

## MALA PRAXIS Y DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA COMO OBSTÁCULO PARA LA CONSECUCCIÓN DEL FIN DEL PROCESO

Federico Londoño Mesa\*

**Resumen:** El presente artículo se ocupa de estudiar como el respeto por el derecho fundamental a una defensa técnica en materia penal es esencial para garantizar el derecho al debido proceso del sindicado y así lograr el objetivo de todo proceso judicial, cual es el de solucionar las controversias mediante la correcta aplicación del ordenamiento jurídico sustancial.\*\*

**Palabras Clave:** Proceso; Contrainterrogatorio; Perito; Prueba Pericial; Estado de Derecho, Derecho de Defensa; Debido Proceso; Manifestaciones Anteriores de los Testigos.

**Abstract:** This article studies how the fundamental right to a technical defense during criminal proceedings is essential in order to guarantee the defendant's right to a fair trial, thus achieving the goal of every judicial process, which is to solve dispute through the correct application of substantive law.

**Key Words:** Judicial Process; Cross-examination; Expert Testimony; Evidence; Rule of Law; Right of Defense; Due Process; Prior Witness Statements.

**Sumario:** I. Introducción. II. Finalidad del Proceso. III. Derecho de Defensa en la Sistemática Procesal Penal Colombiana. IV. Conclusión.

---

\*Abogado de la Universidad de Medellín. Profesor del área penal y procesal de la Universidad de Medellín. Abogado Litigante en el área penal. Con Estudios en Derechos Humanos y en Sistema Penal Acusatorio. Cursando actualmente estudios de maestría en derecho procesal contemporáneo en la Universidad de Medellín. Correo electrónico: flmesa23@hotmail.com.

\*\*Resumen agregado por la editora.

## I. Introducción

A través de la historia, son diversas las teorías que se han ocupado del desarrollo y evolución del derecho procesal y que han tratado de elaborar una precisión conceptual sobre la finalidad del proceso y, como es apenas obvio, del derecho probatorio como apéndice de él; es por esto que, a lo largo del presente escrito trataremos de analizar el derecho fundamental a tener una defensa técnica, de cara a la garantía del debido proceso, como único camino posible para lograr cumplir el fin mismo de todo proceso judicial y, para ello, nos referiremos a la sistemática procesal de la Ley 906 de 2004 (actual código procesal penal colombiano) y a algunas de sus instituciones y formalidades debido a que, a nuestro modo de ver las cosas, es el que más inconvenientes está presentado en su diario devenir por el rompimiento del esquema judicial y jurídico que sus instituciones, formalidades y ritualidades propias presentan en la práctica a diario con profesionales del derecho, en su mayoría, “acostumbrados” a otras sistemáticas procesales o sin el tiempo suficiente para estudiar y comprender todas y cada una de las instituciones que la mencionada sistemática trae consigo, ocasionando así que se emitan a diario fallos incoherentes, carentes de argumentación y desconocedores de los derechos de quien es enjuiciado, aunado esto a decisiones contradictorias de las altas cortes que impiden se consulte la esencia del proceso y se logre arribar a un fallo lo más cercano a una certeza que consulte lo realmente acontecido.

Para poder abordar el planteamiento que pretendemos presentar, el tema se abordará desde dos perspectivas necesarias para entender el concepto de debido proceso en materia penal (la finalidad del proceso, el derecho de defensa desde un punto de vista técnico y material) aunado esto al manejo adecuado que debe darse a la prueba pericial de cara a la materialización del derecho de defensa desde un punto de vista sustancial, como se verá más adelante.

