

EL DERECHO DE DEFENSA Y LA ESTRATEGIA DEL SILENCIO

Karina María Nova Arrieta
María Elena Dorado Goyes

RESUMEN

El derecho a la defensa técnica representa una herramienta vital para garantizar la efectiva realización de la justicia dentro de un proceso, sin importar cual sea su naturaleza, no obstante, y partiendo de la entidad de los bienes jurídicos que protege el derecho penal, es justamente aquí donde más preponderancia adquiere la defensa técnica, ya que sin lugar a dudas, y ello buscando la garantía de los principios constitucionales, tan solo un profesional idóneo en derecho penal puede establecer la estrategia más acertada para alcanzar el éxito en un caso concreto.

Así las cosas, este trabajo abordará la cuestión de la defensa técnica planteando algunas estrategias procesales, centrando la exposición en posibilidad del silencio como mecanismo idóneo para enfrentar aquellos casos en los cuales la defensa soporta su debate en la presunción de inocencia, y por tanto, en la necesidad del ente acusador de desvirtuarla, todo esto justificado en criterios jurisprudenciales y apreciaciones de la doctrina mas autorizada.

PALABRAS CLAVES

Acusación, defensa técnica, estrategia, proceso, silencio,

ABSTRACT

The right to a technical defense is an important tool to ensure the realization of justice within a process, regardless of its nature, however, beginning of the legal entity of the juridical weels that protects the criminal law, is right here where it becomes more important technical defense, because without doubt, to ensure the constitutional principles, only a qualified professional in criminal law can set the right strategy for success in a particular case.

Therefore, this paper describe the issue of technical defense is to enunciating some procedural strategies, focusing on possible exposure of silence as a secure mechanism to study cases where the defense is focused on presumption of innocence, and therefore the need to controvert the prosecution, justified this work in doctrinal an jurisprudential works.

KEY WORDS

Prosecution, defense wise, strategy, process, silent.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la defensa constituye un derecho fundamental tal y como lo prevé nuestra Constitución Política en armonía con los Tratados Internacionales y los Principios Rectores que inspiran el Derecho Penal en el ordenamiento jurídico interno, ya que sin lugar a dudas, es deber del Estado en el marco del Estado social de derecho, asegurar a todos sus asociados la protección de sus garantías fundamentales, aun cuando estos enfrenten el peso de un proceso penal como consecuencia de la reprochabilidad de su conducta. Así entonces, y considerando que en toda actuación del aparato estatal, por lo menos cuando del proceso penal se trata, se debe garantizar el derecho de defensa, la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia¹ ha manifestado, en reiteradas oportunidades, que su violación deviene cuando el procesado ha estado, en cuanto al proceso penal interesa, desprovisto de ella.

Consecuencia de tal violación resultan numerosos los hallazgos jurisprudenciales en los cuales, por cuenta de la omisión de la defensa técnica o de la inadecuada guarda del silencio como estrategia de defensa, se ha conseguido la anulación de procesos, discusión que sin duda alguna se torna problemática en atención a las formalidades que implica el buen desarrollo del proceso en nuestro sistema penal acusatorio. En dicho sentido, la violación al debido proceso puede presentarse, entre otras, por falta de defensa técnica cuando los intereses del procesado, al no haber tenido la opción de designar su defensor de confianza, fueron conculcados por la indiferencia del aparato judicial, o cuando a pesar de contar con un defensor proveído por el Estado, el mismo no asumió a cabalidad su rol, incumpliendo las obligaciones que para efectos del cargo le impone la ética y los principios mínimos del buen litigio, dejando en el limbo a quien representa dentro del proceso por falta de acción frente a las actuaciones del acusador, permitiendo así la afectación de los intereses de su prohijado. Las anotadas constituyen tan solo algunas de las expresiones del quebranto al derecho de defensa, no obstante, en el presente trabajo se tratará de identificar, partiendo de los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, cuales son las manifestaciones que en definitiva constituyen violaciones al derecho de defensa técnica, exponiendo la postura de la citadas corporaciones frente a la ocurrencia de las mismas. En consecuencia, y bajo el entendido que a la luz del derecho fundamental al debido proceso la defensa técnica resulta un tópico plausible de ser abordado, al grado de ser una discusión recurrente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en el presente escrito se abordará la cuestión de la estrategia del silencio como forma de atender el proceso penal, partiendo de la premisa que es al Estado a quien corresponde, atendiendo la máxima de la prevalencia de presunción de inocencia del imputado en el proceso penal, aportar los elementos probatorios necesarios para desvirtuarla.

¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Sentencia No. 26827 de Julio 11 de 2007, Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

I. EL DERECHO DE DEFENSA

Se entiende por derecho de defensa la garantía fundamental, y en consecuencia, el requisito procesal consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política, desarrollado a su vez por el Artículo 8 del Código de Procedimiento Penal, según el cual el sujeto pasivo de la acción penal del Estado tiene el derecho a ser asistido por un profesional idóneo del derecho para que lleve a cabo el ejercicio de su defensa, ya sea por intermedio de una persona de su entera confianza, o por una designada, de manera oficiosa y a cargo del Estado, ante la imposibilidad de costear los servicios profesionales de alguna.

Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado².

En el mismo sentido, la Honorable Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado³.

Lo anotado representa una de las formas de aproximarse al concepto del derecho de defensa, existiendo varias posibilidades de comprender dogmáticamente el mismo, resultando pertinente entonces abordarlo desde de algunas de sus manifestaciones, precisando su genuino alcance constitucional.

² Sentencia No. 20345 de Septiembre 13 de 2006, Ponente: Alfredo Gómez Quintero.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-025 de 2009, Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

1.1. EL DERECHO DE DEFENSA DESDE LA COMPRESION NATURAL DEL TÉRMINO.

Una primera aproximación nos conduce a definir el termino defensa como “*acción o efecto de defender o defenderse*”⁴, o en sentido forense según anota la Real Academia de la Lengua, como “*razón o motivo que se alega en juicio para contradecir o desvirtuar la acción del demandante*”⁵. Dichas aproximaciones nos permiten conseguir luces sobre algunos aspectos relevantes del sentido que nos interesa del derecho a la defensa, y ellos son:

- La estimación de que la defensa no sólo corresponde a la actividad de un tercero, que la ejerce en beneficio de otro que normalmente es víctima de un agravio, sino que constitutivamente se le entiende también como la acción y efecto de defenderse a sí mismo, con lo que el concepto incluye la noción de autodefensa.
- Que la acción de defensa supone siempre una agresión, un peligro que sortear. En este sentido podemos decir que la defensa es también reacción.

No obstante los sentidos anotados, resulta válido concebir jurídicamente la defensa como “*la reacción motivada a contradecir o desvirtuar en juicio la acción del demandante, sino también fuera de todo juicio, la legítima defensa frente a una agresión ilegítima que se trata de repeler y que opera como eximente de responsabilidad en ciertos delitos*”⁶.

1.2. EL DERECHO DE DEFENSA COMO DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA.

En segundo lugar, se ha entendido el derecho a la defensa como derecho de acceso a la justicia. Sin embargo, como se ha dicho antes, se cree que esta dimensión no corresponde tanto al concepto técnico o constitucional de defensa, como a los conceptos de derecho a la jurisdicción o de tutela judicial efectiva (...) Ello, no obstante que el derecho a la jurisdicción viene a constituirse como presupuesto objetivo para que pueda realizarse adecuadamente la defensa en cada una de las etapas en que ésta se concibe.

Observamos cuáles son estos presupuestos objetivos desde la óptica del encabezamiento con que la carta fundamental regula este derecho

⁴ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Madrid: Espasa Calpe, 2006.

⁵ *Ibidem*.

⁶ SUAREZ CROTHERS, Christian. Derecho a la defensa a la luz de la reforma del procedimiento penal. En: *Ius et praxis*, Vol. 5 (Oct. - Dic. 2005), p. 352 y ss.

en el Artículo 29, donde lo que se asegura por el constituyente a las personas es, por una parte, la tutela de sus derechos, y por la otra, que dicha tutela se ejerza sin afectar el principio de igualdad ante la Ley⁷.

Así las cosas, es clara la postura de las Altas Cortes en el sentido de que el derecho a la defensa tal como lo contempla el Artículo 29 de la Carta, no es restringido en cuanto a que se deba garantizar solo en ciertas etapas procesales, todo lo contrario, ese derecho como fundamental que es, debe garantizarse incluso antes de la iniciación del proceso y su garantía no se extingue con la terminación del mismo sino que subsiste a la postre y permanece inmanente en el espacio.

No queda duda que el derecho a la asistencia jurídica cualificada durante la investigación y juzgamiento escogida por el procesado o provista por el Estado se encuentra consagrada como garantía fundamental, por lo tanto adquiere la doble connotación de requisito procesal toda vez que los funcionarios judiciales tienen la obligación de velar por su ejercicio que no se basta con la designación sucedánea cuando el acriminado no cuenta con un abogado de confianza sino que se prolonga con la vigilancia de la gestión a fin de que la oposición a la pretensión punitiva del Estado se amolde a los parámetros de diligencia debida en pro de los intereses del sujeto de la acción judicial penal⁸.

