la institución que tiene como fin asegurar el acceso a la justicia de aquellas personas que no cuentan con un abogado para hacer valer sus derechos en el marco de un proceso.

En los casos penales, la defensa pública interviene de forma subsidiaria cuando la persona imputada no cuenta con un abogado –que en nuestra región constituyen la gran mayoría de los casos–.

En los procesos civiles, por lo general, la intervención de un defensor se habilita siempre y cuando se cumplan algunos requisitos vinculados a los ingresos y la situación económica de la persona que lo solicita, es decir que se acredite que no cuenta con medios para contratar a un profesional del derecho.

A su vez, también la defensa pública puede asumir la promoción de los derechos de los colectivos vulnerables² que mencionan las Reglas de Brasilia –migrantes, mujeres víctimas de violencia, personas detenidas, entre otros–, litigando por sus

² La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Independencia de los Magistrados y Funcionarios, en su informe del año 2013, exhortó a los Estados a establecer sistemas de asistencia legal que sean eficaces y sostenibles para que las personas vulnerables puedan acceder de forma rápida a los instrumentos para garantizar sus derechos (Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe de la Relatora sobre la independencia de los magistrados y abogados”, 15 de marzo de 2013).

derechos, o también puede crear programas específicos para garantizar el acceso a la justicia de esos sectores.

Asimismo, en algunos lugares se permite que la defensa pública lleve adelante querrelas en casos de interés público en clave de derechos humanos o, incluso, para resguardar los derechos de las personas víctimas de un delito.

No en todas las latitudes la defensa pública ejerce todas esas funciones, ni siempre se hace del mismo modo; la realidad de la defensa pública se configura según su contexto, los medios con que cuenta y sus posibilidades de desarrollo. Otorgarle autonomía a la defensa pública, como más adelante veremos con mayor detalle, tiene un rol central para permitir el desarrollo de la institución.

No se puede perder de vista que existe un deber de los Estados de asegurar la existencia de un servicio de defensa pública que sea operativo y eficaz para asegurar el derecho a la defensa en juicio de cada persona que es sometida a un enjuiciamiento penal.³

Los sistemas de defensa pública también deben asegurar el acceso al litigio por los derechos humanos a los grupos desaventajados; porque no se puede perder de vista que si bien el poder judicial es muchas veces la última instancia institucional con que esos grupos cuentan para hacer valer sus derechos,⁴ la defensa pública es la institución que puede permitirle el acceso a los estrados judiciales.

Ferrajoli⁵ ensaya una serie de fundamentos de tipo teórico y axiológico que justifican la existencia de la defensa pública. Si bien sus argumentos están orientados a la actuación de la defensa en el sistema penal, vale la pena también pensar algunos de ellos en una clave más amplia, teniendo como norte, o si se prefiere como sur, el acceso a la justicia.

Así, Ferrajoli afirma que un primer fundamento se da por la existencia del derecho a acceder a la justicia, derecho que por cierto no puede librarse a las reglas de oferta y demanda del mercado. De ese modo, todas las personas sometidas a un proceso penal –y aquí agregamos todas aquellas que tengan algún conflicto judicial que esté atravesado por alguna cuestión de derechos humanos– que no puedan o quieran nombrar un abogado deben poder contar con un defensor oficial. También indica, como segundo fundamento, que el interés público es uno de los fundamentos de la defensa pública, concretamente para que no condene a personas inocentes, y puede agregarse que por fuera del sistema penal la actuación

³ Stella Maris Martínez, “Defensa pública, derecho del pueblo”, *Revista Pena y Estado* 5, n.º 5 (2002): 56.

⁴ Victor Abramovich, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, *Revista estudios socio-jurídicos*, n.º 9 (2007): 10.

⁵ Luigi Ferrajoli, “Los fundamentos del instituto de la defensa pública”, en *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, coord. por Haydee Birgin y Natalia Gherardi (Buenos Aires: Editorial Biblos, 2006); “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”, en *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia* (Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008).

de la defensa pública es importante para que trabaje en pos del acceso a la justicia y la vigencia de los derechos humanos. Un tercer fundamento está ligado a la igualdad de armas en el proceso penal, dado que para que pueda llevarse adelante la naturaleza cognitiva del proceso penal es necesario que la defensa pueda refutar las hipótesis acusatorias y producir contrapruebas. El cuarto argumento se encuentra en la existencia del derecho a la defensa en juicio, derecho que, no está de más recordar, es reconocido por los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Por último, el quinto fundamento se sostiene a partir de razones de estricta igualdad porque permite que aquellas personas que no pueden costearse un abogado puedan acceder al sistema judicial en igualdad de condiciones que quienes sí pueden hacerlo.

Las ideas compartidas hasta aquí nos permiten ver la importancia que tiene la defensa pública como institución defensora de los derechos humanos que facilita el acceso a la justicia.

2. La autonomía de la defensa pública

La autonomía de la defensa pública, entendida como la independencia funcional en relación con los otros poderes del Estado, debe pensarse desde diferentes ópticas. Para que pueda realizar todos los actos que demanda su función sin limitaciones, la autonomía debe contemplar la fase operativa;⁶ debe incluir también la fase de la gestión para que pueda solicitar informes, acceder a archivos o recolectar pruebas⁷ y, por último, debe considerar el aspecto financiero para que la defensa pueda tener y gestionar sus propios recursos.⁸

La falta de autonomía de la defensa pública implica su dependencia de otro poder del Estado, por lo general del Poder Judicial, o que pertenezca a la misma institución que el Ministerio Público Fiscal y que tanto fiscales como defensores sean conducidos por una misma persona.

Esta situación ocasiona varios inconvenientes; esencialmente, porque la actuación de los fiscales recibe mayor atención que la de los defensores en materia de asignación de recursos, y porque la falta de autonomía impide que la defensa pública desarrolle un perfil institucional propio en función de su misión institucional, que no debe ser otra que la defensa de los intereses de cada una de las personas que asiste.

⁶ Germán José Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, tomo II (Buenos Aires: Editorial Ediar, 2001), 362; Héctor Fix-Fierro y Alberto Abad Suárez Ávila, “Hacia una defensa pública de calidad: El nuevo diseño institucional de las defensorías públicas en las entidades federativas de la República mexicana”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 32 (2015): 182, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000100006&lng=es&tlng=es.

⁷ Fix-Fierro y Suárez Ávila, “Hacia una defensa pública de calidad”, 182.

⁸ Fix-Fierro y Suárez Ávila, “Hacia una defensa pública de calidad”, 183.

