

LA DEFENSA DE CAUSAS INJUSTAS O DE INTERESES ANTISOCIALES, Y LA PRODUCCION Y USO DE LA PRUEBA

Dr. Gustavo Peláez Vargas

CONSAGRACION JURIDICA DEL DERECHO DE DEFENSA.

El derecho de defensa del procesado ha sido adoptado en la legislación colombiana, y su órgano natural es el defensor. Una ley imaginaria o postulado de Derecho, señala sin vacilación y como adecuado a la justicia, que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. La Carta Constitucional, al hacer, en el artículo 26 la exigencia de juzgamiento mediante "la plenitud de formas propias de cada juicio", comporta el debido proceso que implica la necesaria inclusión de asistencia jurídica; el artículo 431 del C. de P. P., concreta la existencia de este derecho desde el momento mismo de la captura del sindicado, y el artículo 385 de la misma codificación, faculta al llamado a responder en juicio para designar defensor, que si no lo hiciere, recae en el juez la obligación de nombrarlo. Es también contemplado en la Declaración de los Derechos Humanos, que hace parte del derecho positivo del país en virtud de la ley 74 de 1968.

ES UN DERECHO: Conviene precisar que el otorgamiento de esa facultad al individuo no es una gratuidad del Estado, una magnanimidad de la Sociedad, una concesión gratuita, ni un privilegio: es un derecho inherente a la persona humana, que al decir de Carrara es originario e inalienable (1). Originario del hombre, por cuanto emana del que tiene a la libertad, que es característico suyo y de su naturaleza; e inalienable, ya que el individuo no puede determinar si se ejercita o no, no solamente por el detrimento que acarrea a sus propios intereses, que más por la afectación al orden social, que exige un juicio dentro de un marco de garantías que traduce seguridad jurídica.

ES NECESARIA. La defensa no sólo constituye un derecho, sino que es necesaria, tanto desde el punto de vista técnico, como mirada desde el ángulo del servicio público. Resulta indispensable por el primer aspecto, ya que el proceso penal, que sirve precisamente para la definición de la relación jurídica creada con el hecho imputado, se compone de una serie de diligencias y actividades presidi-

das por conocimientos, artes, habilidades, y la resolución demanda saber, no solamente del Derecho, sino de muchas otras ciencias que confluyen a guiar la búsqueda de la verdad; y resulta de evidencia experimental que la mayoría de los individuos que comparecen ante la jurisdicción penal no son abogados, y menos realmente versados en estos menesteres, que es la exigencia ética para que no haya desigualdad, pues en general los jueces y personas del ministerio público sí lo son, o al menos consagran a ello su vida y actividad. Y si el imputado tuviere conocimientos, y aún, fuera un especialista en esa rama del derecho, la condición de sujeto pasivo de la acción penal es suficiente, en la generalidad de las personas, a crear incapacidades y deficiencias para el ejercicio de esa actividad en propia causa, traducidas en imposibilidad de acercamiento previo a los medios y órganos de la prueba, algunas veces de suma importancia antes de su producción, fuera de que sus exposiciones, bien sobre los hechos, el aspecto probatorio o la ley, pierden donosura en sus labios y su tímida y apagada voz no convence. Y la defensa constituye "un servicio de necesidad pública" (2), en virtud del interés legítimo que en ella tienen el justiciable, la justicia y la sociedad.

Es trascendente para el sindicado, ya que el resultado del juicio bien puede depender de una adecuada defensa, y así, su inocencia o inculpabilidad, o lo contrario, están sujetos a ella, aún en el caso de manifiesta culpabilidad; la concreción de atenuaciones o aminorantes puede ser proporcional al ejercicio de la actividad defensoria, como también el que no se incurra en excesos acerca de la responsabilidad y sus consecuencias. La Justicia está hondamente interesada en la defensa, por cuanto ésta colabora con ella, no con el mismo afán, sino en representación del derecho particular, privado, y así, sirve frecuentemente para señalar a la jurisdicción el error, y con ello, el peligro de sentencia contra el inocente o la deducción en medida mayor de la correspondiente, lo que constituye beneficio para la Justicia, pues ésta no puede pretender, legítimamente, sino la sanción del verdadero culpable y en su exacta dimensión. Y la Sociedad se satisface, porque cada uno de los miembros de ella es potencialmente individuo sometido al proceso, y por ello requiere de seguridad, de garantía futura. "Esto lo pide el interés del pueblo, lo sufre la costumbre, y lo lleva de suyo la humanidad"(3).