Hablar de defensa es referirse en uno de los pilares fundamentales que soporta la legitimidad de las actuaciones procesales de cualquier índole y aun mas en las que se refieren al proceso penal, vista que el procedimiento no se entiende agotado solamente al llevar a cabo la acción penal del Estado y castigar, sino que también se debe entender como finalidad de este cuando se llega a una decisión absoluta, cumplidas las instancias y el debate probatorio que corresponda⁹. Es por tal razón que el proceso penal está diseñado para que el implicado tenga a su mano todos los instrumentos y garantías necesaria para controvertir y así poder demostrar la inexistencia de los hechos que se le imputan o la ausencia de responsabilidad. En este orden de ideas, para contrarrestar la persecución penal del Estado, se establecen dos formas de ejercer la defensa que no se excluyen, sino que se complementan, como son la defensa material y la defensa técnica.

Defensa material: Correspondiendo a aquel ejercicio que en forma directa y en pos de sus prerrogativas lleva a cabo quien está sujeto al poder punitivo del Estado¹⁰.

⁷ Ibídem.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit., Sentencia No. 26827.

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-782 de 2005, Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 18517 de Marzo 03 de 2004, Ponente: Alfredo Gómez Quintero.

Defensa técnica: Esto es, la representación especializada, se nutre de la asistencia permanente de un profesional del derecho respecto de la persona penalmente juzgada, manifestación defensiva ésta alrededor de la cual sólo resulta admisible sostener conculcado el derecho a la no indefensión en el sentido de estar proscrita cualquier limitación a esa asistencia en aquellos casos en que el inculcado ha carecido en forma absoluta de ella durante la actuación seguida en su contra¹¹.

En cuanto a la *Defensa Técnica*, como ya se manifestó, la Constitución establece de manera taxativa que el derecho a la asistencia jurídica de un profesional del derecho en el proceso penal es una garantía fundamental¹². Y de la misma manera hacen mención de este derecho varias normas que la integran como el bloque de constitucionalidad en virtud del Artículo 14 del “*Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*” que entraron a hacer parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 74 de 1968. Lo que lo convierte como parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, quien tiene como objetivo garantizarle al sindicado el acompañamiento de un profesional del derecho que le permita ejercer de manera especializada su defensa, y cuando se hace referencia a que el abogado debe ejercer esta de una manera especializada, no nos estamos refiriendo solamente a “*limitarse a los aspectos meramente procesales o de trámite, sino que requiere implementar todas aquellas medidas y gestiones necesarias para garantizar que el sindicado ha tenido en su representante alguien apto para demostrar jurídicamente, si es el caso, su inocencia*”¹³.

También se encuentra que el derecho sustancial a la defensa técnica se materializa con el nombramiento del abogado de confianza por parte del sindicado o con el designación de uno de oficio por el Estado de quienes se exige habilidades que le permitan, “*no solo la protección de las garantías procesales, sino que con el uso de los medios e instrumentos de defensa se pueda llegar a garantizar que las decisiones sean ajustadas a derecho y a la justicia*”¹⁴.

II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE DEFENSA TECNICA.

En relación a lo hasta aquí expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enunciado las siguientes características del derecho de defensa técnica:

¹¹ *Ibidem*.

¹² (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996, Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴ Sentencia T-106 de 2005, Ponente: Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido ver Sentencias T-066 y T-068 de 2005, así como la T-962 de 2007, entre otras.

Intangibilidad: La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio.

Material: material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva.

Permanencia: la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones¹⁵.

2.1. FORMAS DE APLICAR EL DERECHO DE DEFENSA

Como es plenamente aceptado, el abogado goza de libertad para establecer la estrategia mas adecuada para llevar acabo su labor de defensa de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso concreto. En el marco de dicha libertad y autonomía para abordar la defensa técnica encontramos las siguientes formas o estrategias:

1. **Defensa Directa:** Es aquella forma de defensa por medio de la cual el abogado establece una postura con fundamento en la prueba positiva y con base en ella desarrolla sus argumentos de descargos.
2. **Defensa Indirecta:** Se identifica por cuanto el abogado cuestiona las pruebas del adversario para desestimar su valor y mostrar la falta de solidez de la acusación, aunque sin aportar nuevos elementos de juicio.
3. **Defensa por Excepciones:** es aquella en donde el abogado cuestiona las deficiencias del proceso que estén relacionadas con la acción, los actos o las personas que intervienen en el proceso.
4. **Defensa Pasiva o Silenciosa:** Esta estrategia consiste en que tanto como abogado y procesado guardan silencio dentro del curso del proceso penal bajo el amparo del derecho a la no autoincriminación y la presunción de inocencia en esto consiste a grandes rasgos esta estrategia de defensa pero en lo siguiente de este documento explicaremos mas detalladamente esta estrategia ya que es uno de los mayores motivo de interposición de recursos de casación ante la corte suprema de justicia.

