

FUNCIÓN SOCIAL DE LA DEFENSA Y CUESTIONES ALEDAÑAS

(Tomado de su Obra en Preparación
"GUÍA DEL DEFENSOR")



DOCTOR

HERNANDO DUARTE POLO

Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia (1964). Integró el primer curso de soldados profesionales (1965), el cual se adelantó en la Escuela de Ingenieros Militares. Ha dictado clase en varios colegios de enseñanza media, entre otros: Colegio San Luis Gonzaga de Bogotá (1963-1964) y Liceo Femenino de Sevilla (1965-1967) donde ha regentado clases de historia, literatura e Instituciones Colombianas y Civismo Internacional. Desde el mes de mayo de 1965 desempeña el cargo de Auditor de Guerra del Batallón de Infantería N° 24 Voltígeros de Guarnición en Sevilla, Valle.

La justicia jamás cumplirá con su misión social si quienes la aplican o trabajan en ella carecen de suficientes conocimientos para ponerla en marcha.

El juez fallador y el juez instructor deben, en lo posible, poseer un vasto conocimiento del Derecho. Y al hablar de Derecho, nos estamos refiriendo no a una rama de la ciencia sino a la ciencia en sí.

Tratándose del Juez Penal, éste debe conocer no solo el Derecho Penal y los códigos. Sus conocimientos deben rabasar el ridículo marco de definir delitos, de memorizar procedimientos y de esquematizar nociones. Debe el juez adentrarse en el conocimiento de las ciencias penales y dominar el amplio terreno de la ciencia de las pruebas.

Es indudable que se administrará mejor justicia el día en que quienes tienen en sus manos funciones jurisdiccionales, dominen la ciencia probatoria y conozcan en su exactitud las ciencias penales. Todo esto porque, como bien lo anota Carlos Fontán Balestra, el Derecho Penal ha entrado en una fase decididamente técnica, como consecuencia de la necesidad de asegurar las libertades individuales en los Estados de derecho (1).

El Derecho se convertiría en una cuestión artesanal si se redujera solo a normas y a la aplicación de ellas. Por ello se impone el que un juez, un verdadero juez, sepa Derecho; y saber Derecho no es fallar un negocio,

(1) Misión de Garantía del Derecho Penal. Editorial Depalma. Buenos Aires (1950) Pág. 9.

no es instruir un sumario, no es defender, no es acusar. Saber Derecho significa fallar bien, instruir con eficiencia, defender a conciencia y acusar con honradez.

El profesor Samuel Barrientos Restrepo ha definido las ciencias penales como un conjunto de conocimientos sobre el delito, el delincuente y la pena y los demás medios de defensa social contra el crimen (2) y menciona

entre las ciencias penales: la antropología criminal, la psicología criminal, la sociología criminal, la estadística criminal, la medicina legal, la policía científica, la criminalística y la endocrinología.

La definición y enumeración que hace el respetado jurista, nos da una clara idea de lo que deben ser los conocimientos de un eficiente funcionario judicial.

Algunos procesos penales han concluido con burdas sentencias condena-

(2) Elementos de Derecho Penal. Ediciones U.P.B. (1953). Pág. 23.



torias o con absurdos fallos absolutorios porque el juez de instancia desconoció la realidad procesal o porque no fue capaz de declarar contraevidente el veredicto del jurado de conciencia. Y es muy frecuente que la impunidad acabe con procesos penales por la simple circunstancia de que el juez instructor no supo allegar pruebas, no conocía el valor probatorio de un careo o de un reconocimiento o de una inspección ocular, y si decretó estas pruebas no lo hizo a tiempo; desde luego que un negocio mal instruído llega a manos del juez fallador y éste tiene que absolver por falta de pruebas ya que para condenar, la Ley penal es demasiado exigente. En efecto, el artículo 203 del C. de P. P., y el 444 del C. de J. P. M., exigen, para condenar, **que en el proceso se haya producido legalmente la plena prueba de la infracción investigada y la de la responsabilidad del procesado.** Como es lógico suponer, en un negocio mal instruído, difícilmente se van a dar cita los requisitos que el Código exige para condenar.

Todo lo anterior se comenta para poner de relieve la importancia de la idoneidad en la administración de justicia, porque sin temor a equivocarnos podemos afirmar que la idoneidad de los jueces es el mejor obstáculo para que las causas penales hagan tránsito alegre a la impunidad.

Y si el juez debe luchar porque la justicia cumpla con su alta misión de restablecer el derecho violado o de prevenir la violación de derechos, el defensor debe luchar porque su poderdante goce plenamente

del derecho de defensa. Si el juez está preparado y se esfuerza por ejercer dignamente su magisterio, el defensor debe hacer otro tanto. Debe existir un perenne deseo de superación en el Defensor para que cumpla con exactitud la sacra misión que está llamado a desempeñar.

El hábito de la lectura es el mejor aliado de jueces y defensores en sus tareas de no permitir la impunidad y de asegurar una defensa idónea y dignificante. Por eso, entre más se consulten obras, entre más interés haya por los aspectos relativos a las ciencias penales, mayor será la eficiencia y mejor el desempeño en estos ajetreos.