## II. Finalidad del Proceso

Son varias y no siempre similares en sus planteamientos las tesis que se han encargado de responder la pregunta de ¿cuál será la finalidad del proceso judicial o jurisdiccional?, y es así como autores que no requieren mayor presentación en los foros de debate procesal, como ocurre con el profesor F. Carnelutti “... sostienen que la función del proceso es la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses”,<sup>1</sup> o como el profesor Jaime Guasp que concluyen que “(...) el proceso no es, pues, en definitiva, más que un instrumento de satisfacción de pretensiones”<sup>2</sup> o, como lo plantea la Dra. Diana María Ramírez Carvajal “En el ámbito de la evolución de las familias procesales, resolver conflictos de intereses en la sociedad, se entendió, en algunos sistemas jurídicos, como la única finalidad del proceso civil”,<sup>3</sup> siendo aplicable dicha conclusión y aseveración de la Profesora Ramírez Carvajal, a las demás sistemáticas procesales, salvo mejor criterio, pues la denominada “evolución de las familias procesales” no sólo afecta en su esencia, desarrollo e

---

<sup>1</sup>MÚNERA, Villegas Jesús Emilio. *Proceso, Prueba y Verdad*. TEMAS PROCESALES, Edición especial. Memorias III Congreso Antioqueño de Derecho Procesal. Julio de 2004. p. 65–66. ISSN 0120-8519

<sup>2</sup>GUASP DELGADO, Jaime. *La Pretensión Procesal*. Editorial Civitas S. A. Madrid 1985, p. 44. En Cita de MÚNERA, Villegas Jesús Emilio... p. 66

<sup>3</sup>RAMÍREZ, CARVAJAL Diana María. *la prueba de oficio –una perspectiva para el proceso dialógico–*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2009. p. 43.

implementación a las instituciones propias del derecho civil sustantivo y adjetivo, sino a todas las formas sustanciales y procesales que permean, pues son estas la forma de representación en el mundo real de los derechos y obligaciones de todos los individuos de la especie humana; siendo así sencillo extender tal conclusión a los demás sistemas procesales y procedimentales sin importar el área que se pretenda instrumentalizar con ellos dejando claro, desde ya, que no concebimos el derecho procesal, y la esencia del mismo, separado de su función instrumentalizadora de las instituciones sustanciales y acorde con los hechos jurídicamente relevantes al caso concreto; más aún, debe considerarse que “(...) *el proceso es un medio pacífico de debate mediante el cual los antagonistas dialogan entre sí para lograr la resolución por una autoridad (...) de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad*”.<sup>4</sup>

Por lo anterior concebimos el proceso como una herramienta (instrumento) que se presenta en el mundo jurídico a través de una serie de actos secuenciales, concatenados e inequívocamente dirigidos hacia una finalidad única y común, es decir, la solución de las controversias y conflictos intersubjetivos de intereses que se presentan a diario en la sociedad mediante la correcta aplicación del ordenamiento jurídico sustancial,<sup>5</sup> es decir, la articulación de la carta de derechos sustanciales mediante esa secuencia de actos, contrario a lo que parecía aseverar en su momento la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-402 de 1992,<sup>6</sup> pues carecería de sentido el estudio de las formas jurídico-procesales fuera de la realidad social, económica y cultural del lugar en que piense aplicarse, ya que el análisis descontextualizado y desconectado de los hechos históricos, es decir, la realización de un proceso judicial y jurisdiccional a través de las diversas formas jurídicas que sea eminentemente teórico y desconectado de la realidad del momento y el tiempo en que se da lo tornaría en insuficiente y carente de sentido; es más, desde la construcción misma de los textos científico – procesales se evidencia tal necesidad, de lo contrario nos preguntamos: ¿Por qué se utilizan ejemplos de realidades fácticas para explicar cada una de las instituciones y figuras analizadas e investigadas?

De ahí que, en la gran mayoría de libros de derecho probatorio, se tratan los hechos como el objeto mismo de la prueba, pero no cualquier tipo de hecho, sino aquel que sea jurídicamente relevante a la causa analizada, es decir, aquel que puede presentarse en el proceso a través de un medio de prueba válidamente producido de acuerdo al agotamiento de las fases del mismo y al cumplimiento de ciertos requisitos que, a nuestro modo de ver, agrupó perfectamente el maestro Devis Echandía en su obra *Teoría General de la Prueba Judicial* bajo la denominación de requisitos intrínsecos y extrínsecos para referirse a lo que es necesario verificar para así determinar si una prueba se produjo y obtuvo válidamente de cara a

---

<sup>4</sup>ALVARADO, Velloso Adolfo. *Debido Proceso Versus Prueba de Oficio*. TEMIS S. A. Bogotá, Colombia. 2004. p. 11

<sup>5</sup>Siguiendo para ello a RAMÍREZ, Carvajal Diana María. *la prueba de oficio –una perspectiva para el proceso dialógico-*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2009. p. 43 – 44. “(...) En este sentido se estudia como un mecanismo, un instrumento conformado por actos secuenciales, concatenados, dirigidos a una misma finalidad: la solución del conflicto mediante la aplicación del ordenamiento jurídico sustancial.”