La falta de autonomía también puede generar algunos inconvenientes en las personas que se desempeñan en la defensa, los cuales pueden redundar en una mala prestación del servicio. Un ejemplo de ello puede verse en

... el habitual temor de sus agentes a ser pasibles de sanciones disciplinarias por el ejercicio comprometido de su actividad, o de ver recortados o reducidos sus fondos financieros, o de ver interrumpidos sus ascensos o promociones a causa de sus actuaciones. Los distintos modelos de dependencia, pues, incorporan distintas presiones sobre los defensores al momento de ejercer su función y, por tanto, el interés del defendido o defendida dejará de ser su único mandato, de ese modo se fomentan defensas más deficientes, de menor calidad y, muy posiblemente, ineficaces.⁹

La obligación de dotar a la autonomía de defensa pública surge del DIDH. Veamos por qué.

La Corte IDH se ocupó de la autonomía de la defensa pública, enfatizando en un primer momento en la necesidad de la separación entre el órgano acusador y el que defiende, y su vinculación con el derecho a la defensa al afirmar que este derecho “no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza. No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona”.¹⁰

Esta idea ha sido profundizada en los fallos “Ruano Torres” y “Martínez Coronado”, donde se estableció cuáles son las garantías con que debe contar la defensa pública, remarcando su importancia como institución que garantiza el ejercicio del derecho a la defensa en juicio, lo que llevó a la Corte IDH a sostener que “es necesario que la institución defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculpado de un delito a ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio”.¹¹

Para cumplir con ese estándar, los defensores deben ser idóneos, capacitados y deben poder actuar con autonomía funcional.¹²

⁹ Stella Maris Martínez, “La autonomía de la defensa pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz”, *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, n.º 12 (2014): 12.

¹⁰ Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 206, párr. 98.

¹¹ Corte IDH, Caso Ruano Torres vs. El Salvador, Sentencia de 25 de marzo de 2017, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 334, párr. 157; Caso Martínez Coronado vs. Guatemala, Sentencia del 10 de mayo de 2019, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 83.

¹² Corte IDH, Caso Ruano Torres vs. El Salvador, Sentencia de 25 de marzo de 2017, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 334, párr. 157; Caso Martínez Coronado vs. Guatemala, Sentencia del 10 de mayo de 2019, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 83.

En resumen, no puede perderse de vista que si bien la defensa pública es un servicio público o una función estatal, debe gozar de la autonomía funcional suficiente para ejercer con la debida diligencia sus funciones de asesoramiento en función del interés que defiende.¹³

Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su informe final relativo a la Argentina, del 22 de marzo de 2010, sostuvo en su Observación N.º 20:

... nota con preocupación que, pese a que un alto porcentaje de personas detenidas y procesadas no cuenta con defensor de su elección y debe utilizar los servicios de la Defensoría Pública, ésta no cuenta con los medios necesarios para proporcionar en todos los casos una asistencia jurídica adecuada. Nota igualmente que, pese a lo previsto en el artículo 120 de la Constitución, la autonomía funcional y presupuestaria de la Defensoría Pública respecto de la Procuraduría no está garantizada en todo el territorio nacional, lo que tendría un impacto negativo en la calidad de los servicios prestados por aquélla. (art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

El Estado parte debe tomar medidas encaminadas a asegurar que la Defensa pública pueda proporcionar, desde el momento de la aprensión policial, un servicio oportuno, efectivo y encaminado a la protección de los derechos contenidos en el Pacto a toda persona sospechosa de un delito, así como a garantizar la independencia presupuestaria y funcional de este órgano respecto de otros órganos del Estado.¹⁴

El mismo organismo ha insistido en la necesidad de dotar a la defensa pública de autonomía y recursos suficientes, en el informe final relativo al 117º periodo de sesiones, que tuvo lugar entre el 20 de junio y el 15 de julio de 2016, donde se indicó, en las observaciones 33 y 34, que:

33. El Comité reitera su preocupación expresada en sus observaciones finales anteriores... respecto a la falta de autonomía funcional y presupuestaria de la Defensoría Pública, lo cual afecta en la calidad de los servicios prestados. Al Comité le preocupa que la Defensoría Pública Federal, como las provinciales, no cuenten con recursos suficientes para la plena ejecución de sus mandatos (art. 14).

34. El Estado parte debe intensificar sus esfuerzos para asegurar que la Defensa pública Federal y las Provinciales dispongan de los recursos necesarios, así como autonomía funcional y presupuestaria respecto a los otros

¹³ Corte IDH, Caso Ruano Torres vs. El Salvador, Sentencia de 25 de marzo de 2017, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 334, párr. 163.

¹⁴ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Observaciones finales. Examen de los informes presentados por los Estados parte con arreglo al artículo 40 del pacto aprobado durante el 98º periodo de sesiones, 8 a 26 de marzo de 2010, Nueva York.

organismos del Estado, para poder desempeñar sus funciones eficazmente, en todas las regiones del país.¹⁵

Otros organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH),¹⁶ la Organización de los Estados Americanos (OEA)¹⁷ y el Mercado Común del Sur (Mercosur)¹⁸ también se han pronunciado a favor de la autonomía de la defensa pública.

Además, el caso de Argentina, la obligación de dotar a la defensa pública de autonomía no solo surge del DIDH, sino que también es una obligación emergente de su diseño constitucional.

¹⁵ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 40 del pacto durante el 117° periodo de sesiones, 20 de junio al 15 de julio de 2016.

¹⁶ Los Estados deben otorgar “en su legislación interna, autonomía funcional, administrativa y financiera a los sistemas de defensa pública, procurando la igualdad funcional con la Fiscalía y la estabilidad laboral de los defensores públicos. De forma tal que la defensa pública tenga la misma capacidad institucional de gestionar los procesos que la Fiscalía” (CIDH, “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”, p. 25); en otro informe, el mismo organismo ha dicho: “la Comisión considera que se deben evitar adscripciones a otros órganos de justicia o poderes del Estado que podrían poner en juego la objetividad con que actuara el defensor público frente al proceso y, en consecuencia, afectar el derecho a una defensa adecuada, marcando una severa diferencia entre quienes pudieran sufragarse asistencia privada y quienes fueran asistidos por la asistencia gratuita del Estado. Así, por ejemplo, para la CIDH en principio no resultaría aceptable que la Fiscalía pudiera ejercer presiones o instrucciones sobre la defensoría pues es su contraparte en un proceso. Asimismo, no resultaría recomendable que la defensoría pública estuviera subordinada al Poder judicial ya que será un juez o jueza quien decida finalmente la controversia en la que interviene el defensor” (CIDH, “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II, 5 de diciembre de 2013).