PREJUZGAMIENTO RESPECTO AL SINDICADO, Y DIATRIBA CONTRA EL DEFENSOR

Se ha de observar que, sobre la necesidad de la defensa se presenta un frecuente, común y arraigado error, que no por estas calidades deja de ser funesto, cual es el que proviene de un prejujuamiento, y por quienes no tienen la calidad de jueces, que son algunas veces simples espectadores, ni siquiera ofendidos con la violación, sino que como miembros de la sociedad abrogan los derechos de la autoridad para decidir, sobre quien no ha sido juzgado, sin juicio previo si es malvado, malhechor o culpable. Son, simplemente, aberraciones emanadas de la irreflexividad de los sentimientos populares, desviaciones de la venganza pública o particular, manifestaciones de la ley de Lynch, que en nada se compadecen con la justicia ni tienen parentesco con ella; bien por el contrario, la desfiguran, maltratan y escarnecen.

Es por ello por lo que, quienes no han sido capaces de captar lo munífico de la defensa, la han señalado con osadía y atrevimiento como "conciencia de alquiler" o "patrocinio del delincuente", porque no han entendido su misión, su alcance, su significado de seguridad y su nobleza, y porque no han comprendido qué es, jurídicamente, defender, que no es cosa distinta de asistir en derecho y frente al proceso al imputado, con el fin de demostrar y pedir el juicio de inocencia o de inculpabilidad, de buscar el reconocimiento de atenuación o de aminorantes, de amparar de las calificaciones o deducciones excesivas de cargos. Esos detractores de la trascendente, grandiosa y sublime misión del defensor, desconocen, o no alcanzan a penetrar el significado de estas preciosas expresiones de Calamandrei: "Los abogados indagan la verdad de perfil, aguzando cada cual la mirada desde su lado ...", por ello, "en los procesos, y especialmente en los penales, los hechos se ajustan a la medida intelectual y moral del defensor", y agrega; "esos abogados tienen el don de saber descubrir en todos los delitos, aún en los más abyectos, los elementos de humana piedad que mejor se compaginan con su índole y que quedarían ocultos al público, si no fueran ellos sus generosos reveladores" (4).



EL DEFENSOR DEBE SER OIDO

Es verdad que las infamias y los errores que han aflorado en los procesos penales como labor de la defensa, son incontables: y por lo mismo estatuyen las sanas legislaciones sobre procedimiento penal, la obligación del juez en las providencias que dicta, consignar las peticiones y conclusiones hechas por las partes, e indicar las razones que lo han determinado a su aceptación o rechazo, a fin de que la decisión no sea un análisis subjetivo y personal sólo del fallador, sino que contenga la comparación de estos criterios con los argumentos y consideraciones que apoyan las solicitudes, y pueda así predicarse con razón que ha sido "vencido en juicio", y no que el resultado sea la decisión descuidada, inmotivada o producto de una concepción prevenida del juez. La legislación colombiana se acoge a este criterio de garantía en el artículo 171, 4, y con mayor énfasis en el artículo 482, 4.

En las causas que comportan mayor gravedad, es frecuente encontrar en el jurisdiscente el prejuizgamiento; que ante la apariencia o concepto que de antemano se ha formado, su mente se impermeabiliza a las explicaciones que se le ofrecen, y por ello, la providencia nada de examen contiene sobre lo invocado, porque el afán de justicia implacable, severa, no le permite meditar, reflexionar, ni dudar; sólo hay una meta que no consiente impedimentos, cual es la de castigar así no proceda un cabal examen, todo lo cual comporta enormidad de atentado contra la justicia. A un sabio oriental se atribuye la siguiente frase: "Erra, por cierto, gravemente, aquel que hesita en perdonar; erra, no obstante, mucho más aún, a los ojos de Dios, aquel que condena sin hesitar" (5).

LA DEFENSA ES UN DEBER: Entendida la defensa como derecho, se impone examinarla en su correlativo el deber, que se presenta, indudablemente, como jurídico y moral.