No debe perderse de vista que en las causas criminales se ponen en juego dos cuestiones de fondo: la defensa de la sociedad y los derechos del individuo procesado. Aceptamos, con Francesco Carrara, que "El Derecho es la libertad. La ciencia criminal bien entendida es, pues, el supremo código de la libertad".

Esto se entiende mejor si comprendemos que **Sociedad-procesado** forman una dicotomía esquematizada en la que a grandes rasgos se ven en juego, por un lado, el respeto al ordenamiento jurídico, y por el otro, la garantía constitucional de dar al individuo la posibilidad de defenderse. Estas dos cuestiones de fondo dan a todos los juicios penales una gran importancia y como todas las cosas de importancia, exigen un tratamiento acorde con su calidad. En todo proceso se plantean situaciones jurídicas complejas que exigen conocimiento a fondo, que



policía secreta, lo odian los familiares del ofendido y la sociedad espera ansiosa una condena que lo prive de la libertad. Tenemos entonces, que en contra del procesado está una sociedad que ignora la realidad procesal o los móviles del hecho investigado. A todo esto se agrega el hecho de un jurado informado por una prensa irresponsable que en la mayoría de los casos tergiversa los hechos en perjuicio del "criminal", (léase sindicado simplemente), calificativo lanzado a priori, sin los menores elementos objetivos del juicio.

En esa tragedia, el procesado es un monstruo cuya muerte a la libertad, todos desean. Y él comprende su situación: ve a los demás hombres como bestias grotescas, incapaces de comprender la razón del hecho que ha despertado esa colectiva solidaridad entre los miembros del conglomerado. Turbado, nervioso, perseguido, humillado y solo, el procesado busca un amigo y se aferra cual náufraque a la tabla de un defensor. El procesado lo mira como un salvador, como al valeroso caballero que con gallardía luchará hasta el fin por la digna causa de defender al débil, al desamparado, al proscrito. Esa es la verdad de una defensa o del papel de un defensor. Es necesario, entonces, no defraudar el deseo del procesado y tomar en serio la causa encomendada porque para el reo, su defensor es algo así como la encarnación de la justicia y la comprensión.

La gran misión de la defensa debe llevar al misionero de la empresa no solo a desempeñarse con honestidad

exigen dominio de las ciencias penales y este dominio solo se adquiere con estudio frecuente y sistematizado.

En lo que a la Justicia Penal Militar respecta, los fiscales y presidentes de los Consejos de Guerra así como los defensores y vocales (jueces de conciencia) jamás deben olvidar que es muy noble la misión de ellos y para ponerse a la altura de esa misión deben sacrificar tiempo y deben hacer esfuerzos por adquirir conocimientos de Derecho.

Los oficiales defensores no deben olvidar que la Defensa es una institución llamada a desempeñar una gran función de contenido eminentemente social. El papel sacratísimo de una defensa penal exige, no solo una cuidadosa preparación, sino también una dedicación integral.

Todo procesado es un ser perseguido: lo persiguen los tribunales y jueces, lo acechan los agentes de policía y la

y amor, sino también a la realización del mejor esfuerzo para que los intereses del reo no sufran mella. Si la Constitución misma garantiza el derecho de defensa, se debe hacer todo lo permisible para ejercerlo en su plenitud. Por eso, el defensor viene a ser el instrumento mediante el cual se realiza un derecho. Es la parte dinámica del juicio y representa el aspecto noble y compresivo del drama doloroso que en todo proceso se vive.

Desde el momento mismo de la posesión como tal, el defensor debe establecer un nexo permanente con su poderdante; ese nexo debe ser aprovechado por el defensor para llevar confianza al procesado, debe llevar al ánimo de éste la seguridad de que se hará justicia y que el Derecho se aplicará en su estricta necesidad: sin persecuciones, sin venganzas. El defensor habrá realizado algo positivo en su misión si logra convencer al reo de que no solo a los criminales y seres despreciables se lleva ante los jueces de conciencia, pues, el juicio es neces-

rio para la tranquilidad de una sociedad aparente o realmente ofendida. En resumen, se debe luchar porque al sentarse en el banquillo de los acusados, el reo esté tranquilo, con esa tranquilidad propia de quien comprende a ciencia cierta una necesidad determinada.

El estudio del expediente debe ocupar bastante tiempo porque allí, además de hallarse el relato de los hechos, se hicieron diligencias, se recibieron testimonios, se reconstruyeron hechos, actuaron testigos y peritos, obran planos y careos, en una palabra, se allegaron pruebas. Pues bien, entre más atentamente se lea el proceso, mejor documentado se irá al juicio y en mejor forma se actuará dentro de la causa.

