

# El defensor en el Código Procesal Penal\*

*Dr. Hernando Londoño Jiménez*

Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto  
de Código de Procedimiento Penal

## 1. LA MISIÓN DEL DEFENSOR

La figura del defensor en causas penales se remonta muy lejos en la historia de la humanidad. Es que en la conciencia social de todos los tiempos siempre se ha sentido la necesidad de que el hombre acusado de una falta que ha ofendido el orden jurídico de su época, tenga la oportunidad de defenderse de los cargos por interpuesta persona. No siempre dicho título lo tuvieron los abogados, por cuanto no existía dicha institución, por lo cual esa representación la llevaban generalmente prohombres destacados por su elocuencia, expertos en el arte de la oratoria, formados inclusive en academias particulares que enseñaban a quienes tenían predilección por el foro. Así fue en la edad de oro de Grecia y Roma, cuando los consagrados tribunos del pueblo asumían públicamente la defensa de quienes eran acusados de algún hecho delictuoso. Pero ya desde el Antiguo Testamento el defensor irrumpe en las páginas de la historia cuando la casta Susana fue acusada por dos jueces del pueblo de yacer carnalmente con un mancebo, conducta que en aquella época era castigada con la lapidación. Esos dos jueces juraron haber sido testigos del acto libidinoso, lo cual le daba un mayor realce a la acusación. Sin embargo un joven llamado Daniel, convertido más tarde en el profeta bíblico, se apresuró a impedir el castigo prometiendo demostrar la inocencia de la acusada,

\* Capítulo de la obra *Derecho procesal penal*, en prensa.

lo que en efecto logró mediante un habilísimo interrogatorio que por separado les hizo a los dos testigos de cargo. Resultado de ello fue la absolución de la mujer, que así pudo recobrar su buena reputación<sup>1</sup>.

Después surgió en Roma y en Grecia la institución de la abogacía, en virtud de la cual quienes tenían que comparecer al Areópago o al Foro en calidad de acusados, podían tener un defensor que abogara por ellos. En Grecia el primer abogado fue Pericles, y en Roma, según el *Digesto*, para ejercer la abogacía se requería tener diecisiete años y los nombres de quienes se dedicaban a ella se inscribían en una tabla, por orden correlativo de su admisión, de donde podían ser borrados cuando cometían alguna falta. Por su parte, en España vino a declararse dicha profesión como oficio público, a partir de Alfonso El Sabio, quien en sus *Partidas* la justificó diciendo que los acusados habían menester de ella "por mengua de saber razonar o por miedo o por vergüenza o por no ser usados de los pleitos, no pierdan su derecho"<sup>2</sup>.

Todo esto nos viene a indicar que la humanidad siempre ha reclamado la presencia de un *advocatus*, de alguien que abogue por otro cuando se le acusa de haber violado la ley, quebrantado un derecho, cometido una injusticia. Convertido así dicho personaje en defensor de quien ha sido acusado de romper la convivencia social, o de los que sin justa causa, por ser inocentes, tienen que soportar un juicio en su contra, estará cumpliendo una de las funciones más grandiosas y enaltecedoras que le hayan sido dadas al ser humano. Por eso los soberanos amantes de la libertad, los gobernantes respetuosos de la justicia, los legisladores protectores del derecho, siempre han tenido conciencia de que en la firme garantía de defensa del acusado en el proceso penal, se revela el grado de libertad de un pueblo y la medida de su cultura jurídica.

Desde luego que no siempre ha sido así, porque en la vida institucional de los pueblos no han faltado épocas nebulosas en la conformación de su Estado de derecho, momentos difíciles de su organización política, etapas coyunturales de convulsiones sociales en las cuales el legislador busca por sobre todo la drástica dentro del proceso penal, no solo restringiendo en exceso la libertad individual, sino también recortando las garantías procesales sobre el derecho de defensa. Esto último ocurre por lo general en la vida de gobiernos autoritarios o tiránicos, que se valen de las leyes como instrumentos adecuados para reaccionar contra sus opositores políticos sindicados de delitos contra la seguridad del Estado o contra su régimen constitucional. Y allí es cuando resulta más necesaria la presencia del defensor, por los mayores riesgos que está corriendo la libertad individual. Le ha tocado

entonces enfrentarse como abogado a situaciones de peligro, por lo cual no siempre ha sido fácil y tranquila su función en el campo penal.

Desde tan remotos tiempos como en los que el defensor empezó a figurar en la vida de los pueblos, es algo que nos trae inmediatamente la idea de lo absolutamente necesaria que es dicha institución. CARRARA la dignificó tanto que no la consideró siquiera como un privilegio o concesión exigidos por la humanidad, sino como un verdadero derecho original del hombre, y por consiguiente, inalienable<sup>3</sup>. No se puede concebir por ello el proceso penal con acusado que no tenga un defensor que sea plena garantía de todos sus derechos como tal. Solo así es posible que la justicia pueda cumplir su cometido, ya que lo contrario sería un remedo de la misma, una burda farsa a nombre de los sagrados principios que dice representar. Por eso decía AYRAULT: "Negar la defensa, es un crimen; darla, pero no libre, es tiránico"<sup>4</sup>.

Es que la misma administración de justicia debe ser la más interesada en la presencia del defensor dentro del proceso penal, porque si dicho personaje, como debe serlo, no extralimita sus funciones buscando entorpecer el descubrimiento de la verdad, se convertirá, sin faltar a sus deberes, en un leal colaborador de la justicia. Pero prescindiendo de este punto de vista, si la defensa no existiera, o si se limitara arbitrariamente o fuera deficiente, la misma administración de justicia estaría constantemente expuesta a los errores judiciales, por faltarle aquella perspectiva distinta del proceso en donde no pocas veces se encuentra la verdad<sup>5</sup>. Con razón decía ENRICO ALTAVILLA: "La labor del abogado tiene una serie de finalidades, entre las cuales bastaría enunciar la principal —hacer que brille la inocencia— para rodearla de un halo de nobleza. Solo quien no conoce las tremendas angustias de un proceso por indicios, que a veces es como una tupida red de apariencias mentirosas que ahoga a un inocente, puede no darse cuenta del valor social de esta profesión. La fatalidad o la maldad dan origen a veces a tan impresionantes coincidencias, a tan perturbadoras apariencias de pruebas, que, si falta el defensor, puede ser condenado irremisiblemente un hombre limpio de toda culpa"<sup>6</sup>. De donde se llega a concluir que son muchos los inocentes que han podido salir de las prisiones merced a la actividad tesonera de sus defensores, y que, por el contrario, han sido también muchos los inocentes que han tenido que permanecer en cárceles

<sup>3</sup> Cfr. FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. II, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1957, pág. 457.

<sup>4</sup> Cita de CARRARA, ob. cit., vol. II, pág. 458.

<sup>5</sup> JOAQUÍN S. RUIZ PÉREZ, *Juez y sociedad*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 33: "Quienes hacen justicia son los jueces; pero son los abogados sus postulantes. Aquellos, además de justos, han de ser claros, precisos y rectos en sus decisiones; pero estos, los abogados, maestros de la dialéctica, son los que dan cuerpo a la pretensión y, como ha sostenido BECERRIL, se constituyen en partícipes no solo eminentes, sino necesarios, en la tarea de justicia, cuyo camino enderezan y señalan. Cuando se ejerce la abogacía con devoción, de un modo continuado, con dedicación exclusiva, se llega a formar una de las más altas estructuras espirituales".