La generalidad de las legislaciones establece, como necesaria en el proceso penal la intervención, y activa del defensor; así lo consagra la colombiana que prescribe como imprescindible su nombramiento, y señala ineludible el cumplimiento de la misión, ya que no solamente da la oportunidad de su ejercicio, sino que en lo común de las audiencias, según indica el artículo 511 del C. de P. P., se re-

quiere la presentación del resumen escrito de la alegación; y muestra ello el gran interés que suscita para el legislador, y que de consiguiente debe serlo para el juez, el conocimiento de todas las invocaciones favorables al procesado, o sea el conjunto de descargos. De ese carácter necesario e imprescindible de la defensa del sindicado, deviene la obligación impuesta por el Estado de la atención jurídica oficiosa de quienes no tienen medios económicos para proporcionarse asistencia legal o que no quieren hacerlo, lo que constituye deber jurídico para el abogado. Y también ha de estimarse como deber en el profesional que ha aceptado encargarse de suministrar protección jurídica, por haber sido establecida ésta por la ley, considerada indispensable por la misma, y necesaria para el imputado. Y en cuanto a su importancia como deber moral, vale por todos la expresión de Cathrein: "... la ley jurídica obliga a todos, *en conciencia*, a prestar a otros lo suyo, de tal suerte, que aquel que no lo hace, es responsable ante la justicia, y consiguientemente viola el orden moral" (6). Y si el abogado es poseedor de unos conocimientos reputados indispensables para una actividad que, realizada por el Estado redundaría en el orden social, emerge con claridad el compromiso moral, máxime si en esa rama del derecho se trabaja como actividad habitual.

CAUSAS JUSTAS E INJUSTAS O DE INTERESES ANTISOCIALES

Lo anterior conduce al examen de lo que se ha llamado causas justas y causas injustas o de intereses antisociales, y de la licitud de la defensa de las últimas.

Rafael Bielsa se pregunta: "Pero cuándo puede hablarse de causas injustas, de un crimen repugnante, de una defensa arbitraria? La apreciación de la ética es muy variable, muy subjetiva y aún también los jueces juzgan un mismo hecho condenable unas veces y disculpable otras" (7). Conviene si indicar ya, que no hay lugar, jurídicamente, para hacer diferencia entre causas injustas y de intereses antisociales, ya que la ley no distingue, y menos autoriza para unas y quita el derecho en otras; la equidad que origina la defensa se reconoce en el procesado sin distinción de la gravedad delictual; de otra parte, esas conductas que han sido erigidas en delito, surgieron como tales, precisamente, por su carácter antisocial, por la

afectación al orden social, y su mayor o menor gravedad, la determina unas veces previamente el legislador en la norma, y en otras la entrega al criterio del fallador para que la valore como uno de los elementos para la individualización de la pena.

Mas sobre la calificación de justa o injusta, hay una verdad apodíctica: sin finalizar el proceso, no es posible estimar las causas como justas o injustas, desentrañar estos extremos constituye uno de los objetivos principales del mismo. Nuevamente se demuestra que el prejujuamiento es causa del error; se clasifica frecuentemente una conducta como de determinada naturaleza sin que la investigación haya informado suficientemente; se juzga de manera inadecuada, precipitada, que no produce siquiera certeza, cuando el juicio sólo puede ser válido si el proceso ha terminado, y entonces, la conclusión derivada de la sentencia revela al abogado la clasificación, unas veces por la racionalidad de la pieza jurídica que la contiene, otras, por la sumisión a la cosa juzgada que el jurista conoce como necesidad en el desenvolvimiento del derecho. Y la apariencia de injusticia del hecho, o su ostensibilidad, no puede, jurídicamente, inhibirlo para encargarse del caso, pues debe conocer el alcance de la asistencia legal, y que en el desenvolvimiento de la investigación aparecen, o pueden aparecer, hechos y circunstancias que conducen a un cambio de criterio. Si la acción aparentemente injusta o considerada como tal desde un principio no pudiera ser, conforme a derecho defensible, no se entendería el por qué la ley obliga al defensor oficioso a asumir la garantía de protección jurídica en un caso de esa calidad, y en cambio, no podría hacerlo el abogado designado por el procesado. La razón no está en la justicia o injusticia del hecho imputado, sino en la necesidad de conocer en su integridad esa conducta y sus aspectos, como las consecuencias que de ella dimanar; y en todo lo cual toma parte el defensor tratando de imponer por la razón el criterio y el derecho que estima correspondientes, o aceptando lo favorable o desfavorable que bajo el mismo discernimiento sea deducido. Resulta por ello adecuada la expresión de Carrara: "Es una blasfemia afirmar que el culpable no debe ser defendido" (8).