<sup>6</sup>“(…) Hay una mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”. En cita de RAMÍREZ, Carvajal Diana María. *Implicaciones epistemológicas de la actividad jurisdiccional*. p. 6.

que surta los efectos jurídicos y legales que se esperan de ella al ser presentados como sustento de una afirmación, pretensión, argumento y/o solicitud en una causa judicial determinada.<sup>7</sup>

Consideramos, en gracia de discusión, que el derecho procesal es necesario para el restablecimiento del orden social preexistente a todo conflicto intersubjetivo de intereses desde, o mejor, a partir de la solución de cada caso en particular como esencia del mismo donde los hechos fijados tanto en la mente de los testigos, como en los objetos que los registran son unos solos, sin importar el calificativo de jurídicos (hechos relevantes jurídicamente) o de sociales que se les dé, pues estos sólo dependen del ámbito en que sean ventilados y analizados para la toma de una u otra decisión o, más aún, para la sola emisión de opiniones en torno a ellos; de ahí que, en torno a ellos se hayan elaborado un sinnúmero de clasificaciones y elucubraciones que desembocan en que *“Parece ser que estos no pueden ser apreciados. En realidad, lo que vemos son objetos y en ellos advertimos modificaciones de forma o de lugar. De modo que el movimiento o la modificación de un objeto da lugar a la producción de un fenómeno del que no podemos darnos cuenta, sino por sus resultados, por sus efectos”*,<sup>8</sup> de ahí que se afirme, y estamos de acuerdo con ello, que *“(…) la verdad tiene tres dimensiones, y que puede presentarse como diferente a quienes la observen desde distintos puntos de vista. (…) Así ocurre en el proceso. Los abogados indagan la verdad de perfil, aguzando la mirada cada cual desde su lado: solo el juez, que se sienta en el centro, la mira tranquilamente de cara”*<sup>9</sup>

Por último, somos de la opinión de que la desvinculación, al menos parcial, del juez del proceso en el Estado de Derecho, como sujeto destinatario de la prueba en términos del Dr. Hernando Devis Echandía,<sup>10</sup> no evita que el proceso garantice derechos fundamentales desde una concepción de la

---

<sup>7</sup>DEVIS, Echandía Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I. Edit. ZABALÍA. Buenos Aires, Argentina, 1970 p. 277 – 278. *“Para que la prueba pueda ser producida u obtenida válidamente y, por lo tanto, se surtan los efectos legales procesales y las consecuencias legales sustanciales que de ellas pueden deducirse, es indispensable que reúna ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos, a saber:*

I) REQUISITOS INTRÍNSECOS. *Estos contemplan la admisión de la prueba en un sentido genérico, es decir, incluyendo su proposición y su decreto oficioso, una vez hechos su averiguación y su aseguramiento si era el caso. Dichos requisitos son cuatro: a) conducencia del medio escogido, es decir, que legalmente sirva para establecer el hecho que va a probarse con él; b) pertinencia o relevancia del hecho que se ha de probar con ese medio, es decir, que se relacione con el litigio o la materia del proceso voluntario; e) utilidad de la prueba, en cuanto sea necesaria y no aparezca inútil por existir presunción o confesión válida o notoriedad general respecto del hecho que se ha de probar con ella u otros medios análogos que resulten suficientes para establecerlo; d) ausencia de prohibición legal para investigar el hecho.*

II) REQUISITOS EXTRÍNSECOS. *Estos requisitos, que se requieren tanto para la admisibilidad como para la práctica de la prueba, son: a) oportunidad procesal, tanto de la petición como de la admisión u ordenación o decreto y práctica; b) formalidad adecuada para su petición, admisión o decreto u ordenación y práctica; e) competencia y capacidad del juez para recibirla o practicarla, que excluye la ausencia de impedimentos; d) legitimación de quien la pide y decreta”.*

<sup>8</sup>FALCÓN M, Enrique. *Tratado de la Prueba Civil, comercial, laboral administrativa*, Tomo I, Segunda Edición Ed. Astrea. Buenos Aires Argentina, 2009. p. 99.