<sup>6</sup> ENRICO ALTAVILLA, *Sicología judicial*, vol. II, trad. de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, Bogotá-Buenos Aires, Edit. Temis-Depalma, 1970, pág. 975.

<sup>1</sup> En el Viejo Testamento, se expresa que Isaias y Job dieron normas a los defensores para que por su intervención tuvieran éxito las gestiones en favor de los mentecatos, de los ignorantes, de los menores, de las viudas y de los pobres, cuando sus derechos hubieren sido quebrantados (cfr. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, México, Ediciones Botas, 1945, pág. 139).

<sup>2</sup> Cita de GUILLERMO CABANELLAS, *Diccionario de derecho usual*, t. I, 8ª edición, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1974, pág. 35.

y presidios, pagando a veces largas condenas, por haberles hecho falta un defensor, o porque este no supo ejercer ese patrocinio con el celo y responsabilidad debidos.

Es entonces la institución de la defensa algo muy esencial dentro del proceso penal y en cuyo respeto y salvaguarda deben mantenerse interesadas tanto la sociedad como la administración de justicia. Es algo que le incumbe a la primera, por cuanto su fundamento como organización política es el de velar porque se protejan eficazmente todos los derechos de sus asociados, principalmente aquellos que les correspondan como destinatarios de una acusación penal. Y le atañe igualmente a la segunda, porque es en el certamen dialéctico del contradictorio cuando se presentan las mayores probabilidades de encontrar la verdad histórica que se busca dentro del proceso penal.

Así lo han entendido siempre los procesalistas de todos los tiempos, quienes a su turno han enjuiciado severamente épocas nefandas en que se ha querido proscribir dicha institución para abrirle camino a una justicia ciega y cruel, olvidándose que aun el mismo culpable tiene derecho a su defensa, como mínimo, para que el fallo en su contra esté amparado por una presunción de legalidad.

Para fundamentar ese interés de la sociedad en la defensa del procesado, CARRARA ya había sentenciado luminosamente que era una necesidad de aquella, por cuanto la garantía que debería serle reconocida no era la de una pena que recayera sobre cualquier cabeza, sino del castigo del verdadero culpable, por lo cual consideró que la defensa no es únicamente de orden público secundario, sino de orden público primario<sup>7</sup>. Y por lo que se refiere al provecho que de ello reporta la administración de justicia, bastaría con decir que sin esa afiebrada pasión y celo con que generalmente interviene el abogado en las causas a su cargo, la justicia penal muy frecuentemente tendría que caminar por el laberinto de la duda, al no poder absolver tantos interrogantes o llenar los muchos vacíos que ofrece el proceso penal<sup>8</sup>. De allí que la institución alcanzaría la mayor cumbre de su respetabilidad y gloria, el día que de ella se pudiera decir lo que con tanta nostalgia recordara CALAMANDREI: "Pienso con melancolía en aquella corriente de afectuosa relación que liga en Inglaterra a los magistrados con los abogados. Con la conciencia de ser ramas del mismo árbol, los jueces que ayer eran *barristers* y los *barristers* que serán jueces mañana, trabajan de perfecto acuerdo y tanta confianza tienen los magistrados en la respetabilidad de los defensores, que ni remotamente piensan en la posibilidad de ser engañados por ellos"<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> CARRARA, ob. cit., t. II, pág. 458.

<sup>8</sup> GIOVANNI LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1973, pág. 570, nota 15: "Para poner un ejemplo de la medida a que puede llegar el escrúpulo de un magistrado, nos sentimos obligados a recordar una noble figura prematuramente desaparecida: la del juez Giovanni Narni Mancinelli, quien, en calidad de ministro público ante el tribunal militar de Nápoles en un proceso que podía llevar a la condena a pena de muerte, advirtiendo la prestación ineficiente de un defensor, se dio prisa a reclamar el interés de los familiares del imputado acerca de la necesidad de asegurarles un defensor válido".

<sup>9</sup> PIERO CALAMANDREI, *Demasiados abogados*, trad. de José R. Xirau, Buenos Aires, E.J.E.A., 1960, pág. 111.

Lo anterior nos plantea la consideración sobre la concreta misión que le corresponde al defensor dentro del proceso penal. En principio está constreñido a la observancia de la más estricta ética profesional, por lo cual todos sus procedimientos deben dejar al descubierto su más insospechable rectitud. En su empeño de defender al acusado, la buena fe deberá presidir todos sus actos, hasta el punto de que los jueces puedan adquirir la convicción de que en ningún momento tratará de engañarlos.

Su obligación es desde luego la de defender, porque ni la moral, ni la ética, ni la ley lo podrían obligar a hacer ni decir nada que pudiera resultar en perjuicio de la causa que se le ha encomendado. Un defensor que en su alegato oral o escrito dijera que nada tenía que expresar en favor de su defendido, o que llegara al extremo de solidarizarse plenamente con la acusación o a admitir sin cuestionamiento alguno los cargos judiciales hechos en contra del acusado, estaría incurriendo en una repudiable conducta inmoral, lesiva de la dignidad de la profesión, merecedora de una ejemplar sanción disciplinaria, independiente del delito de infidelidad a los deberes profesionales en que pudiera haber incurrido.

Se ha dicho, no sin razón, que el defensor colabora al descubrimiento de la verdad material y que es también un auxiliar de la justicia, pero entendido todo ello sin menoscabo de sus deberes hacia el procesado<sup>10</sup>. No está desde luego obligado a solicitar siempre la absolución, ya que al existir prueba incontrastable de la autoría y de la responsabilidad, su defensa podría dirigirse a que se le excluyeran las circunstancias agravantes o se le reconociera alguna o algunas de las atenuantes. Es la posición unánime de los procesalistas, entre ellos GOLDSCHMIDT, quien dice: "Admitida esta independencia del defensor, hay que reconocer que ella estriba en el derecho y el deber del mismo de contribuir a la comprobación de la verdad; sin embargo, hay que añadir en seguida, que esta actuación ha de verificarse únicamente con la tendencia de comprobar la inocencia o la penalidad atenuada del procesado; pues la institución de la defensa arraiga en la calidad de procesado como parte y por eso no se impone al defensor el deber de la imparcialidad. Más bien, el defensor incurriría en responsabilidad de una grave infracción de sus deberes, si contribuyera de alguna manera a que se convezca al procesado de su culpa y se le condene"<sup>11</sup>.

Por eso ningún abogado puede llegar a sentirse inhibido moralmente para defender en determinada causa penal, bien porque el delito cometido le mereciere el mayor repudio o porque considerare al procesado plenamente responsable de sus actos. No se hace indigno ni ante la sociedad ni ante la administración de justicia, cualquiera que sea el proceso en que defienda. Es cierto que cada profesional puede escoger sus propias defensas, abstenerse de encargarse de aquellas que por alguna circunstancia le puedan producir algún desagrado personal, pero desde el punto de vista de la deontología profesional no pueden existir para él causas rechazables

<sup>10</sup> Cfr. JOSÉ GUARNIERI, *Las partes en el proceso penal*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla (México), Edit. Científica Poblana, 1952, págs. 119 y 341.