2.1.1. La Actitud Pasiva como Estrategia de Defensa

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 16958 de Septiembre 06 de 2007, Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

Como ya se anotó “silencio” o la actitud pasiva del defensor puede ser escogida como una estrategia de defensa valida ante los ojos de la Corte Suprema, tal y como lo acepta la misma Corte Constitucional en sus dos manifestaciones, es decir, tanto frente a la defensa material como a la defensa técnica. En relación con el *silencio en la defensa material*, la jurisprudencia constitucional dice que el silencio del imputado dentro del proceso es una manifestación evidente del derecho inalienable de la no autoincriminación y la autonomía de su voluntad.

Con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso (...) Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba, no debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados¹⁶.

Ahora, frente al *silencio como estrategia de en la defensa técnica*, encontramos que el silencio puede ser interpretado como legitimo para la consecución de los intereses del sindicado, claro está, todo dependiendo de las características de cada caso, y de que tan razonable resulte su ejercicio en la aplicación de la estrategia para conseguir el mejor resultado posible en favor del procesado. Es así como el silencio representa un mecanismo de defensa en el sentido de que es el Estado quien tiene a su cargo la acción penal, y por tanto, quien debe desvirtuar la presunción de inocencia probando la responsabilidad y que existió un hecho punible; de tal manera que si se guarda silencio estamos resguardándonos en una presunción de inocencia que la misma carta política nos otorga.

Es pertinente aclarar al respecto que esta estrategia debe obedecer a un estudio consiente, razonable y serio por parte del defensor, frente a los posible beneficio y los riesgos que implica el recorrido de este camino, pero que en todo caso nunca

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 1998, Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

podrá ser el resultado de la desidia, el desinterés, la falta de cuidado y profesionalismo del defensor, lo cual generaría una evidente vulneración de la garantías fundamentales del procesado. Así lo ha ratificado la Corte Suprema en sus pronunciamientos:

(...) Como lo ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia de la Sala, la garantía de la defensa técnica no se agota en un ejercicio permanente. Puede ocurrir, que con ponderado y razonable criterio el abogado decida, como mejor estrategia para afrontar la acusación, guardar prudente silencio, y permanecer vigilante del curso del diligenciamiento a efectos de usufructuar al final los vacíos de la investigación en cuanto al recaudo de la prueba, bien para intentar sacar adelante y a favor del acusado, la duda, o para proponer otras hipótesis respecto a la verdad demostrada de los hechos y la responsabilidad del sindicado. Esta postura, debe diferenciarse del abandono, la desidia o la negligencia del profesional del derecho que, a sabiendas de la responsabilidad que asume, deja el curso del proceso y la situación del sindicado a su propia suerte, menospreciando con esa actitud alternativas defensivas evidentes, claras y necesarias, que de haberse ejecutado oportunamente, otros serían los resultados obtenidos para bien de la situación del sentenciado¹⁷.

En armonía con la Corte Suprema, la Constitucional ha sostenido que la actitud silente del abogado defensor no representa por si misma una vulneración al derecho de defensa técnica ya que *“los defensores cuentan en la materia con un amplio margen de discrecionalidad, con lo cual es necesario demostrar que se presentó una ausencia evidente de la misma”*¹⁸.

Es por ello que ha reivindicado la necesidad de evaluar sus precisas consecuencias a partir de una ponderación que tenga en cuenta las circunstancias particulares del caso. Así, en reiteradas ocasiones ha declarado que el silencio del abogado no vulnera los derechos del sindicado, aún cuando en otras oportunidades ha concluido que el silencio o la absoluta pasividad del abogado sí configuran una violación del derecho a la defensa técnica real y efectiva¹⁹.

En dicha materia, la Corte Suprema ha dicho que el simple hecho que el abogado defensor asuma una actitud pasiva no representa una falla en el proceso. Para la Corte la pasividad y el silencio no significa en todos los casos motivo de afectación de la garantía fundamental del derecho de defensa, ya que existen ocasiones en

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 17405 de Marzo 30 de 2006, Ponente: Edgar Lombana Trujillo.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2005, Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹ Sentencia T-106 de 2005, Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

las cuales resulta más pertinente dejar la carga probatoria en manos del Estado, en vista de que algunas pruebas *“puedan resultar perjudiciales para el acusado o en el evento en el cual no sea necesario recurrir por ser evidente que no se podrá conseguir un mejor resultado”*²⁰.