<sup>9</sup>CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*. Ed. E. J. E. A., Reimpresión de 2003, Edición a cargo de SANTIAGO SENTIS MELENDO. p. 124. Volumen que constituye la traducción de la obra italiana *“Elogio dei giudici scritto da un avvocato, Tercera edición. Obra publicada por Le Monnier, Firenze.*

<sup>10</sup>DEVIS, Echandía Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I. Edit. ZABALÍA. Buenos Aires, Argentina, 1970 p. 265, en cita de GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 336; ARAQONESES: *Técnica Procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, p. 497. *“SUJETOS DESTINATARIOS DE LA PRUEBA*. Se trata de las personas a quienes se dirige la prueba, no para soportarla, sino para que su fin se cumpla o su función procesal se realice (*cf.*, núm. 53-55). Cualquiera que sea la tesis que se adopte sobre el fin de la prueba (demostrar la verdad, o llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, o fijar éstos en el proceso, *cf.* cap. IX), el destinatario de ella es siempre y exclusivamente el juez de la causa. En esto existe unanimidad en la doctrina”.

persona real, es decir, no deja de garantizar ni materializar el debido proceso como faro orientador del proceso en la actualidad colombiana; más aún, consideramos que, de una u otra manera, el fin del proceso está determinado por lo que pueda deducirse de los medios de prueba una vez se ha determinado la conducencia, pertinencia, utilidad, legalidad y licitud de los mismos y la finalidad de estos que, a su vez, estará determinada no sólo por lograr hacer arribar al juez al conocimiento necesario para que éste falle una causa (juicio de certeza), sino por haber logrado acreditar la veracidad, verosimilitud o falsedad de un argumento, una afirmación, pretensión o solicitud elevada a la judicatura; más aún puede concebirse al juez como un vocero de la ley o, en términos del maestro Piero Calamandrei “(...), el juez – decía Montesquieu – ni siquiera necesita los ojos para ver la ley, puesto que él es un instrumento inanimado, una especie de vocero a través del cual habla por sí sola la ley; (...)”.<sup>11</sup>

### III. Derecho de Defensa en la Sistemática Procesal Penal Colombiana

#### a. Del Derecho de Defensa Visto desde su Esencia y Finalidad

El derecho de defensa es una garantía absoluta que, partiendo de las formas propias del proceso (formas propias del juicio), constituyen una garantía absoluta que siempre deberá verse a favor del procesado (*indubio pro reo*). El derecho de defensa, en términos del profesor Germán Pabón Gómez:

“... en sus esencias, contenidos, desarrollos y ejercicios, los que por sobre todo **habrán de ser materiales**, como derecho real que es y debe ser, de cara a su efectiva y prevalente materialización, **deberá sobrepasar la simple perspectiva de lo formal**, y ello se evidencia y proyecta fenomenológicamente en los propios contenidos que se inmersan y contraen en el concepto de **defensa técnica**, la que como **acción real**, implica, ejercicios, discursivas dialécticas, tratamiento de conceptos y de categorías jurídico penales, sustanciales, procesales y probatorias, y desde luego constitucionales...” **(Resaltado fuera del texto original)**

El derecho fundamental a la defensa técnica debe ser visto y considerado como parte inescindible del debido proceso derecho, *per se*, fundamental de todos aquellos que se vean inmersos en un litigio sea cual sea su naturaleza. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, ha considerado que:

“(...) ha sido y sigue siendo claro que la defensa técnica como derecho que el procesado tiene de ser asistido permanentemente por un abogado que lo asesore y represente en el proceso, y que en términos de equilibrio e idoneidad pueda enfrentar al órgano represivo, **debe ser ejercitado de manera real, continua y unitaria, de suerte que logre material y efectiva realización del proceso**, siendo el funcionario judicial el llamado a garantizar su ejercicio”<sup>12</sup> **(Resaltado Propio)**

---

<sup>11</sup>CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*. Ed. E. J. E. A., Reimpresión de 2003, Edición a cargo de SANTIAGO SENTIS MELENDO. p. 242. Volumen que constituye la traducción de la obra italiana “*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Tercera edición. Obra publicada por Le Monnier, Firenze.