<sup>11</sup> JAMES GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso*, vol. II, Buenos Aires, E.J.E.A., 1961, pág. 179.

para su defensa por considerarla injusta. De allí que AMÍLCAR A. MERCADER recordara cómo San Alfonso María de Liguorio sostenía que la defensa era inalienable hasta para los peores criminales, y lo propio sostuvo DUPIN en su libro *La abogacía*, donde replica ciertos pasajes contrarios de CICERÓN, remitiéndose a los famosos desarrollos de CAMUS<sup>12</sup>. Y no menos categórico fue ZANARDELLI al decir que ante la justicia punitiva "inclusive patrocinar una causa mala es legítimo y obligatorio, puesto que la humanidad lo ordena, la piedad lo exige, la costumbre lo tolera y la ley lo impone"<sup>13</sup>. Si no fuera así, los fallos condenatorios de los jueces producirían una triste sensación de iniquidad y de injusticia. Es la razón entonces para que en toda legislación que presuma de profesar una filosofía demoliberal en el tratamiento del acusado le garantice a este al máximo su derecho de defensa, declarando al mismo tiempo como causal de nulidad la violación de ese derecho, como lo hace el art. 305 de nuestro Código de Procedimiento Penal.

## 2. VIGENCIA Y OPORTUNIDAD DEL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR

En nuestro procedimiento penal se garantiza plenamente la presencia del defensor desde la diligencia de indagatoria. Así ha sido siempre en toda nuestra tradición jurídica, a fin de rodear al imputado de las máximas garantías a su derecho de defensa. Y no podía ser menos, ya que se trata de una diligencia en la cual se le va a interrogar por los cargos existentes hasta ese momento sobre el hecho presuntamente punible en investigación y en la cual va a tener la oportunidad de ofrecer las explicaciones del caso. Y si bien es cierto que dentro de dicha diligencia está muy limitada la intervención del defensor, ya que si no se le permite dirigir preguntas al indagado, ni sugerirle respuestas, sí puede objetar el interrogatorio que se le haga contraviniendo las prohibiciones de la ley, y estar atento a que en todo momento se le respete su condición de acusado que rinde una declaración completamente voluntaria y libre de todo apremio.

Pero también en la indagación preliminar se garantiza plenamente el derecho de defensa, a diferencia de muchas legislaciones que consideran que en esta etapa de la investigación debe existir el secreto de la misma para el destinatario de la imputación, por lo cual tampoco le puede ser permitido ninguna representación judicial dentro de las diligencias iniciales. En cambio, nuestro Código de Procedimiento Penal, para evitar la apertura de procesos penales que puedan no justificarse, porque el hecho imputado no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse, faculta al juez para dicha indagación preliminar,

<sup>12</sup> AMÍLCAR A. MERCADER, *Abogados*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1960, pág. 89.

<sup>13</sup> Cita de ALTAVILLA, ob. cit., vol. II, pág. 973; MERCADER, en ob. cit., pág. 89: "Santo Tomás predicó la necesidad de que el abogado se apartase de la causa tan pronto como conociere la injusticia de las pretensiones confiadas a su patrocinio. En Roma era una indignidad peticionar principios en contra de las leyes expresas. La publicidad de los debates de la *disputatio fori* daba una mayor vigencia a esa regla, y de su observancia o infracción dependió siempre el prestigio y la categoría de los juristas. Las escuelas de derecho tendieron, entonces, a destacar la responsabilidad de los patrocinantes".

a fin de que si se llega a una de las anteriores hipótesis, en lugar de dictar un auto cabeza de proceso, profiera mejor un auto inhibitorio.

En muchos casos, principalmente cuando surja la duda sobre la comisión del hecho punible, resultan aconsejables las diligencias previas de averiguación sobre el mismo, oportunidad en la cual el acusado puede rendir una versión al respecto, la cual solo podrá ser ante el juez y con la asistencia de un defensor (C. de P. P., art. 344).

La segunda ocasión en que en esta etapa se garantiza la defensa, es cuando al dictarse auto inhibitorio se apela de esta decisión por parte del ministerio público, del denunciante o el querrelante, en cuyo caso la persona favorecida con dicho pronunciamiento puede designar un abogado para que la represente en el trámite del recurso interpuesto, pudiendo por lo tanto presentar memoriales de respaldo y sustento del auto impugnado, para lo cual se le autoriza conocer de las diligencias practicadas.

Es evidente entonces que esta garantía procesal se encuentra firmemente protegida en nuestra legislación, ya que constituye uno de los presupuestos fundamentales del debido proceso. Por eso, ese derecho de defensa no se le niega ni aun al reo en contumacia, al imputado declarado en rebeldía, con lo cual se busca eludir la acción de la justicia. Esa no podría ser una especie de acto de venganza del Estado por su negativa a enfrentar la acusación en su contra. Así que aun ausente, para que el proceso que se le instruye pueda transitar por los cauces de la legalidad, necesita siempre de un defensor que lo represente. Inclusive él mismo puede designarlo. Lo autoriza la ley cuando prescribe que "la persona que haya sido legalmente vinculada a proceso penal, cualquiera que sea su situación jurídica, podrá en cualquier momento designar defensor, mediante poder debidamente autenticado ante autoridad competente y dirigido al juez respectivo" (C. de P. P., art. 130). Lo que no obsta para que si él mismo no lo hace, la designación la haga el juez, bien sea en calidad de defensor público o de oficio, según el caso.

El momento procesal a partir del cual el imputado puede designar un defensor de su confianza o el juez uno de oficio, es cuando aquel al ser emplazado para rendir indagatoria, no comparece, y una vez que haya sido declarado persona ausente. Ocurrido esto, se le considerará ya legalmente vinculado al proceso, oportunidad desde la cual empezará su derecho a la defensa en las condiciones ya explicadas.

Ya en otra oportunidad al analizar la misma disposición que figuraba en el decreto 1853 de 1985, dijimos: "Siempre nos pareció un desacierto legislativo la disposición que no permitía que un sindicado que no estuviere capturado y existiere en su contra un auto de detención vigente, pudiera designar apoderado para el sumario ni defensor para el juicio, sino mediante presentación personal del poder por escrito. Es decir, entregándose a la justicia para cumplir la detención ordenada. Esta era una inútil y perjudicial restricción al derecho de defensa ya que a la administración de justicia no podía convenirle, en ningún sentido, el preferir un apoderado o defensor de oficio, en lugar de uno nombrado por el acusado ausente del proceso. Cuando esto se hacía, aparentaba como una odiosa y deshumanizada sanción legal en contra del interés defensivo del acusado, siendo que este podía no estar en condi-

ciones de hacerse presente ante el requerimiento judicial por muchas causas distintas a la de una abierta rebeldía al llamado de la justicia. En efecto, podía ser que no hubiere sido posible su localización, que estuviere padeciendo alguna grave enfermedad, recibiendo un especial tratamiento médico, arreglando previamente sus asuntos particulares o familiares, dejando en orden sus negocios, proveyendo a la subsistencia de su familia, solventándose para los honorarios de su defensa. O bien por temor de ir a la cárcel, dada su inseguridad y peligro, por considerarse plenamente inocente, o por evitar el estigma social que representaría la privación de su libertad. Otros por considerarse culpables y querer así eludir la acción de la justicia, pero que no por ello se les debe condenar procesalmente a no poder tener un abogado de su confianza que los defienda"<sup>14</sup>.