¹⁷ OEA, “Promoción y protección de derechos humanos”, aprobada en la sesión plenaria, 28 de junio de 2019, Resolución AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18); “Promoción y protección de derechos humanos”, aprobada en la cuarta sesión plenaria, 5 de junio de 2018, Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16); “Promoción y protección de derechos humanos”, aprobada en la segunda sesión plenaria, 14 de junio de 2016, Resolución AG/RES. 2821 (XLIV-O/14); “Hacia el fortalecimiento y la autonomía de la defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia”, aprobada el 4 de junio de 2014, Resolución AG/RES. 2801 (XLIII-O/13); “Hacia la autonomía de la defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia”, aprobada el 5 de junio de 2013, AG/RES 2714 (XLII-O/12) por AG/RES. 2801 (XLIII-O/13); “Defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad”, aprobada el 4 de junio de 2012 (Resolución AG/RES. 2714 (XLII-o/12) y “Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores oficiales”, aprobada el 7 de junio de 2011, Resolución AG/RES 2656.

¹⁸ Mercosur, Recomendación 01/12, adoptada el 29 de junio de 2012; recomendación 3/17, “Defensa pública oficial y su fortalecimiento como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”, adoptada el 20 de julio de 2017, y comunicado conjunto con motivo de la LI reunión del Consejo del Mercado Común en la ciudad de Brasilia el 21 de diciembre de 2017.

La Constitución Nacional (CN) adoptó el sistema federal, lo que implica, en lo que aquí nos interesa, que cada provincia organiza su sistema de administración de justicia, crea sus instituciones judiciales y sanciona sus códigos de procedimiento. A partir de ello, cada estado provincial debe organizar su sistema de defensa pública, pero no puede hacerlo de cualquier modo, sino que, como hemos visto, debe respetar las pautas que surgen del texto constitucional de acuerdo con las cuales la defensa pública debe ser dotada de autonomía y autarquía.¹⁹

Sin lugar a dudas, el diseño del federalismo argentino –que como cada federalismo tiene sus propias particularidades– es un factor que complejiza la situación, en tanto se interseccionan cuestiones que hacen a la autonomía de las provincias y el modo en que organizan sus instituciones con cuestiones vinculadas al respeto de los principios contenidos en la CN. Como imaginará el lector, se trata de un terreno no exento de tensiones e incluso de contradicciones.

Si bien hasta ahora la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) no tuvo oportunidad de resolver ningún caso donde se discuta la adecuación de un servicio público provincial de defensa pública a las pautas de la Constitución Nacional, sí lo ha hecho en otros casos donde existía una contradicción entre una norma provincial y las pautas de la CN en lo que hace a la organización del sistema de administración de justicia.

Así, en un caso declaró inconstitucional el nombramiento de tres jueces realizado en forma de comisión y de manera directa por el Poder Ejecutivo de una provincia sin que interviniera el Poder Legislativo para dar acuerdo como lo exige la CN;²⁰ en otro caso declaró inconstitucional un artículo de una constitución provincial que establecía la edad de jubilación de los jueces a los 65 años de edad, cuando la CN permite que sigan en sus funciones hasta los 75;²¹ y en otra oportunidad afirmó que los salarios de los jueces no pueden ser indexados por un estado provincial porque ello lo impide la garantía de intangibilidad de los salarios prevista en la CN.²²

De ese modo, desde el regreso de la democracia en 1983, se ha ido afirmando una línea jurisprudencial que ha ido impugnando aquellas normas y disposiciones provinciales –incluidas algunas contenidas en sus textos constitucionales– que no

¹⁹ “Art. 120. El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones” (CP).

²⁰ CSJN, “Recurso de hecho deducido por los actores en la causa Sueldo de Posleman, Mónica R. y otra s/acción de amparo – medida de no innovar – inconstitucionalidad”, *Fallos* 310:804.

²¹ CSJN, “Iribarren, Casiano Rafael c/Provincia de Santa Fe s/acción declarativa”, *Fallos* 332:1253.

²² CSJN, “Chiara Díaz, Carlos Alberto c/ Estado provincial s/ acción de ejecución”, resuelta el 7 de marzo de 2006.

respetaban los principios, los derechos, las garantías y la forma de gobierno establecida por la CN,²³ entre las que se encuentran las que hacen a la organización de los sistemas de administración de justicia.

A partir de ello, puede afirmarse que “la autonomía e independencia de la defensa pública no es una mera opción organizativa que las legislaturas locales pueden dejar de lado, sino una exigencia ineludible a la hora de aplicar la teoría republicana en el marco de la organización –en clave constitucional– de la administración de justicia.”²⁴

Esto no implica, de ninguna manera, que las instituciones provinciales deban ser un calco o una copia de las previstas en la CN, pero sí que en esa búsqueda de la unidad en la diversidad que implica el federalismo argentino,²⁵ los estados provinciales deben respetar los lineamientos que brinda la CN, entre los que se encuentra dotar a la defensa pública de autonomía y autarquía.

3. Algunas notas sobre los orígenes y la definición del activismo judicial

Algunos antecedentes del activismo judicial pueden verse en intervenciones de órganos judiciales –los tribunales durante la república de Weimar y el tratamiento selectivo que hacían de la violencia política según fuera de izquierda o derecha, la suprema corte de Estados Unidos buscando anular las regulaciones establecidas a partir del *new deal* o el Tribunal Supremo de Chile bloqueando los procesos de nacionalización iniciados durante la presidencia de Allende–²⁶.

En Argentina, se puede decir que el activismo judicial comenzó a tener presencia en la judicatura a partir del regreso de la vida democrática, es decir, a mediados de los años ochenta. La vuelta a la vida democrática en un país que históricamente se caracterizó por la movilización de la sociedad civil y la existencia de una conciencia muy arraigada en torno al ejercicio de los derechos y la justicia social, sumado a la jerarquización de los instrumentos del DIDH –que a partir de la reforma

²³ Alberto Spota (h), “Las constituciones de provincia y el control de constitucionalidad”, en *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencia*, dir. Daniel Sabsay (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009), 280.

²⁴ Diego Lucas Fernández, “La autonomía de la defensa pública como existencia republicana en el derecho constitucional argentino”, en *Por una agenda progresista para el sistema penal*, coord. por Fernando Gauna Alsina (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014), 179.

²⁵ En su voto conjunto en el fallo “Chiara Díaz”, los jueces Zaffaroni y Lorenzetti sostuvieron que las provincias deben respetar la sustancia de los principios de la Constitución, pero que ello no es un impedimento para que, por la esencia del federalismo, las provincias ensayen su propia búsqueda para diseñar, mantener y perfeccionar sus sistemas de administración de justicia locales, agregando que muchas veces los desarrollos del constitucionalismo local o provincial terminan siendo una fuente para el constitucionalismo nacional.

²⁶ Boaventura de Sousa Santos, *Construyendo las epistemologías del sur, antología esencial* (Buenos Aires: Clacso, 2018), 135.

constitucional de 1994 pasaron a tener el mismo nivel que la CN-, han permitido que se desarrolle el activismo judicial; si es que se lo define como aquellas acciones y decisiones judiciales que buscan, al adoptar medidas o utilizar criterios novedosos, hacer efectivos los derechos fundamentales.