<sup>12</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de Febrero de 1999. M. P. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL.

De modo que al estar ante una de aquellas causas donde no se encuentre materializado, en modo alguno, el precitado concepto de la Corte puede fácil y tranquilamente concluirse, sin riesgo a errar, que se ha impedido la manifestación en el mundo real del derecho al Debido Proceso Constitucional que asiste a todo procesado pudiéndose, incluso, verificar que en la gran mayoría de dichas causas la decisión estaba ya tomada antes de la práctica misma de los medios de conocimiento, pues el fallador los utiliza simplemente para argumentar y sustentar la posición ya asumida en la causa desde un comienzo o, como se ha denominado tal sistema de valoración, basado en la “**íntima convicción**” del juez a la hora de fallar o, mejor, de asignación de poder persuasorio a cada uno de los medios de prueba.

Ahora, en una de las mencionadas causas, es decir, de aquellas donde tanto los preceptos formales como los sustanciales del proceso y las garantías que éste trae en forma de prerrogativas y derechos para los procesados han sido flagrante y gravemente vulnerados sin encontrar reacción alguna por parte de quien fungía como director de la audiencia (juicio – proceso), es decir, del juez.

De otro lado, la defensa técnica y material no puede considerarse presente y materializada en el proceso con la sola presencia de un abogado silente e, incluso, somnoliento que durante las diligencias no hace más que asentir o firmar lo que a él le pongan al frente en las diferentes etapas y diligencias que conforman el proceso, pues no puede aceptarse que tan digna y necesaria actividad se vea limitada a la “simple” vigilancia y/o contemplación pasiva de lo acontecido durante las diferentes actuaciones procesales y, mucho menos, puede considerarse satisfecha la misma con la sola presencia de un abogado titulado que se encuentre, al menos en abstracto, en ejercicio de las facultades otorgadas por las partes para la representación judicial, pues esto afectaría gravemente los derechos, principios y garantías otorgadas por el Artículo 29 Constitucional a todas las personas sin discriminación alguna, además de estar este ratificado por el Artículo 8° de la Ley 906 de 2004 en sus diversos literales.

De aceptarse, aún siquiera en gracia de discusión, que la sola presencia y supervisión de un profesional del derecho de las diferentes diligencias surtidas durante el proceso constituyen la materialización del derecho de defensa sería minimizarlo injustificadamente a una “técnica” carente de dignidad y probidad alguna, pues de este se desprenden deberes propios de la profesión de abogado que implican “...*haceres, acciones y ejercicios positivos...*”<sup>13</sup> *que no se cumplen nunca “con la sola presencia físico-formal de un abogado firmante, vigilante y/o contemplante e inactivo en significaciones...”*<sup>14</sup>

Los(as) mencionados(as) “haceres, acciones y ejercicios positivos” son y deben considerarse como todas aquellas actuaciones que permitan hacer efectivo tal derecho, tales como la impugnación de decisiones contrarias a derecho, el pronunciarse acorde a las normas sobre las actuaciones surtidas en audiencia, el elevar oposiciones a preguntas y pretensiones indebidas e injustificadas de la contraparte o del juez cuando esto juegue en desmedro de garantías y derechos de quienes están siendo juzgados lo cual conlleva, en últimas, a la verificación de la

---

<sup>13</sup>Germán Pabón Gómez. De la casación y la revisión penal, en el estado constitucional, social y democrático de derecho. Ediciones doctrina y ley, 2003. Segunda Edición. Pág. 739.