Cuando salió aquel decreto, no faltaron las voces de inconformidad contra dicha disposición, acusándola de un favoritismo injustificado hacia el procesado que rehúye comparecer ante la justicia. Pero nadie pudo aducir una razón seria y valedera en contra de la prescripción legal, que posteriormente y de manera textual se incorporó al nuevo estatuto procesal penal. Un solo argumento basta para justificarla: si el proceso no se puede adelantar sin defensor, por lo cual el mismo juez tiene la obligación de designarle al sindicado uno de oficio cuando ha sido declarado persona ausente, no sería razonable que aquel no pudiera, por estar en rebeldía, nombrar uno de su confianza. Y aunque no conocemos que la misma norma exista en otra legislación, la doctrina más respetable se ha inclinado por admitirle al procesado ausente el derecho a un defensor de su confianza. El mismo CARRARA decía y se preguntaba: "Si la defensa de los reos es un *deber* de la autoridad pública, también lo es su castigo cuando son delincuentes, ya que tanto el castigo como la defensa son contenidos necesarios de la tutela jurídica. ¿Cómo, pues, será posible afirmar que la sociedad queda libre de este deber únicamente porque el acusado se obstina en no comparecer ante el juez, por temor a las molestias de la cárcel o a los peligros de una calumnia? ¿Será acaso un delito el deseo de evitar sufrimientos corporales y gravísimos riesgos? Manténgase, pues, la regla de que el reo está obligado a comparecer *personalmente*, sin que esta regla sea causa absoluta para negarle al contumaz toda clase de defensa, inclusive la de mero derecho con que algún defensor de oficio quiera favorecerlo. Estos rigorismos son restos de antiguos rencores"<sup>15</sup>. Como se advierte de lo transcrito, se propugnaba hasta el acatamiento del defensor que quisiera asumir dicho cargo en representación del ausente.

### 3. SIGNIFICADO DEL DEFENSOR

Es siempre un hombre que lucha por la libertad. Pero su batalla judicial no puede entenderse librada contra la administración de justicia para sustraer de ella

<sup>14</sup> HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, "Las reformas al procedimiento penal", en *Doctrina y Jurisprudencia*, decreto 1853, Medellín, Artes Gráficas Vieco y Cia Ltda, 1985, págs. 51 y 52.

<sup>15</sup> CARRARA, ob. cit., vol. II, pág. 347; LEONE, en ob. cit., t. I, pág. 571, expresa: "Muy discutido es el problema sobre si al latitante (rebelde) le compete o no el derecho a nombrar un defensor de confianza. Propendemos a la solución afirmativa, que nos parece más coherente con el respeto al derecho de defensa del imputado, especialmente en consideración al artículo 24 de la Constitución".

al procesado. Si en términos absolutos no puede considerársele como un aliado de la justicia, ya que está en la obligación de defender los intereses del acusado<sup>16</sup>, para alcanzar estos no puede ser induciendo en error a los jueces, aprovechándose de pruebas que sabe son falsas, de testimonios viciados de parcialidad. El defensor que por conseguir a todo trance el triunfo de su causa hace a un lado las propias objeciones de su conciencia, podrá con ello conquistar fama, renombre profesional, pero le estará prestando muy poco servicio a la justicia. No es que se pretenda una mengua en su función defensora, sino que no engañe a la justicia para tratar de conseguir la libertad de un reo cuya culpabilidad supone o de la cual está convencido<sup>17</sup>.

Pero ya desde otro punto de vista, el defensor debe ser mirado como una especie de *alter ego procesal*, ya que sustituye al procesado en todas las actividades judiciales en que él no interviene, además de suplir sus limitaciones intelectuales y culturales en la valoración probatoria y jurídica del proceso, lo mismo que en la elección de los caminos que deban seguirse para la preparación de su defensa. Por eso nunca para justificar una condena podría sostenerse que el reo fue oído y vencido en juicio, si la causa en su contra no fue adelantada y concluida con la asistencia de un defensor. De allí la aguda y exacta expresión de VARGHA: "El imputado no oye como parte en proceso donde no oiga también su defensor; él no es oído donde tampoco el último sea oído. Al defensor, pues, debe concebirse como un *alter ego procesal*, como el oído y la boca jurídicos del imputado. Toda estricta separación de los dos representantes de la parte-defensa es irracional"<sup>18</sup>. Con esto se está proclamando el indefectible presupuesto de la validez del proceso penal solo cuando está garantizado con la presencia permanente del defensor del acusado.

### 4. DEFENSA MATERIAL Y TÉCNICA

Como es apenas lógico, el mismo procesado puede ejercer su propia defensa, sin que ello implique que pueda prescindir de defensor. A dichos fines, la ley le

<sup>16</sup> GUARNIERI, ob. cit., pág. 360 (nota 16): "Ciertamente, la equiparación entre la acusación y la defensa supone una modificación radical de las costumbres forenses. Con razón afirma CARNELUTTI, que «hasta que el defensor no se persuade de que él no defiende en el proceso los intereses del acusado, sino los de la justicia, mediante la necesaria contradicción con el ministerio público, y, por lo mismo, no se sienta investido de la dignidad y responsabilidad del juzgador, en equiparación con el ministerio público, podrá ocasionar más perjuicios que ventajas». Todavía hoy nos hallamos lejanos de este nivel ideal ético".

<sup>17</sup> Cfr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *El homicidio ante el jurado*, Bogotá, Edit. Temis, 1976, págs. X a XIV.

<sup>18</sup> Cita de LEONE, ob. cit., t. I, pág. 577; ALTAVILLA (ob. cit., vol. II, págs. 971 y 972), al referirse a la necesidad del defensor dentro del proceso penal, dijo: "... Eso dio origen al deber de integrar la actividad defensiva del sindicado con el abogado, para suplir sus deficiencias intelectuales y culturales, y producir así un equilibrio de fuerzas dialécticas capaz de darle serenidad al juez, quien debe estar seguro de que la inferioridad del acusado en el suelo judicial debe determinar su culpabilidad y no la incapacidad para hacer que su inocencia brille".

reconoce los mismos derechos que a su procurador judicial, excepto sustentar los recursos de casación y revisión, si no fuere abogado titulado. Ejerce por lo tanto lo que la doctrina ha dado en llamar la "defensa material". Puede decirse que su primer acto en dicho sentido tiene ocurrencia cuando en la declaración indagatoria suministra las explicaciones del caso ante el interrogatorio que le hace el juez, como cuando afirma su inocencia ante la imputación hecha, alega en su favor una causal excluyente de la antijuridicidad o de la culpabilidad o una circunstancia atenuante de su conducta. Igualmente puede hacer uso de la palabra en el debate de la audiencia pública y ejercer otras actividades que serán puntualizadas en el siguiente capítulo<sup>19</sup>. Lo importante en todo caso es que, para evitar posiciones contradictorias entre procesado y defensor y que pueden llegar a ser perjudiciales a la causa, el primero no tome iniciativa alguna sin consultarla con el segundo, quien por conocer mejor todas las intimidades del proceso, el sentido y el alcance de la prueba recaudada, tendrá un mejor criterio para decidir si es aconsejable o no lo que pretende su defendido. Este podría estar solicitando la práctica de una prueba que puede resultarle en su contra o interponiendo recursos contraproducentes, agravando así, en lugar de mejorar, su situación jurídica.