Al decir de la citada corporación, el silencio puede ser utilizado a fin de evitar situaciones más gravosas *“como en aquellos eventos en que la acuciosidad defensiva puede contribuir al perfeccionamiento de una investigación en contra de los intereses del procesado, siendo preferible dejarle la iniciativa al Estado”*²¹. De igual manera, también representa una opción razonable cuando se trata de un *“estratégico silencio que impida la deducción de situaciones agravatorias de su posición jurídica”*²². No obstante, en algunos casos la misma Corte, al examinar dicha materia, ha encontrado que el silencio y la pasividad no constituyen un mecanismo defensivo previamente ponderado, *“sino que responden a la falta de pericia y cuidado del abogado, es decir, no obedecen a una estrategia sino al completo desinterés del abogado que cree cumplir con su deber”*²³.

III. FUENTES FORMALES DEL DERECHO DE DEFENSA

Sin duda, nuestro ordenamiento está fundado en una tradición jurídica respetuosa de la garantía del derecho de defensa, siempre consagrada como principio rector de su estructura jurídico-penal, y no obstante que al amparo del Artículo 121 de la Constitución de 1886, fueron justificados estatutos que al amparo del estado de excepción limitaron éste derecho, su institución se ha vigorizado progresivamente, tanto en el marco jurídico, como en los ámbitos de la doctrina y la jurisprudencia. El Acto Legislativo 03 de 2002, fortaleció la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, concentrando sus esfuerzos en el recaudo de la prueba, misma que debe ser llevada para su conocimiento ante un juez en un debate oral, concentrado y contradictorio, acto con el cual se consiguió una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar en nuestro ordenamiento. En dicho Acto Legislativo, sustento constitucional del Sistema Penal Acusatorio, la garantía del derecho de defensa constituye una manifestación indudable del debido proceso, aplicable tanto a las actuaciones judiciales como administrativas, sin distingo alguno de etapas procesales para asegurar los derechos fundamentales de los asociados frente a la norma penal.

Así las cosas, toda persona en el proceso penal tiene derecho a la asistencia de un abogado de su confianza, o de oficio; durante el proceso de investigación y juzgamiento, la defensoría pública, bajo la dirección y organización del defensor

²⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 13029 de Marzo 11 de 1998, Ponente: Ricardo Calvete Rangel.

²¹ Sentencia No. 14138 de Octubre 24 de 2002, Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

²² Sentencia No. 12584 de Marzo 26 de 1996, Ponente: Carlos Mejía Escobar.

²³ Sentencia No. 22305 de Octubre 27 de 2004, Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

del pueblo, se prestará a quienes carecen de recursos económicos para costearse su propia defensa, a solicitud del sindicado, el ministerio público o el funcionario judicial. El implicado en el proceso penal tiene derecho a entrevistarse con su abogado en privado, antes de comparecer ante las autoridades, además puede solicitar las pruebas en su contra y controvertirlas, anotando que las mismas deben estar expresadas en términos comprensibles, y con indicación expresa de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que están fundadas.

3.1. FUENTES CONSTITUCIONALES

Al examinar nuestra historia republicana, el Artículo 17 de la Constitución de la República de Cundinamarca, consagró que *“ninguno puede ser castigado antes de ser oído legítimamente y juzgado por la Ley promulgada antes de haberse cometido el delito”*. Posteriormente, el Artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886, dispuso al respecto que *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”*. La misma carta, en su Artículo 25, estipulaba que *“nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía a declarar contra sí mismo”* evidencias objetivas de que en nuestro proceso de construcción política, el derecho a la defensa siempre ha estado presente en el espíritu del constituyente primario.-

La Constitución Política de 1991, en el inciso 4 del Artículo 29, prevé que *“quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”*, consagrando además que *“es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*. En armonía con dichos apartes, el Artículo 118 instituye la Defensoría del Pueblo como órgano del Ministerio Público, especializado en la guarda y promoción de los Derechos Humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, tareas relacionadas, directa e indirectamente, con la materialización del derecho a la defensa como expresión del debido proceso. En el mismo sentido, cabe destacar que el constituyente de 1991, al formular el numeral 4 del Artículo 282 de la Carta, asignó al Defensor del Pueblo, entre otras funciones, la de *“organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la Ley”*, prueba inequívoca de la valía del derecho de defensa para la consolidación del estado social de derecho.