Se puede afirmar que tal como existe un activismo judicial que puede considerarse justo o razonable, existe otro que puede ser caracterizado como irrazonable o injusto²⁷ –de hecho, en Europa, según Atienza, se utiliza la expresión para referirse a aquellos jueces que no hacen su trabajo como corresponde²⁸–.

Entonces, mientras el activismo justo es aquel que brinda amplias garantías, crea derechos, dicta sentencias como modelo social o señala a los otros poderes públicos la necesidad de ciertas reformas legislativas, el activismo injusto legitima en forma acrítica el accionar gubernamental, convalida normativa de emergencia o los excesos del poder, o impide el avance de procesos que tienden a buscar la satisfacción de derechos.

Así las cosas, no existe una definición en un único sentido de lo que implica la acción desplegada por el activismo judicial, sino que se puede considerar como justo o injusto según la finalidad con que es desplegado. Por ello, se ha afirmado que el activismo judicial no es bueno o malo *per se*, sino que debe ser evaluado en función de sus méritos sustantivos.²⁹

4. Litigios contra la autonomía de la defensa pública

En este apartado presentaré los dos casos en los que a partir de acciones judiciales se buscó frenar procesos de autonomización de la defensa pública en dos provincias, Buenos Aires y Corrientes.

Antes de entrar en el análisis de cada uno de los litigios, voy a presentar las particularidades de los modelos de defensa pública en esas provincias. Como los litigios se activaron a partir de reformas legislativas –una nueva ley en un caso y una reforma a la Constitución provincial en el otro– que buscaban dotar de autonomía a la defensa pública creo necesario dar cuenta de los cambios que implicaban la sanción de esas normas y cuál era la situación de la defensa pública antes, siempre teniendo como eje de análisis a la autonomía. Este recorrido permite conocer el contexto en que surgieron las reformas y entender cuál era su finalidad.

También presentaré el desarrollo de ambos casos. No quiero realizar un análisis pormenorizado de cada una de las cuestiones allí discutidas –sería imposible en

²⁷ Patricio Alejandro Maraniello, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, *Revista Pensar en Derecho* 1, n.º 1 (2012): 129 y 130.

²⁸ Manuel Atienza, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, s. f., <https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938>.

²⁹ Gabriel Ignacio Anitua, *La justicia penal en cuestión, aproximación genealógica al poder de juzgar* (Madrid: Editorial Iustel, 2012), 125.

un trabajo de esta naturaleza—, sino que pretendo mostrar cómo fue el recorrido de cada uno de los litigios y su resolución.

4. 1. El caso de la provincia de Buenos Aires

4.1.1. *La reforma constitucional de 1994 y la Ley 12.601*

Si bien en el año 1994 la Constitución provincial fue reformada, al igual que la CN, no se realizó ninguna modificación en lo que hace a la situación del Ministerio Público, es decir, se lo mantuvo dentro de la órbita del Poder Judicial y bajo la conducción de un procurador general que es jefe tanto de los fiscales como de los defensores y ejerce la superintendencia de acuerdo con el artículo 189 de la Constitución provincial.

En 1997 se sancionó la Ley 12.061. Esta ley, que ha sido la primera dedicada en forma exclusiva a regular al Ministerio Público en la provincia de Buenos Aires, ha reestructurado dicho ministerio para ponerlo en sintonía con el código procesal penal acusatorio que entró en vigencia en 1998 en Buenos Aires;³⁰ aunque como sostiene Harfuch, a quien le asiste la razón, para que verdaderamente se adecue a los estándares del proceso penal acusatorio la reforma constitucional provincial debería haber creado la figura del defensor general ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia (SJCBA) para que coordine a la defensa pública.³¹

La ley, además de ser criticada por la ubicación institucional que le dio a la defensa pública, también lo fue por establecer, en su artículo primero, que los fiscales, defensores y asesores de incapaces actúan en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones legales y constitucionales. Esta definición choca de frente con la misión de la defensa pública que no debe ser otra que la tutela de un interés exclusivamente individual vinculado al derecho a la defensa en juicio; o como ha dicho la Corte IDH, asesorar según su mejor juicio profesional y en atención a los intereses del imputado.³²

4.1.2. *La Ley 14.442*

La Ley 14.442 vino a sancionar un nuevo régimen para el Ministerio Público bonaerense, estableciendo que si bien continúa formando parte del Poder Judicial y el

³⁰ Carlos Pettoruti, *Ley orgánica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires* (Buenos Aires: Scotti Editora, 2001), 9.

³¹ Andrés Harfuch, “Principios, instrucciones y organización de la defensa pública”, *Revista Pena y Estado* 5, n.º 5 (2002): 69.

³² Corte IDH, Caso Ruano Torres vs. El Salvador, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 303, párr. 163; Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 114, párr. 48.

procurador general es su cabeza y quien ejerce las funciones de superintendencia (art. 20), el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa actúan como áreas funcionalmente autónomas (arts. 2 y 3). Esta idea fue reforzada en el artículo 4 donde se estableció, en virtud del principio de autonomía de la defensa pública, que goza de autonomía funcional, independencia técnica y autarquía financiera.

Además, en el tercer inciso del artículo 10 se crearon las figuras del defensor y subdefensor general de la provincia de Buenos Aires, y se establecieron las principales funciones del defensor general: fijar las políticas generales del Ministerio Público de la Defensa y controlar su cumplimiento, pudiendo dictar resoluciones para ello; asignar funciones de defensores departamentales adjuntos a los defensores oficiales que a tal efecto proponga cada defensor departamental; sostener los recursos interpuestos ante la Suprema Corte por el Ministerio Público de la Defensa, y recurrir ante la CSJN cuando lo estime pertinente; intervenir en todas las causas que lleguen a la Suprema Corte de Justicia para las que se encuentre legitimado y dictar reglamentos y resoluciones que hagan al funcionamiento de los órganos que integran el Ministerio Público de la Defensa.

Si bien la sanción de esta norma no implica la autonomía absoluta de la defensa pública, en tanto sigue dependiendo del procurador general para las cuestiones de superintendencia (excluyendo aquellas situaciones que afecten el normal desempeño e independencia de la función de defensa, el debido proceso y la garantía de defensa en juicio), o de la Suprema Corte de Justicia para realizar nombramientos de personal, representa un avance en lo relativo al fortalecimiento de la defensa pública bonaerense³³ y un mayor nivel de autonomía que el que tenía antes de la sanción de la Ley 14.442.