En cambio, la defensa técnica está encomendada a los abogados<sup>20</sup>. Según el art. 137 del C. de P. P., el defensor tiene derecho a asistir al procesado en las diligencias en que la presencia de este sea prescrita por la ley, lo representará en todos los demás actos del proceso y ejercerá todos los derechos tendentes a una adecuada defensa. Esos derechos están diseminados a todo lo largo del Código, pero podríamos destacar los siguientes: asistencia a la indagatoria y demás ampliaciones de la misma; estar presente en las diligencias de reconocimiento en rueda de personas; asistir a cuanta diligencia de inspección judicial se ordene; solicitar dictámenes sobre aspectos criminalísticos de la investigación o peritaciones siquiátricas sobre la personalidad del procesado para establecer si es o no inimputable; demandar la práctica de pruebas sobre la inexistencia del hecho punible, la inocencia del procesado o la existencia en su favor de una causal de justificación o de inculpabilidad; hacer solicitudes de cambio de radicación del proceso o presentar recusación contra alguno de los funcionarios que intervienen, según las previsiones legales; contrainterrogar testigos; impetrar la libertad o la excarcelación, cuando hubiere mérito para ello; interponer los recursos ordinarios y extraordinarios debidamente sustentados; intervenir oralmente en la audiencia pública, siendo obligatorio hacerlo en la que actúa el jurado de conciencia, so pena de nulidad sustantiva, etc.<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. GUARNIERI, ob. cit., pág. 285, nota 20.

<sup>20</sup> EUGENIO FLORIAN, *Elementos de derecho procesal penal*, trad. de L. Prieto Castro, Barcelona, Bosch, Casa Editorial (sin año), pág. 96.

<sup>21</sup> ALFREDO VÉLEZ MARICONDE y JORGE A. CLARÍA OLMEDO ("Uniformidad fundamental de la legislación procesal penal de América Latina", en *Cuadernos de los Institutos* núm. 108, Córdoba [Argentina], imprenta de la Universidad Nacional, 1970, pág. 26), expresaron: "La defensa se manifiesta primariamente en el derecho al proceso como presupuesto de la pena, en el cual el perseguido pueda intervenir con amplitud suficiente para hacer valer sus intereses jurídicos emanados del principio de libertad. Es un derecho proclamado por todas las constituciones, y reiterado en todas las declaraciones internacionales sobre derechos humanos, expresa o implícitamente.

Esta defensa técnica estará más garantizada mientras mayor sea la capacidad y preparación científica del defensor. En un mundo jurídico tan complejo como es el del proceso penal, en donde se ventilan problemas de diverso orden, tanto en el campo penal como en el de procedimiento, en el de sus ciencias auxiliares como la siquiatria, la sicología, la sociología, la criminalística, la criminología, etc., el cargo de defensor implica un acopio tal de conocimientos y formación académica, que la falta de ellos en una causa determinada hace que la protección de los intereses del acusado quede expuesta a graves riesgos. Él es, según la expresión de GUARNIERI, "no un simple mandatario del acusado, sino que integra la tutela del mismo desde el punto de vista técnico, tanto en cuestión de hecho como desde el punto de vista jurídico, respecto del cual el defensor es el *dominus litis*, por ser él quien establece el sistema de defensa, quien promueve y trata las excepciones procesales, quien presenta los medios de prueba. Además, la defensa es autónoma, porque el defensor está autorizado para desenvolverla libremente, como ocurre en materia de impugnaciones"<sup>22</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio, la "autonomía" del defensor no puede ser absoluta, porque si contra su decisión de admitir en un caso dado una culpabilidad disminuida o atenuada se opusiere expresamente el procesado, el defensor tendría que respetar esa determinación, quedándole como solución renunciar a la defensa, si no existen otras razones y motivos para continuarla. Lo que no estaría bien de su parte sería que por acatar la voluntad del reo intentara una defensa completamente inútil, como sería aquella en que la prueba es arrolladora tanto sobre la autoría como sobre la responsabilidad, sin embargo de lo cual solicitara su absolución.

##### 5. DEFENSORÍA PÚBLICA

La dramática situación de las personas privadas de libertad por causa de un proceso penal en su contra, resulta más preocupante cuando carecen de recursos económicos para ejercer su defensa por medio de un abogado de su confianza. Por dicha razón, tradicionalmente el legislador colombiano ha previsto la designación de un defensor de oficio por parte del respectivo juez. Pero la verdad es que no siempre los profesionales del derecho que reciben dicho encargo, saben cumplirlo con la consagración y responsabilidad necesarias. Abandonan al procesado en forma tal que llegan al extremo de descuidar por completo la etapa sumarial, al no solicitar

"La intervención se proyecta en una serie de derechos inalterables del imputado cuyo ejercicio debe permitirse en todas las etapas y momentos del proceso, cualquiera fuere la estructura procesal de este. En el sistema mixto comúnmente seguido por los códigos procesales penales americanos, el principio capta también, en consecuencia, el período de la instrucción, y debe dársele entrada aun en la investigación preliminar, aun cuando esté a cargo del Ministerio Fiscal o de la Policía".

<sup>22</sup> GUARNIERI, ob. cit., pág. 340.

pruebas ni controvertirlas, no conainterrogar testigos de cargo, no interponer recursos por no cumplir la obligación legal de tener que sustentarlos, no presentar alegatos previos a la calificación del sumario, no entrevistarse con el detenido para la orientación de su defensa. Todo este descuido e indolencia se hace todavía más notorio en los debates públicos, cuando deja advertir el conocimiento superficial de la causa, la pobreza desesperante de sus argumentos, la endeble estructura de su dialéctica, la poca fuerza de su raciocinio, la falta de donosura en la palabra, la brusquedad de sus ademanes o inelegancia de sus gestos.

Dejar condenar a un hombre porque en su defensa se descuidaron todos los medios lícitos en su favor, tendrá que ser un violento reproche de la propia conciencia que atormentará de por vida. De quienes llevan esa terrible culpa moral en el ejercicio de su profesión no podría ciertamente decirse lo que un magistrado le replicó a quien le hablara de lo enojoso de su oficio de administrar justicia: "Si conociérais el Palacio, no hablaríais así; contamos con libros vivientes, que son los abogados; trabajan por nosotros y se encargan de ilustrarnos". Lo recuerda MONTESQUIEU en sus *Cartas Persas*.