3.2. FUENTES LEGALES

Examinando el pasado encontramos que el Artículo 1 del Decreto 409 de 1971, mediante el cual se reformó el Código de Procedimiento Penal que regía desde 1937, reprodujo íntegramente el Artículo 26 superior: *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”*. El Artículo 116 del mismo estatuto, facultó al procesado, sin prescindencia de la

asistencia de la defensa técnica, para solicitar pruebas, interponer recursos, desistir de los mismos, pedir su excarcelación en los demás actos procesales, precepto que, por consiguiente, también desarrolla el principio del derecho de defensa. Luego, el Artículo 117, al preceptuar la obligatoriedad de la aceptación del cargo de defensor de oficio en el proceso penal, determinó la garantía de la asistencia técnica en el proceso de defensa como expresión del debido proceso. La misma norma en comento, en el numeral 2 del Artículo 210, sancionaba con la nulidad del proceso por la omisión de notificar al procesado y a su defensor el auto vocatorio a juicio.

Posteriormente, el inciso 2 del Artículo 1 del Decreto 2700 de 1991, reprodujo el inciso 4 del Artículo 29 de la carta vigente, dirigido expresamente a tutelar el derecho de defensa material y técnica, principios fundamentales del sistema penal al amparo del Estado social de derecho. En la misma línea, los Artículos 249 y 333 del citado decreto, en tanto que, al garantizar la imparcialidad del funcionario judicial en la búsqueda de la verdad real de los hechos, le impuso a estos igual celo en la averiguación de las circunstancias, tanto agravantes como atenuantes de la situación del procesado, al tiempo que, con evidente intención de proteger la presunción de inocencia, le asignó a la administración la carga probatorio cuando se trataba de impartir justicia. De igual manera, los numerales 2, y 3 del Artículo 304 del aludido estatuto, consagraron la nulidad para aquellas actuaciones que afectaran el debido proceso o el ejercicio del derecho a la defensa.

Ahora, con relación al sistema vigente, cabe decir la Ley 906 de 2004, modificó los criterios y métodos con los que insatisfactoriamente se posibilita la aplicación de la Ley penal hasta antes de su entrada en vigencia, es decir, hasta antes de la institucionalización del Sistema Penal Acusatorio. Del formalismo jurídico, basado en la retórica de las formas, se pasó a la esencialidad de la conducta misma que se reproduce en la oralidad del juzgamiento, en virtud de la dialéctica de la prueba donde cobra mayor trascendencia el comportamiento del hombre, considerado en la universalidad de sus circunstancias, ya que es en la valoración de las mismas que se hallan los elementos estructurales de la conducta punitiva.

Así las cosas, y ello buscando la realización de los derechos del procesado, es que el debate oral sobre la responsabilidad o la inocencia no está centrado, únicamente, en el examen de las categorías dogmáticas del derecho penal, por el contrario, como expresión del debido proceso, éste debe atender las cuestiones sustanciales y accidentales de la conducta bajo examen, ya que son ellas las que en sí contienen los elementos objetivos para probar o no la ocurrencia de un delito. Es en virtud de lo anotado que en la actualidad han adquirido preeminencia las técnicas de investigación de la prueba y sus medios cognoscitivos, tanto así que el mismo sistema acusatorio ha amplificando la relevancia de las pruebas obtenidas en sede de audiencia.

No cabe duda que las pruebas determinan la base fáctica que permite reconocer y establecer la verdad jurídica, en virtud de la cual se sanciona el culpable de una conducta criminal o se absuelve un inocente, correspondiendo por tanto a las partes en el Sistema Penal Acusatorio (Fiscalía y Defensa) la investigación de la prueba. Esa investigación, dirigida al logro de los fines propuestos, obviamente dependiendo de los intereses de las partes, recurre a la objetividad del método científico y la lógica, siempre buscando apartar al juez del camino de la duda para aportarle certeza a sus decisiones, y en consecuencia, limitando la posibilidad de la impunidad. La jurisprudencia ha señalado al respecto la necesidad de agotar todas las posibilidades para informar al imputado, a efectos de que en virtud de su presunción de inocencia pueda controvertir las pruebas allegadas en su contra:

1. El Artículo 29 de la Constitución Política establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Este mandato superior señala que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
2. El derecho a la defensa, tanto en su componente material y técnica, como elemento esencial del debido proceso, comporta que del inicio y trámite del proceso penal el imputado sea informado a través del agotamiento de todas las posibilidades que informan la actuación a efectos de que en orden a consolidar la presunción de inocencia pueda controvertir las pruebas allegadas en su contra; pedir y aportar las existentes a su favor; interponer los recursos legales; ser técnicamente asistido en todo momento, y la de recurrir la sentencia condenatoria.