4.1.3. El litigio por la implementación de la Ley 14.442

Ante la sanción de la mencionada Ley 14.442, la entonces procuradora general de la provincia interpuso una acción judicial ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCJBA), donde solicitaba que se declarara la inconstitucionalidad de la ley porque entendía, por un lado, que la norma fue sancionada sin la suficiente deliberación en la legislatura provincial y, por otro, consideraba que si bien el fin de la norma es loable, contradecía al artículo 189 de la Constitución provincial porque las competencias en materia de superintendencia son privativas del procurador general.

De ese modo, la procuradora entendía que para que existiera un Ministerio Público Fiscal y un Ministerio Público de la Defensa se debía reformar la Constitución provincial. También planteaba como un problema la ausencia de normas de transición hasta tanto entrara en vigor la nueva norma. Por ello, solicitó que se

³³ Martínez, “La autonomía de la defensa pública”, 19.

suspendiera la vigencia de la ley mediante una medida cautelar de no innovar hasta tanto se resolviera el litigio sobre su constitucionalidad.

En la primera resolución adoptada³⁴ se decidió, como medida cautelar, suspender la vigencia de la ley. Más allá de que se aclaró que no se trataba de una medida cautelar, claramente se advierte que la resolución adoptada tiene las características propias de una medida de ese tipo.

La decisión fue adoptada por una mayoría de cuatro jueces de los siete que integran la Suprema Corte provincial. El primer voto fue suscrito por los jueces Negri, de Lazzari y Domínguez, quienes decidieron que las facultades establecidas por la Ley 14.442 deben ser ejercidas por el procurador general por ser la cabeza del Ministerio Público y el titular de la superintendencia hasta tanto se resuelva por la ausencia de disposiciones transitorias. Esta resolución, para los jueces, no implica resolver la medida cautelar, sino que se adoptó porque era necesario dar adecuada certeza ante una situación que podía comprometer la regular prestación del servicio de justicia. En su voto concurrente, la jueza Hilda Kogan arribó a la misma conclusión que sus colegas y, además, agregó que la procuradora general debía conservar la superintendencia porque así lo dispone el mencionado artículo 189 de la Constitución provincial y la propia Ley 14.442.

Los tres jueces que, en minoría, decidieron no hacer lugar a la suspensión de la entrada en vigencia de la ley, aportaron sus fundamentos en votos por separado.

El juez Soria consideró que en este caso no existía peligro en la demora para hacer lugar a la medida cautelar. Puntualmente, enfatizó que el hecho de que los nuevos cargos creados (defensor general y subdefensor general) recién asumen sus funciones una vez que entren en funcionamiento los organismos, demuestra que no existe el mentado riesgo en la transición de una norma a otra ni tampoco hay riesgo de que no haya continuidad en el ejercicio de la defensa pública.

El juez Hitters también se inclinó por rechazar la medida cautelar. De este voto vale la pena mencionar que trae a colación los diversos pronunciamientos de organismos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos de la ONU o la Asamblea General de la OEA, que recomiendan a la Argentina que la defensa pública goce de independencia y autonomía funcional para garantizar el derecho al acceso a la justicia, situación que desacredita la verosimilitud en el derecho planteada por la procuradora general para suspender la vigencia de la ley.

Por último, el juez Pettigiani también se inclinó por desestimar la medida cautelar entendiendo que no se configura la verosimilitud en el derecho, aunque por la ausencia de disposiciones tendientes a regular la transición entre una norma y otra resolvió que, hasta tanto se sustancie el litigio, el procurador general debe ejercer las funciones asignadas al defensor general.

³⁴ SCJBA, “Procuradora general de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad de ley 14.442”, resuelta el 11 de marzo de 2013.

De ese modo, la SCJBA suspendió la vigencia de una norma que si bien no aseguraba la plena autonomía e independencia de la defensa pública era un avance con relación a la situación existente en forma anterior a la sanción de la norma.

4.1.4. La resolución del litigio por la autonomía de la defensa pública bonaerense

El 29 de mayo de 2019, la SCJBA finalmente resolvió el fondo del litigio. La Suprema Corte decidió ratificar la constitucionalidad de la Ley 14.442,³⁵ desechando tanto los planteamientos relativos a la falta de deliberación suficiente en el momento de la sanción de la ley como aquellos que objetaban la constitucionalidad de la norma por contradecir el artículo 189 de la Constitución bonaerense, que son los que analizaré aquí.

Una primera idea que surge del fallo es que la Ley 14.442 es un eslabón más en la evolución de la legislación bonaerense sobre la defensa pública. De ese modo, se ha ido avanzando en un proceso de constitucionalización de la defensa pública que da cuenta de su progresiva consolidación, siendo la Ley 14.442 “el jalón principal del ciclo regulatorio en la materia”. Este dinamismo en la configuración de la defensa pública está asociado al hecho de que la institución está vinculada al respeto de una garantía fundamental como es el derecho a la defensa en juicio.

Una segunda idea es que para cumplir con los requerimientos del sistema acusatorio es necesario adecuar las estructuras del Ministerio Público porque el derecho penal exige una división clara y precisa de roles entre las tareas del imputado y su defensor, del fiscal y del juez. Particularmente, se ha hecho hincapié en el hecho de que la norma promueve un nuevo equilibrio entre la parte acusadora y la defensa.

Un tercer aspecto del fallo por destacar es el análisis de las cuestiones de superintendencia, que de acuerdo con la SCJBA comprenden diferentes cuestiones como la actuación presupuestaria, la organización y distribución del trabajo interno, el mantenimiento de la estructura edilicia, la contratación de servicios e insumos, la suscripción de convenios de colaboración con instituciones públicas o de la sociedad civil, la administración del personal, la representación de la institución ante los otros poderes públicos o el ejercicio de potestades reglamentarias. En resumen, todo lo que hace al gobierno de la institución.

Sobre este aspecto, y vinculado a lo mencionado sobre la reforma procesal penal,³⁶ la SCJBA ha entendido que:

³⁵ SCJBA, “Procuradora general de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad de ley 14.442”, resuelta el 29 de mayo de 2019.

³⁶ Un estudio sobre el ejercicio de la defensa en el sistema acusatorio y las continuidades que existen en relación con el proceso inquisitivo en el proceso penal bonaerense puede verse en Nicolás Vargas, “La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo

... la reforma procesal penal, en tanto puso en marcha el sistema acusatorio hizo evidente la necesidad de profundizar la diferenciación de los roles entre acusación y defensa públicas y de adecuar la organización administrativa del Ministerio Público [...] [de ese modo], la idea de potenciar la administración de la defensa viene determinada en cierta medida por la preeminencia cuantitativa y la consideración pública de los asuntos penales.

De ese modo, darle cierta autonomía a la defensa pública bonaerense es necesario para que pueda cumplir con sus funciones y pautas de actuación específicas: representación diligente y leal, independencia técnica, confidencialidad y secreto profesional, trato respetuoso y responsabilidad profesional; pautas que dan sentido al servicio de la defensa pública y permiten asegurar la efectividad de las garantías inherentes al debido proceso.