Bien se puede afirmar entonces que sin la consagración esmerada y diligente del defensor de oficio dentro del proceso penal, el juicio que se adelante y finalice en dichas condiciones adolecería de vicios tan graves que podrían afectar su misma legalidad, el principio del debido proceso con su gemelo el derecho de defensa. El no cumplir con el suficiente decoro profesional aquella función, constituye no solo un acto de reprochable deslealtad con el procesado, sino también la más flagrante violación a las reglas deontológicas sobre el ejercicio de la profesión, lo mismo que una grave falta contra la administración de justicia. Por eso ningún juez podría sentirse tranquilo condenando a un reo si percibiere que la defensa de este estuvo colmada de vacíos, signada por la mediocridad y la insuficiencia, asumida con irresponsable ligereza y superficialidad en los planteamientos de carácter probatorio y jurídico.

Consciente entonces el legislador de tan anómala y precaria situación que se presenta para garantizar ese derecho a quienes carecen de recursos económicos, instituyó la defensoría pública en los siguientes términos: "Art. 131.—El servicio de defensoría pública bajo la dirección y organización del Ministerio de Justicia, se prestará en favor de quienes carecen de recursos económicos para proveer su propia defensa".

Como consecuencia de la anterior disposición, el gobierno dictó el decreto 0053 del 13 de enero de 1987, por medio del cual estableció que dicha defensa haría las veces de la práctica o servicio profesional de que tratan los artículos relativos a la obtención del título de abogado. Creó además en el Ministerio de Justicia la División de Defensoría Pública de Oficio, con oficinas seccionales en cada capital de departamento, intendencia y comisaría con las atribuciones de organización, funcionamiento y reglamentación del servicio de defensoría pública en todo el país, lo mismo que la dirección y coordinación de las oficinas seccionales de defensoría pública. Por lo demás, como se trata de vincular también a este programa a los abogados titulados en ejercicio, con honorarios sufragados por el Estado, se provee

a que en el presupuesto del Ministerio de Justicia se incluyan las partidas necesarias para atender este servicio del Estado<sup>23</sup>.

Faltando la reglamentación definitiva, todo esto nos tiene que hacer pensar que la causa del pobre, que el proceso de quien no tuvo recursos para pagar un defensor de confianza, merece la misma atención y responsabilidad que si fuera la defensa de un rico. Los desprotegidos de la fortuna que un día desgraciado cayeron en las redes del Código Penal, no pueden ser abandonados ni por el Estado ni por los profesionales del derecho. Todos se merecen una seria y adecuada defensa técnica, para que en las decisiones de la justicia no quede el tremendo interrogante de haberse condenado a un inocente. Lo que recuerda la hermosa consigna de CALAMANDREI: "Si el acusado pobre y oscuro encuentra a su lado, aun en los procesos más reñidos y peligrosos, al defensor que fraternalmente le asista, ello significa que en el corazón de los abogados no se alberga solamente la codicia de dinero y la sed de gloria, sino también, y a menudo, la cristiana caridad que obliga a no dejar al inocente solo con su dolor ni al culpable a solas con su vergüenza"<sup>24</sup>.

Es que defender a un hombre acusado de un delito, así sea el más abominable, sea inocente o culpable, representa tanto un serio compromiso con la inteligencia como un severo mandato ético que obliga a la conciencia honesta de todo abogado. Llevar esa altísima dignidad dentro de una causa penal, es estar investido de una de las más grandes y honoríficas responsabilidades que la ley le impone a un profesional del derecho.

Cuando todo el aparato estatal se pone en funcionamiento contra quien se considera como real o probable autor o partícipe de un delito, con sus organismos secretos, el ministerio público, sus jueces, sus peritos y sus diversas ramificaciones de la ciencia criminalística, el único consuelo y la esperanza del acusado no está sino en la palabra escrita o hablada de su defensor, la que será más dignificadora de la causa, si al mismo tiempo el abogado reúne las virtudes y rehúye los vicios que anotara ALFREDO VÉLEZ MARICONDE:

"De aquí surge la noble figura del defensor, que debe ser considerado como un verdadero cooperador de la justicia, una luz de honesta verdad, un sostenedor del derecho. Desnaturalizaría él su alto oficio, si entendiendo mal el concepto de razonable resistencia de la acusación, realizara una oposición obstinada a la administración de justicia, y considerara a la suya como una función destinada a anodadar la obra de los órganos de aquella, o una especie de energía rebelde dirigida al

<sup>23</sup> En el *Fuero Juzgo* y en la *Nueva Recopilación* (ley III, tít. 23, lib. 5) se faculta a los jueces para premiar a los profesores de Derecho y abogados del Foro, a fin de que destinasen parte de sus horas de trabajo diario, en la defensa de los pobres y desvalidos, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, dispone que los abogados a quienes correspondía la defensa de pobres, no podrán excusarse de ella, sin motivo personal y justo que calificarán, según su prudente arbitrio, los Decanos de los Colegios donde los hubiese o en su defecto, el juez o tribunal en que hubieren de desempeñar su cometido. (Referencias a la legislación española, en GONZÁLEZ BUSTAMANTE, ob. cit., pág. 141).

<sup>24</sup> CALAMANDREI, *Elogio de los jueces*, trad. de Eduardo J. Couture, Buenos Aires, E.J.E.A., 1956, pág. 373.

fin de sustraer a los culpables de la sanción que merecen. Solo una perversión de tal especie puede llevar a sustituir deplorablemente la cultura superior —que hace atendible y respetable a la honesta habilidad que corrige deficiencias ajenas y dirige mejor la investigación— la severa y parsimoniosa elocuencia que persuade y la pureza de los métodos que confortan, con una lamentable ignorancia, con una constante actitud de insustancial arrogancia, y lo peor, con una especie de complicidad moral con los clientes culpables, la cual arrastra al uso de todo medio de insidia y de violencia, cuando aún, por desgracia, no se envilece delictuosamente hasta influir con fraude sobre los instrumentos de la prueba”<sup>25</sup>.

## 6. INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA

Ni el Estado por medio de sus leyes, ni el juez al aplicarlas, ni los abogados con mandato de defensores en las causas penales pueden vulnerar el derecho de defensa, porque si así ocurriera no podría estar muy segura la justicia en sus fallos, principalmente cuando priva de la libertad a una persona o la condena. El derecho a la defensa es una de las grandes conquistas de la cultura jurídica de los pueblos, considerándose hoy como un verdadero principio de orden público, por lo cual ni el mismo procesado puede renunciar a ella, ya que por pertenecer al cuerpo social, existe un interés comunitario en la seguridad jurídica de la absolución del inocente o de la condena del culpable.

Por eso la inviolabilidad de la defensa debe estar plenamente garantizada desde el principio, protegida eficazmente aun antes de la indagatoria, cuando, por ejemplo, con la presencia del capturado hubiere necesidad de practicar una diligencia de reconocimiento en fila de personas. De esta prueba puede depender todo el fundamento de una ulterior declaración de responsabilidad o de inocencia. Con razón decía CARRARA: “Pero si el derecho de defensa ha sido reconocido ya como sagrado y como perteneciente al orden público, no puede haber distinción de *tiempo*, pues desde el primer momento en que la justicia pone la mano sobre un ciudadano, so pretexto de que es culpable de algún delito, cuyo castigo pretende hacer caer sobre él, desde ese momento el imputado tiene derecho a que se le abran las vías útiles de la defensa, pues también esos comienzos van contra su derecho individual, que tiene razón de defender, y le producen grandes molestias y a veces daños irreparables”<sup>26</sup>. De allí los atentatorios que resultan contra este derecho algunos restos de sistemas inquisitivos en que se prohíbe al abogado toda gestión defensiva en determinadas instancias, como la que corre ante la policía judicial en la etapa preliminar, según algunas legislaciones.