En efecto, ha reiterado la Sala en punto del derecho fundamental de defensa, que cuando el Artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho a la defensa como una de las manifestaciones más importantes del debido proceso, no hace más que reiterar el necesario equilibrio de la relación jurídica procesal que debe existir entre las partes que intervienen en desarrollo de la actuación.

El funcionario judicial, como garante que es de los derechos fundamentales, tiene que estar atento a que el contradictorio se integre efectivamente, especialmente cuando la actuación se adelanta con persona ausente. Ni siquiera la rebeldía del procesado justifica el desconocimiento de este derecho, que por su carácter de inalienable e irrenunciable el Estado tiene la obligación de garantizar, no como una concesión graciosa sino como una garantía que trasciende incluso al campo de la dignidad de la persona.

Papel preponderante cumple en el ejercicio del derecho el propio acusado, en lo que se ha dado en llamar la defensa material, pues dado su particular conocimiento de la realidad y de las concretas circunstancias de su inocencia o de su responsabilidad, su ausencia puede generar inocultables limitaciones. Lo anterior debe llevar al funcionario judicial a reflexionar en la necesidad de adelantar las diligencias necesarias para que su vinculación se produzca con la plena observancia de las garantías constitucionales y legales.

La vinculación del imputado al proceso mediante declaratoria en contumacia, no es un procedimiento alternativo al de vinculación personal mediante indagatoria, sino simplemente residual o supletorio, al que únicamente puede arribar el funcionario cuando no ha sido posible hacer comparecer al imputado para que asuma la defensa material, acorde con lo establecido en el Artículo 356 del Código de Procedimiento Penal de 1991 (332 y 344 del actual)²⁴.

3.3. LA DOCTRINA

El Tratadista Gustavo Gómez Velásquez, uno de los doctrinantes más autorizados del ámbito jurídico nacional, al abordar la trascendencia del derecho de defensa, los ha hecho en los siguientes términos:

El debido proceso o proceso legal válido, a menudo se le identifica con el derecho de defensa, tomando la faceta más sobresaliente de la cuestión o la parte por el todo. Mejor es advertir que aquel comprende una serie de atributos fundamentales que, el procedimiento, no puede ignorar, desconocer o quebrantar so pena de nulidad; para mencionar solo los más destacados, se dice: que nadie podrá ser juzgado sino conforme a la preexistente al acto que se imputa (tipicidad y sanción); que todo juicio tiene que adelantarse ante tribunal competente; que para el juzgamiento de la personas deberá observarse la plenitud de las formas propias (básicas, esenciales) de cada juicio; que la aplicación preferencial de la Ley Penal favorable, así sea posterior al hecho, es ineludible; que la persona procesada tiene derecho a su defensa oportuna, eficaz e idónea²⁵.

En el mismo sentido, Jaime Bernal Cuellar dice que *“el derecho de defensa debe considerarse integralmente. De acuerdo con esta posición, pueden exigir algunos etapas del proceso en que se restrinja la garantía defensiva si existen otras oportunidades para que el procesado controvierta a plenitud la imputación que se*

²⁴ Sentencia No. 21896 de Octubre 27 de 2004, Ponente: Marina Pulido de Barón.

²⁵ GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo. Código de Procedimiento Penal Colombiano Comentado. Bogotá: Temis, 1997, p. 4.

*le formula*²⁶. Finalmente, cabe citar al Procesalista del Universidad Externado de Colombia, Alberto Suárez Sánchez, quien conceptualiza el derecho a la defensa de la siguiente manera:

El derecho de defensa es el que tienen el imputado para oponerse a la pretensión penal de la acusación. La defensa puede concebirse como una parte procesal, dialécticamente opuesta a la acusación, integrada por dos sujetos procesales (el imputado y su abogado), titulares de todo un conjunto de garantías y derechos instrumentales suficientes para contestar la pretensión penal y hacer valer eficazmente dentro del proceso el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado se presume inocente. El derecho de defensa en su Estado democrático es el que corresponde a todo imputado, como sujeto procesal y titular de derechos fundamentales constitucionales, mediante la asistencia técnica de un abogado defensor, con capacidad para oponerse ambos efectivamente a la pretensión penal²⁷.

Con los apartes anotados no cabe duda acerca de la vocación, en el grueso de nuestro ámbito jurídico (legislación, jurisprudencia y doctrina), que en armonía con los Tratados Internacionales sobre la materia, se ha ocupado por fortalecer el derecho de defensa entendido como expresión material del derecho fundamental al debido proceso.