En cuarto lugar, se hizo un repaso de aquellos precedentes del DIDH –que han sido presentados en este trabajo en el capítulo relativo a la defensa pública– indicando que a la luz de este el texto de la Ley 14.442 no merece reparos porque “está embebido de los principios afirmados por los distintos órganos rectores del sistema internacional y regional de derechos humanos”. Esta mención es importante porque, como hemos visto, al momento de suspenderse la vigencia de la Ley 14.442, los argumentos relativos a la necesidad de asegurar la defensa pública como una obligación emergente del DIDH habían sido dejados de lado, con excepción del voto del juez Hitters.

En quinto y último lugar, se ha afirmado que la Ley 14.442 es coincidente con la finalidad establecida por el artículo 120 de la CN, y se remarca que si bien la regulación de los institutos procesales y de los órganos judiciales pertenece al campo de materias legislativas reservadas por las provincias, la normativa que ellas sancionen debe ser congruente con los principios constitucionales.

Si bien discrepo con el hecho de que la Ley 14.442 cumple con todos los estándares constitucionales y del DIDH por los motivos que ya indiqué al analizar su texto, no puedo dejar de decir que esta ley representa un paso más en la construcción de una defensa pública bonaerense autónoma, así como también, que debe valorarse la decisión tomada por la SCJBA por ser un aporte en ese sentido.

Ante el dictado de la sentencia por parte de la SCJBA, el actual procurador general de la provincia de Buenos Aires interpuso un recurso extraordinario para que la CSJN revise la sentencia, cuya admisibilidad aún no ha sido resuelta. Sin perjuicio de ello, me animo a aventurar que la CSJN va a terminar teniendo la última palabra.

entre procesos acusatorios e inquisitivos”, *Revista Brasileira de Direito Processual* 6, n.º 1 (2020): 329-360.

4.2. El caso de la Provincia de Corrientes

4.2.1. *El modelo de la Constitución de 1993 y el Decreto 21/00*

En Corrientes, de acuerdo con lo prescrito por el Decreto Ley 21/00 –sancionado durante la intervención federal³⁷ que tuvo lugar en esa Provincia–, el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial.

Este Decreto Ley, que es reglamentario del texto aprobado por la Convención Constituyente de 1993, en sus considerandos sostiene que el Ministerio Público tiene tres ramas: el Ministerio Público Fiscal que se ocupa de la persecución penal, el Ministerio Pupilar cuya función es la defensa de menores e incapaces y el Ministerio Público de la Defensa cuya misión es la defensa de pobres y ausentes.

Además, allí también se afirmó que la existencia de un sujeto procesal que acusa y la de otro que resiste la imputación hace necesario que cuenten con unidad de acción y control jerárquico de las decisiones; es decir, considera necesaria la unidad de los ministerios Público Fiscal, Defensa y Pupilar.

También se indica que, si bien el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial, es su objetivo dotarlo como un órgano independiente. Esta premisa, que es claramente contradictoria en tanto pretende afirmar la independencia del Ministerio Público, pero a su vez ratifica su pertenencia al Poder Judicial, se ve reflejada en el primer artículo, donde se dispone que el Ministerio Público, que es una única institución, forma parte del Poder Judicial y goza de independencia y autonomía orgánica y funcional.

A su turno, en el artículo 4 se dispone que la cabeza del Ministerio Público, es decir, tanto el jefe de los fiscales como de los defensores, es el fiscal general. Un ejemplo de ello es que el fiscal general puede proponer al Poder Ejecutivo los nombres de los candidatos para ocupar los cargos del Ministerio Público y estos, una vez designados, juran ante él.

En lo que tiene que ver con su funcionamiento, es una organización jerárquica, en la que cada funcionario controla el desempeño de quienes lo asisten y puede impartir directivas a los funcionarios inferiores de acuerdo con el artículo 4. Es decir, el fiscal general es quien tiene la última palabra en lo que hace a la actuación de los integrantes del Ministerio Público, dado que ellos deben acatar sus instrucciones –sin perjuicio de que pueden dejar a salvo su opinión–.

Con relación a la defensa pública, su máxima autoridad, por decirlo de algún modo, es el defensor de cámara, quien se encuentra por debajo del fiscal general, el fiscal general adjunto y el fiscal de cámara.

³⁷ La intervención federal es una facultad constitucional que tiene el gobierno federal para, por iniciativa propia o a solicitud de la propia provincia, suspender la autonomía de las provincias cuando sea necesario para garantizar la forma republicana de gobierno, ya sea por la existencia de un conflicto interno de gravedad o por existir una hipótesis de conflicto armado.

Un claro ejemplo de esta dependencia funcional que tienen los defensores se ve en su obligación de remitir, dentro de los cinco primeros días de cada mes, un informe al fiscal general en el que reporten las visitas o comunicaciones realizadas a las personas privadas de la libertad; deben informar, además de los datos de la persona y de la causa judicial, cuáles han sido los planteamientos o las inquietudes expuestas por las personas privadas de la libertad. El incumplimiento de ello puede acarrear sanciones disciplinarias e incluso penales.

Otro ejemplo puede observarse en el deber de patrocinar y representar a personas pobres. Sobre el punto, el mencionado artículo sostiene que cuando el defensor no estime procedente o conveniente patrocinar la acción debe remitir un informe al fiscal general, que puede ratificar esa decisión u ordenar que se brinde el patrocinio.

4.2.2. Corsi e ricorsi de la reforma constitucional de 2007

La reforma constitucional que tuvo lugar en el año 2007, si bien mantuvo la pertenencia del Ministerio Público al Poder Judicial, creó en los artículos 182 y 197 de la Constitución provincial las figuras de defensor general y asesor general, cuyo nombramiento y remoción deben realizarse del mismo modo que el de los miembros del Tribunal Superior de Justicia y el fiscal general.

Luego de esta reforma, surgió la necesidad de dictar una nueva ley orgánica para la defensa pública que reflejara la nueva realidad constitucional. La propia Constitución lo reconoce al establecer en la cláusula transitoria décima del texto constitucional, que en caso de que el defensor y el asesor generales fueran designados con anterioridad a la modificación de la Ley del Ministerio Público, sus respectivas competencias serán las que la ley le asigna al fiscal general.

Antes de que se sancionara una nueva ley, el fiscal general interpuso una acción directa de nulidad parcial contra la última reforma de la Constitución por entender que las mencionadas reformas afectaban la autonomía funcional del Ministerio Público. El principal argumento del fiscal general era que esa modificación del texto constitucional no estaba prevista en las leyes que habilitaban la reforma, como tampoco se encontraba comprendida dentro de los poderes implícitos de la Convención Constituyente, por lo cual ese órgano se extralimitó en sus funciones. Además, remarcó que la reforma implicaba una situación de gravedad institucional por existir un peligro de afectación del sistema de justicia.