Sin ser esta la oportunidad para el análisis de las nulidades generales por la violación del derecho a la defensa, conviene al menos hacer alguna referencia a

<sup>25</sup> Cita de JESÚS MARÍA MANZANEDA MEJÍA, *El procesado en el sistema penal venezolano*, Caracas, Tipografía Principios, 1980, pág. 301.

<sup>26</sup> CARRARA, ob. cit., vol. II, pág. 462.

la que dice relación concreta al comportamiento del defensor, ya que, como lo decía CONDERELLI, “donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad”<sup>27</sup>. Desde luego que este aspecto debe ser apreciado según sea el momento y la etapa procesal en que la defensa esté ausente de sus obligaciones o notoriamente menguada en perjuicio notorio de los intereses del procesado. En la fase de la instrucción, por ejemplo, casi nunca se presentan estas nulidades por falta de intervención del defensor, bien por ausencia de iniciativa para controvertir la prueba de cargo, hacer contrainterrogatorios de testigos, pedir pruebas, solicitar la excarcelación, interponer recursos, etc. Esto podría acusar una grave irresponsabilidad de su parte, merecedora de un llamado de atención por parte del juez e inclusive dar lugar a sanciones disciplinarias. Pero si fue que no se designó defensor para esta etapa procesal o que el designado no intervino en las diligencias en que necesariamente debía estar presente, allí sí se estaría violando el derecho a la defensa, lo que podría afectar toda la actuación procesal, no así en los otros casos en que la nulidad recaería exclusivamente sobre la diligencia cumplida sin el lleno de las formalidades esenciales, en cuyo caso el juez la desestimaría con la objeción de inexistencia del acto procesal.

En cambio, en la etapa de juzgamiento y más concretamente en el debate de la audiencia pública, si se garantiza plenamente el derecho de defensa, ya que aquella no se puede llevar a cabo sin la presencia e intervención del defensor. Por lo que hace a este, una de las nulidades que él mismo puede originar es cuando su intervención aparece a todas luces huérfana de argumentos, cuando desaprovecha negligentemente las pruebas existentes en favor del procesado, cuando ante la gravedad de la causa, la prolija acusación del ministerio público o de una eventual parte civil, resulte tan breve e insustancial su actuación que deje la sensación general de que no hubo defensa adecuada de su parte, o cuando expresa o implícitamente esté admitiendo la plena responsabilidad de su defendido.

Sobre este particular, los juristas JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT han conceptualizado: “La alta corporación de justicia en reiteradas oportunidades ha deslindado plenamente esta problemática. Las nulidades por quebrantamiento del derecho a la defensa no se reducen a la falta de asistencia técnica del imputado, porque repetimos, esta es apenas una de las tantas manifestaciones del derecho de defensa. La nulidad por *falta de asistencia técnica obedece a una dinámica especial* y está subordinada a unos supuestos especiales. V. gr. comprobación de que el abogado de confianza actuó negligentemente, demostración de que la defensa había debido plantear una estrategia diferente (recursos, alegatos, pruebas, etc.)”<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Cita de EDILBERTO SOLÍS ESCOBAR, “Nulidad e inexistencia”, en *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal*, Medellín, Edit. L. Vieco y Cía Ltda., 1987, pág. 146.

<sup>28</sup> JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, Bogotá, Publicaciones Universidad del Externado de Colombia, 1987, pág. 261. Lo que no podemos compartir es la nulidad de las sentencias absolutorias con el argumento de la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia (cfr. SOLÍS ESCOBAR, ob. cit., pág. 147).

La casuística podría ser muy prolija, como lo demuestra la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales superiores del país.

#### 7. INCOMPATIBILIDAD DE LA DEFENSA

Es de simple ética profesional el que un abogado no pueda representar judicialmente a varios procesados cuando entre estos existieren intereses encontrados e incompatibles. Y nadie mejor que el mismo defensor para saber si en un momento dado puede surgir para él alguna incompatibilidad al respecto. Los acusados puede que no estén en condiciones de advertir lo mismo, bien por su ignorancia sobre las prohibiciones de la ley en dicha materia, o por desconocer el acervo probatorio del proceso. Debe entonces el defensor, cuando sea esa la situación, renunciar al poder o poderes que le significaren la defensa de intereses encontrados e incompatibles.

Pero si el defensor no tomare la iniciativa de renunciar al poder o poderes recibidos en aquellas circunstancias, el juez o magistrado, oficiosamente, deberá declarar esa incompatibilidad, lo que se hará mediante auto que no admite ningún recurso, el cual se les notificará tanto a los procesados como a su defensor. Esta notificación busca el que dichas personas por su propia cuenta resuelvan el problema presentado, dándoles así la oportunidad para hacerlo en la forma más conveniente a los intereses de los procesados.

Si a pesar de la notificación se guardare silencio por parte de los notificados, la irregularidad subsistente la subsanará el respectivo funcionario proveyendo "a que cada uno de los procesados tenga su propio defensor, dejando a quien venía ejerciendo el cargo la facultad de elegir a quien quiera seguir representando; pero en caso de no hacerlo, lo hará el juez y se compulsarán copias para las investigaciones a que haya lugar. Si los demás procesados no designaren defensor, el juez lo hará de oficio" (C. de P. P., art. 134)<sup>29</sup>. En el fondo, la norma apunta a garantizar plenamente el derecho de defensa, el cual podría resultar menguado y limitado por el forzado equilibrio conceptual a que ante las pruebas del proceso se pudiese encontrar abocado el defensor.

#### 8. DEFENSOR PRINCIPAL Y SUPLENTE

Razones de diverso orden pueden impedirle a un defensor hacerse presente en las distintas etapas del proceso, bien para solicitar la práctica de pruebas, intervenir en la recepción de las mismas, interponer recursos y sustentarlos, asistir a la audiencia pública, presentar memoriales previos a la calificación del sumario, solicitar excarcelaciones, etc. Puede ocurrir que simultáneamente tenga que hacer lo mismo en otro u otros procesos, o que dada la complejidad del que atiende, tengan que llevarse a cabo diligencias fuera de su sede y de la misma del juez titular de

<sup>29</sup> Cfr. CARRARA, ob. cit., vol. II, págs. 467 y 468.

la instrucción. Ante esas eventualidades y también para garantizar eficazmente el derecho de defensa, la ley provee de la siguiente manera:

"El procesado tiene derecho a designar un defensor principal, y este a nombrar un suplente bajo su responsabilidad, quienes se posesionarán inmediatamente y a partir de este momento podrán intervenir dentro del proceso de una manera alternativa, sin ninguna formalidad" (C. de P. P., art. 135).