IV. CONCLUSIONES

Con lo expuesto podemos concluir entonces que, en armonía con el contenido del Artículo 29 superior, el derecho de defensa adopta en nuestro ordenamiento una doble dimensión, constituyendo a la vez garantía procesal y derecho fundamental del procesado, y en consecuencia, instrumento para conseguir la legitimidad de las decisiones que adopta la jurisdicción, presupuesto objetivo que desde la óptica de los mandatos que orientan el derecho penal moderno representa garantía de tutela para intereses del procesado, y prueba inequívoca de la prevalencia del principio de legalidad que debe inspirar todas las actuaciones del estado. Desde dicha perspectiva, resulta inequívoca la posición de ambas Cortes, es decir, la Suprema de Justicia y la Constitucional, en el sentido de afirmar que en virtud del rango constitucional del derecho de defensa como expresión material del debido proceso, no resulta justificable ninguna excepción cuando de su ejercicio se trata.

De igual manera resulta importante destacar que el debido proceso, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona en el ámbito de las actuaciones

²⁶ BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Jaime. El Proceso Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 257 y 258.

²⁷ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. El Debido Proceso Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 280.

judicial para ser oída, con la posibilidad de exponer sus razones y argumentos para controvertir las pruebas en su contra por parte del Estado, también comporta la práctica de pruebas y el ejercicio los recursos de Ley, de donde deriva entonces que su importancia en el contexto de las garantías procesales del sistema penal, está fundada en la posibilidad material de impedir la arbitrariedad de los agentes institucionales para evitar una condena injusta en su contra, y entre ellas, la adopción del silencio como estrategia de defensa, máxime cuando es al aparato estatal al que corresponde desvirtuar la presunción de inocencia que cobija a todo asociado en un Estado social de derecho.

Finalmente, admitiendo defensa técnica como aquella ejercida por un profesional de derecho comprometido ética y académicamente con los derechos del imputado, resulta pertinente anotar que el empleo de la estrategia del silencio en la defensa implica la necesidad ponderada y reflexiva de evaluar sus precisas consecuencias en un juicio, partiendo siempre de las circunstancias particulares del caso, y no como un mero acto de irreflexiva desidia procesal. En este sentido las Cortes han admitido que el silencio del Abogado no vulnera los derechos del procesado, siempre y cuando éste sea consecuencia de un análisis metódico del caso, evento en el cual será reconocido como una verdadera defensa técnica, más nunca como una excusa para evadir los deberes del abogado, sujeto procesal destinado a honrar el contenido del mandato constitucional del Artículo 29.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Jaime. El Proceso Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- Constitución Política de Colombia: Bogotá: Légis, 2008.
- Congreso de la Republica de Colombia. Ley 599 de 2000 “Código Penal”. Bogotá: Imprenta Nacional, 2000.
- _____. Ley 906 de 2004 “Código de Procedimiento Penal”. Bogotá: Imprenta Nacional, 2004.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1996, Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- _____. Sentencia C-621 de 1998, Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- _____. Sentencia T-028 de 2005, Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- _____. Sentencia T-106 de 2005, Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- _____. Sentencias T-066 de 2005, Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- _____. Sentencia T-068 de 2005, Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- _____. Sentencia T-106 de 2005, Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- _____. Sentencia C-782 de 2005, Ponente Alfredo Beltrán Sierra.
- _____. Sentencia C-025 de 2009, Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- _____. Sentencia T-962 de 2007, Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 12584 de Marzo 26 de 1996, Ponente: Carlos Mejía Escobar.

_____. Sentencia No. 13029 de Marzo 11 de 1998, Ponente: Ricardo Calvete Rangel.
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 14138 de Octubre 24 de 2002, Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

_____. Sentencia No. 18517 de Marzo 03 de 2004, Ponente: Alfredo Gómez Quintero.

_____. Sentencia No. 22305 de Octubre 27 de 2004, Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

_____. Sentencia No. 17405 de Marzo 30 de 2006, Ponente: Edgar Lombana Trujillo.

_____. Sentencia No. 20345 de Septiembre 13 de 2006, Ponente: Alfredo Gómez Quintero.

_____. Sentencia No. 26827 de Julio 11 de 2007, Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

_____. Sentencia No. 16958 de Septiembre 06 de 2007, Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Madrid: Espasa Calpe, 2006.

GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo. Código de Procedimiento Penal Colombiano Comentado. Bogotá: Temis, 1997.

Presidencia de la Republica de Colombia. Decreto 409 de 1971. Bogotá: Imprenta Nacional, 1971.

_____. Decreto 2700 de 1991. Bogotá: Imprenta Nacional, 1991.

SUAREZ CROTHERS, Christian. Derecho a la defensa a la luz de la reforma del procedimiento penal. En: *Ius et Praxis*, Vol. 5, 2005.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. El Debido Proceso Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.