Sobre la licitud moral de esta clase de defensa, en su "Deontología Jurídica", el profesor de Teología Moral, S. I. José Salsmans, reflexiona en los siguientes términos: "En principio el abogado *puede*

siempre encargarse de las causas criminales, aunque estuviere cierto de la culpabilidad de su cliente. Esto no es contrario a su *juramento*, supuesto que siempre es lícito velar por los derechos de un acusado, demostrar que la falta no ha sido establecida jurídicamente, que hay circunstancias atenuantes, etc. El Derecho natural exige absolutamente, para impedir condenas inmerecidas, que todo reo o acusado pueda presentar su defensa". (9) Y otro profesor de Teología Moral, el sacerdote jesuíta Paul Steven, en su "Moral Social", hace la misma afirmación categórica: "En material criminal, el abogado puede *aceptar la defensa de cualquier causa*, aunque esté cierto de la culpabilidad de su cliente". (10).

Tanto la licitud jurídica como moral, emanan de que el derecho de defensa, como antes se expresó, es originario del hombre, de que el defensor asume la asistencia y protección jurídicas del acusado en virtud de necesidad técnica y del orden social, y del alcance y contenido de la asistencia jurídica.

EJERCICIO DE LA DEFENSA : Ahora bien, aceptada la misión de defender, surge la obligación de actuar con generosidad y bizarria, ya que se ha admitido un cargo que significa prestación de servicios que, la otra persona no puede o no quiere llevar a efecto, y entonces asume su representación, y por tanto, ha de ejecutar todo lo que legítimamente pudiera hacer el otro. Ha de tratar de entender todas las situaciones del proceso como corolario obligado de ser un profesional en ese campo del saber, destinado al estudio detenido de los aspectos que convergen a la resolución de las relaciones jurídicas de esa categoría, y en las cuales el mínimo descuido puede aparejar funestos resultados; por ello, a pesar de que en veces es oneroso, es reprochable la vacilación en el esfuerzo de conseguir el triunfo de la verdad real, o al menos la jurídica, y de hacer entender lo que con el estudio, y a veces por el contacto con el delincuente, ha difícilmente comprendido el defensor, y que requiere de constancia y suma energía para que sea recibido por la inteligencia de los otros intervinientes en el proceso; la nobleza, la magnanimidad y la caridad, alcanzan a comprender la dulzura contenida en la miseria. Y aun cuando pueda parecer peregrino, todo entra en los deberes de asistencia y protección, y constituye el bálsamo que puede el abogado prodigar: esto hace más grande y munífica esta dura y delicada labor. Por ello habrá de ser sordo al qué

dirán, porque "El viandante que se detenga a escuchar el ladrido de los perros, difícilmente llegará al término de su jornada" (11) Y, finalmente, ha de actuar con lealtad, especialmente con el cliente; al proceso penal ha concurrido, no como miembro de la administración de justicia con la que tiene la obligación de lealtad encarnada en el uso de los medios legítimos que la ley le proporciona y sólo de éstos, sino como representante del procesado para quien busca y procura justicia, y por ello ha de guardarle lealtad absoluta que incluye el secreto profesional, y todo por encima de otros intereses, toda vez que se le ha depositado, no sólo la esperanza, sino el derecho de libertad.

MEDIOS ADECUADOS. Los medios legítimos que puede emplear la defensa, no son otros que los podría utilizar el procesado, a cuyo nombre actúa. Así, puede negar abiertamente la culpabilidad, como lo puede hacer aquél a quien ni la moral ni el derecho obligan a confesar ni a decir verdad, salvo la difícil situación de condena de un inocente en cuyo caso la moral le señala el deber de hacerlo, mas no así el derecho que en sus preceptos, de la casi totalidad de las legislaciones, no ordena reconocer la culpabilidad o declarar la verdad en estos casos, por cuanto la demostración compete a quien tiene la pretensión punitiva, es decir, el Estado.

El proceso penal no es otra cosa que la reconstrucción histórica del hecho que se reputa delictuoso, de las circunstancias, del autor, de su personalidad, y de muchos aspectos más que interesan a la decisión final, y en ellos, por ministerio de la ley, que ofrece de esa manera seguridad jurídica, participa, y en ocasiones de manera determinante, el apoderado o defensor valiéndose de las facultades que le otorga el procedimiento penal, entre ellas la de solicitar pruebas, contradecir las aportadas, y usar de todas ellas como fundamento y apoyo para el convencimiento respecto a sus alegaciones y peticiones.