Esta disposición, a nuestro juicio, carece de cierta lógica, porque no se entiende la razón para que no pueda ser el mismo procesado quien designe al defensor suplente, ni por qué este tenga que posesionarse simultáneamente con el defensor principal, lo que podría dar a entender que dicha designación no pudiera hacerse en un momento posterior. No encontramos ningún motivo valedero para que el mismo procesado no pueda nombrar al defensor suplente, ni para que este pueda ser designado por el defensor principal en cualquiera otra etapa del proceso distinta de la en que él ha tomado posesión. No se habría llegado a estas incongruencias si no se hubiera modificado en el sentido ya visto, el artículo aprobado por la Comisión Redactora en virtud de ponencia presentada por nosotros y que decía: "*Defensor principal y suplente*. Todo procesado tiene derecho a nombrar un defensor principal y uno suplente, quienes se posesionarán inmediatamente y a partir de ese momento podrán intervenir dentro del proceso de una manera alternativa, sin ninguna otra formalidad"<sup>30</sup>. Y para que esta idea guardara armonía con las observaciones hechas antes, en nuestra ponencia habíamos agregado este otro artículo: "*Defensor suplente*. Cuando desde un principio no se hubiere designado defensor sustituto, el defensor nombrado por el procesado tiene la facultad de designar un suplente provisional para que lo reemplace en algunas diligencias a las que por impedimento personal no pudiese asistir".

Dice la segunda parte del art. 135 antes transcrito que, "cuando una investigación estuviere siendo adelantada simultáneamente por varios jueces, el procesado tendrá derecho a nombrar un defensor ante cada uno de los funcionarios. De no hacerlo, se le nombrará de oficio". Esto en virtud de que el nuevo procedimiento permite que puedan varios jueces estar al frente de una sola investigación. Una medida de gran conveniencia para la administración de justicia, ya que no infrecuentemente se presentan hechos delictivos cuyas ramificaciones probatorias pueden estar en distintas jurisdicciones. En este caso el juez titular de la instrucción no podría cumplir dicho cometido dentro de los términos legales, lo que traería quebrantos a una eficaz investigación. En todo caso, ante cada uno de los jueces que fuere necesario designar, el procesado tiene el derecho a un defensor, fundamentalmente para el control de las pruebas que se vayan a practicar, ya que otras funciones quedan en cabeza del defensor principal o del suplente, según el caso.

#### 9. FISCALIZACIÓN JUDICIAL DEL DEFENSOR

Misión esencial de la justicia penal debe ser la de que la defensa técnica que se ejerce dentro del proceso se cumpla de una manera satisfactoria. El abogado

<sup>30</sup> Proyecto de Código de Procedimiento Penal, Bogotá, Imprenta Nacional, 1986, art. 145, pág. 54.

que asuma dicha responsabilidad debe tener plena conciencia de que el cargo para el cual ha sido designado por el procesado o por el juez, implica un serio compromiso profesional. Su ausencia en la recepción de una prueba, la omisión de interponer un recurso, el no presentar oportunamente un memorial, su pasividad en la solicitud de pruebas y otras negligencias más de su parte, pueden llegar a ser los factores de una pena injusta.

Esa lealtad a la que está obligado con su defendido, significa para el abogado no cejar un solo instante en el cuidado de la causa. Que si esta se pierde, al menos no quede en su conciencia algún reproche por lo que se debió hacer y no se hizo. Desde luego que no solo por omisión sino también por acción se puede frustrar la defensa del acusado cuando a la misma se le da una orientación equivocada y contraproducente, como cuando imprudentemente se solicitan pruebas que terminan siendo perjudiciales al acusado, o cuando contra toda evidencia se niega la autoría material en el hecho punible, habiendo sido lo más aconsejable aceptarlo pero con el reconocimiento de una causal de justificación, de inculpabilidad o una atenuante, de existir mérito probatorio para ello<sup>31</sup>. En fin, los ejemplos de una equivocada táctica defensiva se podrían multiplicar, pero de ellos son testigos de excepción los mismos funcionarios que han podido advertir las deficiencias de los defensores, bien por las limitaciones de sus conocimientos, por la indolente actuación procesal y la superficialidad de sus intervenciones.

No es por fortuna una crítica que se pudiera generalizar, sino que son apenas las excepciones para las cuales quiso la ley una severa fiscalización del mismo juez de la causa, según este inciso del art. 138 del C. de P. P.: "El defensor designado de oficio, o que hubiera aceptado el nombramiento hecho por el procesado, que sin justa causa no cumpla con los deberes que el cargo le impone, será requerido por el juez para que lo ejerza o lo desempeñe, conminándolo con multa hasta de dos salarios mensuales mínimos, que impondrá el juez cada vez que haya renuencia, sin perjuicio de las otras sanciones establecidas en la ley".

Como es apenas obvio, es solo el comportamiento pasivo del defensor lo que puede dar lugar a las reconvenciones y sanciones por parte del juez. Es su inactividad la conducta reprochable, ya que es inimaginable un proceso penal en donde el abogado no tenga que desplegar alguna actividad. Ya si el defensor incurre en errores que pueden perjudicar los intereses que representa, es asunto en el cual no puede inmiscuirse el funcionario, quien tampoco podrá aprovecharse de esas situaciones si con ellas se puede cometer una injusticia contra el reo. En síntesis, el celo y la pasión del defensor por saber corresponder a la confianza que en él ha depositado la justicia al investirlo de la sagrada misión de defender a un hombre muchas veces inocente del delito imputado, debe ser tal que le permita hacer suyas las palabras de un defensor íntegro como lo fue el francés JACQUES ISORNI:

"Durante años he tenido la pasión de la defensa. Conocí en las salas horas conmovedoras, otras dolorosas y nobles; conocí junto a muchas pequeñeces miserables, la grandeza de los conflictos de justicia; conocí el dramatismo tanto como pueda conocerlo un abogado. He lamentado con todas las fibras de mi alma los destinos que no supe modificar. Realmente, he amado con mi alma a mi trabajo, y padecido por él, sin haber temido nunca sino el no estar a la altura de lo que se esperaba de mí"<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> ALTAVILLA, ob. cit., vol. II, pág. 995: "... Pues a menudo demuestra más habilidad quien acepta la materialidad del hecho y trata de explicarlo o justificarlo, que quien lo niega, pues este, si no logra persuadir al juez, queda por completo indefenso, ya que ni siquiera está en capacidad de aducir un motivo de atenuación".

<sup>32</sup> JACQUES ISORNI, *Los casos de conciencia del abogado*, Barcelona, Gráficas Sagitario, 1967, pág. 316; ALTAVILLA, en ob. cit., pág. 991: "Es más fácil encontrar un médico escéptico e indiferente a la cabecera de un moribundo, que un abogado tranquilo en espera de una decisión importante, y esto prescindiendo de toda esperanza de lucro. Aun después de un largo ejercicio profesional puede tenerse la impresión de que en algunas causas se está decidiendo la propia suerte, más que la de aquel que hasta hace poco tiempo antes era un desconocido. Y esta identificación no solo enciende la pasión por el propio ministerio, sino que nutre un sentido hierático del propio deber...".