La lectura del proceso no solo tiene la ventaja de hacer comprender la verdadera situación del reo, sino que pone en expectativa al defensor porque entrevé los posibles argumentos que usará el fiscal, y si avizora cuáles son esos argumentos, podrá ata-



carlos con autoridad y conocimiento de causa. Unas veces el fiscal, como representante de la sociedad, pedirá la condena del encausado, en otras, solicitará absolución, porque su misión es esa precisamente. En el primer caso, el defensor tiene el deber de rebatir los argumentos, o tratará de hacerlo, y en el segundo caso, dejará un espacio en la defensa para apoyar los planteamientos del representante de la sociedad. Presentarse a la audiencia o sesión del Consejo de Guerra sin un conocimiento a fondo y pormenorizado del expediente, sin una lectura atenta del mismo, significa traicionar los intereses de quien ha confiado en el defensor. Es una actitud que jamás debe adoptarse, máxime, cuando en el acto de la posesión se ha prometido por el honor militar "cumplir bien y fielmente" los deberes del cargo.

Cuando se trata de Consejos de Guerra ordinarios o cuando se trata del procedimiento especial en que se juzga por los delitos militares de abandono del puesto, desertión y abandono del servicio, (artículo 590 del C. de J. P. M.), se debe leer atentamente el auto de detención (si se ha dictado), el auto de proceder (si se trata de consejos ordinarios) y en cualquier caso, el concepto fiscal, porque en estas piezas procesales se hallarán importantes conclusiones sobre la responsabilidad o justificación del procesado. Si se trata de consejos de guerra verbales, jamás se debe omitir la lectura del concepto del Auditor de Guerra, porque en dicho concepto debe estar bosquejada la verdadera si-

tuación jurídica del sindicado y debe hallarse nítidamente estudiado el mérito que para juzgar ofrezca la investigación realizada.

Es importante definirse antes de la intervención oral o escrita. Esto quiere decir que debemos saber lo que pediremos en el memorial o en el discurso. Algunas veces cae en manos del apoderado un caso que nació perdido. ¿Será conveniente insistir en la absolución frente a un caso de estos? Claro que no.

Veamos un ejemplo: A, es acusado de homicidio agravado en la persona de B y los cuestionarios se han formulado de tal manera que contienen los elementos típicos del asesinato (artículo 363 del Código Penal o 195 del Código de Justicia Penal Militar). Se somete al jurado de conciencia un caso de homicidio agotado con premeditación, sevicia, indefensión o cualquier otra circunstancia de agravación. Hay pruebas, legalmente producidas, de que A es el autor del hecho investigado y no existen causas de exención de responsabilidad. Se ha establecido, igualmente que B, murió. Así las cosas, en caso de ser condenado A, se haría acreedor a **una pena oscilante entre los 14 y los 24 años de presidio.**

Insistir en absolución significa perder el tiempo. No es correcto plantear la absolución. En cambio, resulta muy acertado tratar de destruir el cargo de homicidio premeditado, o con sevicia o en estado de indefensión de la víctima, y pedir a los señores vocales que se limiten a declarar la responsabilidad del encausado, pero exclu-



yendo esas circunstancias agravantes, caso en el cual, la pena a imponer es solo de 8 a 14 años de presidio. Pero, si el expediente da motivos, se puede pedir más: a los señores miembros del tribunal popular se les puede pedir que en ese homicidio sin agravantes reconozcan la circunstancia de haberse cometido en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, caso en el cual, si se acoge este pedimento, la pena a imponerse no sería de 8 a 14 años sino que oscilaría entre la tercera parte de 8 y la mitad de 14, como lo indica el artículo 28 del Código Penal (artículo 27 del estatuto penal castrense). Si triunfa la tesis central expuesta, la pena a imponer se habrá rabajado notoriamente y cosechado un triunfo plausible.

Cuando la defensa no pide absolución debe encaminar su actuación hacia las circunstancias de menor peligrosidad y al análisis pormenorizado del acontecimiento para que se vea la necesidad de una sanción justa y no excesiva. Los artículos 36 y 38 del Código Penal (36 y 37 del C. de J. P. M.), deben ser estudiados ampliamente pa-

ra lograr impresionar al Presidente del Consejo de Guerra y conseguir que la dosimetría penal no exceda los límites humanos de una justa punición.

Podemos concluir diciendo que una defensa se ejerce bien en la medida en que los intereses del procesado no sufran menoscabo y en la medida en que se entienda verdaderamente la misión a cumplir. Defender es comprender, raciocinar, empaparse mentalmente de una situación generalmente desventajosa y presentarla a los demás -en su intrínseca valoración- una compleja resultante de factores subjetivos frente a realidades difíciles que de vez en cuando surgen a los ojos de la colectividad como fruto inevitable, muchas veces, de la vida de relación.

Defender, es hacerle ver a la sociedad un caso especial del hombre que viola los estamentos de la convivencia atenaceado por una situación especialísima, a la que se vio abocado por una serie de móviles; defender, es presentarle al común de las gentes la cara desconocida de una tragedia.

Defender, es todo eso, pero también es seriedad, vocación y anhelo de equidad en bien de una causa. De ahí que sea tan difícil defender y tan extremadamente fácil acusar. Quien acusa, complace generalmente. Quien defiende, casi siempre tiene ante sí a una sociedad que en actitud vengativa anhela la terapéutica penal para el encausado.

Cuando el defensor se haya penetrado de la causa a él encomendada, estará en condiciones de actuar con altivez.