PETICION DE PRUEBAS. En cuanto a la petición de pruebas rige el principio, sin que se ofrezca excepción, de que en ningún caso puede solicitar pruebas sobre las cuales tiene certeza de su falsedad; mas cuando no se tiene ese grado de conocimiento, sino que es sólo probable, expresa el Padre Salsmans antes citado, que "Un abogado que estime oportuno presentar un testigo, puede ha-

cerlo, aunque sospeche que éste añadirá falsedades a su declaración, por otra parte exacta y útil". Y más adelante, relativo a la materia criminal precisa: "Pero cuando, *independientemente* de la influencia del abogado o del cliente, un testigo va ser *probablemente perjuro*, el defensor no está obligado en conciencia a dejar de citarle. El provecho que resulta de ese testimonio es una razón suficiente para no evitar ese perjuicio" (12).

USO DE LA PRUEBA. En cuanto al uso de la prueba ya producida, tiene el defensor amplia libertad para servirse de ella, con la restricción anterior. Sin embargo, continúa el P. Salsmans: " Si, por culpa del cliente o de tercero, se emplean en el curso de una causa criminal documentos o testimonios favorables, pero cuya falsedad conoce con certeza el abogado, no debe ni aun puede delatarlos. En caso necesario puede, incluso *citarlos* en la defensa, como para precisar bien delante del tribunal el estado de las cosas según las pruebas presentadas a la audiencia". (13) Todo lo cual se ofrece a la siguiente aclaración: la existencia en el expediente de un documento falso o testimonio de esa índole que no ha sido procurado, influido o sobornado por el abogado o por el cliente, Puede servir de apoyo en la defensa, así se conozca su falsedad; mas cuando puede imputarse culpa a otra persona o al cliente, esa culpa, unida al conocimiento cierto, impide fundar sólo en ella la defensa, por constituir una mentira propiamente dicha. Sólo puede en tal caso referirse a ella como referencia de otros elementos de juicio que concurren a la misma conclusión, es decir, puede usarse como complemento o aderezo en el raciocinio o convicción nacida en distintos elementos de persuasión aportados al conjunto probatorio.

Para la inteligencia de lo anterior relativo al uso de la prueba, es necesario precisar que el defensor, jurídica y formalmente en la defensa como demostración de hechos y circunstancias, está limitado a la que ofrece el proceso, pues un principio de derecho procesal recalca al respecto que, "lo que no existe en el proceso no existe jurídicamente", de lo cual se derivan dos necesarias conclusiones: la una, que puede emplear o servirse de todas las allí existentes; y la segunda, que si las hay falsas en el expediente sin su concurrencia consciente, ninguna participación le dabe en ello, ni por culpa, por la no obligación de delatarlas, y puede por tanto disfrutarlas, pues a quien corresponde en toda su integridad la demostración es al Estado, y la introducción de pruebas de esa natu-

raleza señala incapacidad o deficiencia en el órgano respectivo, o sea, en la jurisdicción, cuya protuberante falla respecto a la investigación es univesal.

Dr. GUSTAVO PELAEZ VARGAS
Catedrático del Derecho Penal General - Pruebas Penales.
Ex-Magistrado Tribunal Superior de Medellín
Autor de dos obras sobre Materia Penal.

BIBLIOGRAFIA

1. Francisco Carrara, *Programa de Derecho Criminal, parágrafo 977*. Editorial DEPALMA, Buenos Aires, 1944.
2. Vincenzo Manzini, *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, pag. 583. E. J. E. A., Buenos Aires, 1952.
3. Marco Tulio Cicerón. *Obras Completas*. Tomo II, Los Oficios, pág. 95. Ediciones Anaconda. Buenos Aires, 1942.
4. Piero Calamandrei. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, págs. 124, 126 y 127. E. J. E. A. Buenos Aires, 1956
5. Malba Tahan, *El Hombre que Calculaba*. Págs. 154. Sin editorial ni fecha.
6. Víctor Cathrein S. J., *Filosofía del Derecho*, pág. 278. IV ed. Reus, Madrid, 1941.
7. Citado por Gonzalo Afanador, *La Profesión de Abogado*, pág. 86. Fondo Rotatorio Imprenta del Departamento, Bucaramanda, 1974.
8. Carrara, Op. cit. parágrafo 979.
9. José Salsmans S. I., *Deontología Jurídica*. Pág. 268. El Mensajero del Corazón de Jesús. 2a. edición, Bilbao, 1953
10. Paúl Steven, *Moral Social*. pág. 457. Ediciones Pax, Madrid, 1955.
11. Angel Osorio. *El Alma de la Toga*. pág. 47 E.J.E.A. Buenos Aires, 1981, 10a. edición.
12. Salsmans, Op. cit. págs. 41 y 270.
13. Salsmans, Op. cit. pág. 271.