El 6 de marzo de 2009, el Tribunal Superior de Justicia resolvió hacer lugar a la demanda en forma parcial, declarando la nulidad de la incorporación de los cargos de defensor general y asesor general, y dejó sin efecto su mención en los artículos 182, 197, así como la cláusula transitoria undécima de la Constitución provincial.

Veamos cuáles son los argumentos por los cuales la mayoría ha adoptado esa decisión. Se sostuvo, como principal argumento, que si bien se reconocen facultades implícitas a la Convención Constituyente, estas existen en función del objeto

prefijado por los instrumentos legales que establecieron las leyes de reforma y no pueden ir más allá de ello. A partir de ese argumento, y luego de analizar las leyes 5.692 y 5.765, así como las novedades incorporadas al texto constitucional durante el proceso de reforma, decidió hacer lugar a la nulidad solicitada por el fiscal general respecto a la creación de los cargos de defensor general y asesor general.

La minoría, por su parte, se inclinó por mantener la validez de la reforma. Para el ministro Guillermo Horacio Sehman, la Convención Constituyente no se excedió en sus facultades al crear las figuras de defensor general y asesor general. Además, puntualizó que el esquema planteado en el nuevo texto constitucional seguía con buen criterio los lineamientos del proceso constitucional penal.

El otro integrante de la minoría, Fernando Augusto Niz, agregó que la reforma no implicaba la creación de órganos con rango constitucional, sino el ejercicio de facultades implícitas por parte de la Convención, con el fin de resguardar la autonomía funcional de las tres ramas del órgano legal en consonancia con los lineamientos del moderno proceso penal y la necesidad de evitar eventuales conflictos de intereses, a fin de preservar el principio de legalidad y la garantía de defensa en juicio. Es decir, para Niz, la reforma constitucional no consagraba estrictamente la autonomía de la defensa.

Mario Midón ha sido crítico de este fallo por varios motivos. En primer lugar, por el uso de la vía contencioso-administrativa para discutir la constitucionalidad de la reforma cuando lo que hubiese correspondido era el uso de las acciones constitucionales como el amparo o la acción declarativa de inconstitucionalidad.³⁸ En segundo lugar, entendió que la reforma apuntaba a generar una racional redistribución del trabajo, compatible con la autonomía del organismo, al otorgarles independencia a sus componentes para que puedan ejercer de modo correcto sus funciones.³⁹ En tercer lugar, la reforma constitucional jerarquizó al Ministerio Público, por lo que puede resultar difícil que ello cause un perjuicio al procurador general. Más aún, por efecto del fallo, al declararse nula la creación de los cargos de asesor general y defensor general, también se ha visto perjudicado el estatus constitucional del fiscal general.⁴⁰ En cuarto lugar, y ello referido al alcance de las facultades de la Convención Constituyente, al encontrarse dentro de los aspectos por reformar en los artículos 54 y 142 –que contenían las únicas menciones al Ministerio Público en todo el texto constitucional– se estaba habilitando la reforma realizada.⁴¹

³⁸ Mario Midón, “Nulidad de una reforma constitucional a pedido de quien carecía de interés”, *La Ley* (Buenos Aires: La Ley, 2009), 626.

³⁹ Midón, “Nulidad de una reforma constitucional a pedido de quien carecía de interés”, 627.

⁴⁰ Midón, “Nulidad de una reforma constitucional a pedido de quien carecía de interés”, 628.

⁴¹ Midón, “Nulidad de una reforma constitucional a pedido de quien carecía de interés”, 630.

Así las cosas, y ante una decisión judicial que dejaba sin efecto una parte del texto constitucional local, la provincia de Corrientes recurrió ante la CSJN, que en una resolución adoptada el 27 de noviembre de 2012⁴² ordenó el dictado de un nuevo fallo.

El argumento esgrimido por la mayoría de la Corte para resolver de ese modo –que se apartó de la solución propuesta por el entonces procurador general⁴³– fue:

... la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Corrientes ha implicado una violación al principio de división de poderes que establece el sistema republicano, dado que creó una nueva norma constitucional sin tomar en cuenta la exclusión del Fiscal General del texto de la norma; es decir sustituyó y usurpó las funciones del poder constituyente. Así las cosas, el Máximo Tribunal ordenó que se dicte una nueva sentencia en la que se analice en primer lugar la legitimación procesal de quien interpuso la acción y el alcance del pronunciamiento.

Finalmente, el 5 de febrero de 2014, el Tribunal Superior provincial resolvió hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa y, en consecuencia, ordenar el levantamiento de la medida cautelar que ordenaba detener los procesos tendientes para cubrir los cargos de asesor general y defensor general.

Si bien quedó allanado el camino para que se avance en la designación de estos funcionarios y para que se sancione una nueva ley del Ministerio Público en consonancia con los postulados constitucionales, y pese a que han transcurrido algunos años desde que ha sido dictado el fallo del Tribunal Superior que terminó validando la reforma constitucional, nada ha cambiado.

5. Consideraciones finales

Al inicio de este trabajo se definió a la defensa pública como aquella institución que tiene a su cargo, entre otras cosas, asegurar el acceso a la justicia a aquellas personas que no pueden acceder a los servicios de un abogado particular.

También se indicó la necesidad de que esta institución sea dotada de autonomía para poder cumplir del mejor modo con su función, y se agregó que dotar a la defensa pública de autonomía es una obligación que surge tanto del DIDH –ámbito en el cual diversos organismos se han expresado en ese sentido, entre los que se destacan la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos de la ONU– como del

⁴² CSJN, S. 357, XLV, “Recurso de hecho deducido por el Estado de la Provincia de Corrientes en la causa Sotelo, César Pedro – fiscal general de la Provincia de Corrientes c/Estado de la Provincia de Corrientes s/ acción contencioso administrativa”.

⁴³ Dictamen del 13 de diciembre de 2010. El procurador entendió que el recurso extraordinario era inadmisibile porque se trataba de una cuestión de derecho público local cuya resolución es competencia del máximo órgano judicial a nivel local.

diseño constitucional argentino, porque si bien cada estado provincial organiza su propio sistema de administración de justicia debe hacerlo respetando las bases de la CN, entre las que se encuentra la autonomía de la defensa pública a partir de la incorporación del artículo 120 a la carta en 1994.

Luego, fueron presentados dos casos en los que, en dos provincias, se judicializaron normas que pretendían dotar, al menos en parte, de autonomía a la defensa pública.

El primer caso presentado fue el de la provincia de Buenos Aires. Resumidamente, se debe recordar que a partir de la sanción de la Ley 14.442, que otorgaba cierta autonomía a la defensa pública, la procuradora general, es decir, quien es la jefa tanto de los fiscales como de los defensores, promovió una acción judicial a fin de que se suspendiera la aplicación de esa ley como medida cautelar y se la declarara inconstitucional. Si bien en un primer momento se suspendió la entrada en vigencia de la ley, al resolver el fondo del asunto la Suprema Corte de Justicia provincial, el tribunal donde tramitó, se inclinó por ratificar la constitucionalidad de la ley; esa resolución no quedó firme porque la procuradora general interpuso un recurso extraordinario ante la CSJN, que es la última instancia judicial que puede intervenir.

El segundo caso presentado fue el de la provincia de Corrientes. Ante una reforma de la Constitución local que sentaba las bases para que se brindara autonomía a la defensa pública y se pusiera en igualdad de condiciones frente al Ministerio Público Fiscal mediante el dictado de una nueva ley, el procurador general de la provincia, al igual que sucedió en el otro caso, planteó su inconstitucionalidad y la suspensión de su entrada en vigencia hasta tanto se resuelva el litigio. El Tribunal Superior de Justicia provincial decidió hacer lugar a la demanda del procurador, pero luego, ante un fallo de la CSJN, cambió su posición.

Al realizar una breve caracterización del activismo judicial sostuve que puede ser pensando tanto en términos positivos, es decir, cuando es utilizado en pos de la vigencia de los derechos humanos, como en términos negativos que, por reverso, podría ser definido como aquel que va contra los derechos humanos.

Al analizar bajo el tamiz del activismo judicial los dos casos presentados se deben decir varias cosas.

Existen algunos motivos para pensar si se trata, o no, de casos de activismo judicial negativo en función de la relevancia que tiene la autonomía de la defensa en clave de derechos humanos.

Los litigios estuvieron dirigidos a dejar sin efecto normas que buscaban, con mayor o menor acierto –pero esto no importa ahora–, dotar de autonomía a la defensa pública; cuestión que, como hemos visto, es una demanda de los organismos encargados de aplicar el DIDH y del diseño constitucional argentino.

Otra cuestión que debe mencionarse es que los litigios fueron promovidos por personas que ocupan sectores clave en las estructuras judiciales, resistiendo modificaciones sobre las estructuras que ellos mismos conducen. Esta situación da la pauta

para señalar que el activismo judicial puede ser utilizado para frenar procesos de reforma de las instituciones judiciales. No puede perderse de vista que la reforma de las estructuras judiciales es un asunto que genera resistencias en el interior del propio sistema judicial –basta con ver desde qué lugar se promovieron las acciones judiciales– que, en algunas ocasiones, lleva a que la cuestión de la autonomía sea negociada a cambio de poder implementar el proceso penal acusatorio en algunas jurisdicciones.

Además, debe señalarse que el litigio en estos casos funcionó como un factor que frenó por seis años los avances en el otorgamiento de autonomía en el caso de la defensa pública de Corrientes y que aún impide que se avance con la designación de un defensor general en la provincia de Buenos Aires.

El análisis realizado hasta acá me permitiría afirmar, de momento, que la presentación de acciones judiciales contra la autonomía de la defensa pública constituye un caso de activismo judicial negativo, si es que se piensa en una definición que no solo considera la actividad de los organismos jurisdiccionales, sino que comprende también la actuación de otros actores judiciales para activar el sistema judicial.

Pero también deben analizarse las respuestas dadas por la agencia judicial; y si bien en un principio, y por razones diferentes, en los dos casos analizados se suspendió la entrada en vigencia de las normas; luego, y también por razones diferentes, se terminó ratificando la constitucionalidad de las mismas.

Tampoco se puede perder de vista que las resoluciones judiciales adoptadas tanto en uno como en otro caso lo han sido por mayorías ajustadas, e incluso con cambios de criterio a lo largo del trámite de las causas, tal como sucedió en Buenos Aires, donde en un primer momento la Suprema Corte provincial decidió, de modo cautelar, suspender la entrada en vigencia de la ley, para luego terminar ratificando su constitucionalidad y, en consecuencia, su vigencia.

Una última cuestión que no puede perderse de vista es que, como se dijo, el abordaje de la autonomía de la defensa pública en las provincias no está exento de tensiones entre la regulación de la CN y las normativas provinciales. A fin de cuentas, se trata de una tensión propia del federalismo.

Estas cuestiones me llevan a matizar aquella afirmación que hice algunos párrafos atrás, según la cual, la presentación de acciones judiciales contra la autonomía de la defensa pública constituye un caso de activismo judicial negativo; sin dejar de lado que la autonomía de la defensa pública es una cuestión de derechos humanos.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor. “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”. *Revista estudios socio-jurídicos*, n.º 9 (2007).
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *La justicia penal en cuestión, aproximación genealógica al poder de juzgar*. Madrid: Editorial Iustel, 2012.

- ATIENZA, Manuel. “Siete tesis sobre el activismo judicial”. s. f. <https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938>.
- BIDART CAMPOS, Germán José. *Manual de la Constitución reformada*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. “Los fundamentos del instituto de la defensa pública”. En *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, coordinado por Haydee BIRGIN y Natalia GHERARDI. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2006.
- FERNÁNDEZ, Diego Lucas. “La autonomía de la defensa pública como existencia republicana en el derecho constitucional argentino”. En *Por una agenda progresista para el sistema penal*, coordinado por Fernando GAUNA ALSINA. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”. *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008.
- FIX-FIERRO, Héctor y Alberto Abad SUÁREZ ÁVILA. “Hacia una defensa pública de calidad: el nuevo diseño institucional de las defensorías públicas en las entidades federativas de la República mexicana”. *Cuestiones Constitucionales*, n.º 32 (2015), http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000100006&lng=es&tlng=es.
- HARFUCH, Andrés. “Principios, instrucciones y organización de la defensa pública”. *Revista Pena y Estado* 5, n.º 5 (2002).
- MARANIELLO, Patricio Alejandro. “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”. *Revista Pensar en Derecho* 1, n.º 1 (2012).
- MARTÍNEZ, Stella Maris. “Defensa pública, derecho del pueblo”. *Revista Pena y Estado* 5, n.º 5 (2002).
- MARTÍNEZ, Stella Maris. “La autonomía de la defensa pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz”. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, n.º 12 (2014).
- MIDON, Mario. “Nulidad de una reforma constitucional a pedido de quien carecía de interés”. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- PETTORUTI, Carlos. *Ley orgánica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Scotti Editora, 2001.
- SPOTA, Alberto (h). “Las constituciones de provincia y el control de constitucionalidad”, en *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, dirigido por Daniel SABSAY (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009).
- VARGAS, Nicolás. “La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo entre procesos acusatorios e inquisitivos”. *Revista Brasileira de Direito Processual* 6, n.º 1 (2020).