<sup>14</sup>Op. Cit.

existencia o inexistencia misma del derecho de defensa visto desde la perspectiva del debido proceso; y es así que debe decirse que el derecho a una defensa no está determinado por la eficacia de las alegaciones u oposiciones presentadas por el profesional del derecho que represente los intereses de los procesados a través del proceso, sino por parámetros racionales a partir de los cuales pueda verificarse su cabida dentro del campo de los hechos y posiciones jurídicas debatidas en el juicio.<sup>15</sup>

Ahora bien, la vulneración grave del derecho de defensa y, por ende, del derecho al debido proceso debido a la poca proba actividad y actitud de algunos profesionales del derecho, sólo desembocan en la transgresión de las normas procesales y sustanciales y convalida, con el paso del tiempo, la inactividad y pasividad asumida frente a situaciones desfavorables y transgresoras del ordenamiento jurídico por parte de la judicatura y del ente acusador que, en últimas, solo van en detrimento de sus clientes y su pretensión, a más de hacer caer en la total y absoluta ignominia tan digna profesión, cual es el ejercicio del derecho, sin dejar de lado que dicho profesional, al igual que el médico, tiene en sus manos la vida de una persona, de un ser humano, que les confía sus sentimientos, deseos, tristezas e, incluso, esperanzas, todo en aras a verse respaldado en un proceso judicial por una voz fuerte y respetuosa de apoyo que llevará al foro sus más íntimas solicitudes y añoranzas que se manifestarán, en últimas, en el lenguaje forense adecuado, es decir, bajo la formalidad de la pretensión.

En la nueva sistemática procesal con tendencia acusatoria asumida en nuestro país, considero que puede verse vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de dos maneras diferentes:

- **Nulidad por violación al derecho de defensa, por ausencia de defensa técnica visto desde un punto de vista formal**, es decir, de cara a las formas propias del juicio y del proceso mismo; y
- **Nulidad por violación al derecho de defensa, por ausencia de defensa técnica visto desde el punto de vista sustancial**, es decir, debido a la vulneración en que incurren los profesionales del derecho al no respetar a sus clientes ni lo por ellos pretendido o, dicho de otra forma, por no comunicar en su teoría del caso la versión de los hechos percibida por sus clientes y de acuerdo con lo por ellos deseado (siempre y cuando sea verosímil y se encuentre respaldado por los medios de conocimiento que serán aducidos durante las diversas fases del proceso).

Frente a este último punto consideramos, de acuerdo a lo planteado por cierto sector de la doctrina que, el desconocimiento de las formas y términos que asume el derecho en su normal devenir y desarrollo hace improbable que quienes no posean algún tipo de conocimiento sobre el tema comprendan lo que en él ocurre, alejando así cada vez más el derecho de los sujetos que de él participan, es decir, de todos los miembros de la especie humana y, más aún, en algunos casos prácticos y cotidianos se evidencia un claro desentendimiento o desconocimiento de los sujetos procesales frente a las preguntas que se les hace por parte de la judicatura o de su representante tal y como ocurre en la Audiencia de Formulación de Imputación (A. F. I.) donde, el fiscal como encargado de la persecución penal, comunica los hechos que sustentan su pretensión pero,

---

<sup>15</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del dos de Septiembre de 1999. M. P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU. “...ni tampoco puede medirse por la eficacia de sus alegaciones, sino por su contexto de justificación, esto es, por la verificación de que ellas racionalmente si caben dentro del campo de los hechos y posiciones jurídicas posibles que se debaten en el proceso”.

aunque el imputado afirma comprender lo que a él se le informa y las consecuencias de las posibles decisiones a tomar, no siempre es así y es por esto que se terminan proponiendo, como causal de nulidad en la Audiencia de Formulación de Acusación (A. F. A.), el desconocimiento o, mejor, la indebida asesoría por parte del profesional del derecho que acompaña al imputado durante la diligencia (bien contractual o bien representante de la defensoría pública) pero que, en la gran mayoría de los casos, no prospera por lo que denomino, con riesgo a errar, una pérdida de la oportunidad pues, como es por todos sabido, no sólo el defensor es quien puede brindar asesoría sobre este punto pues tanto el fiscal como el juez están prestos a aclarar lo que por cualquier motivo no haya sido esclarecido anteriormente, es decir, a la proposición de una causal de nulidad por violación del derecho fundamental a una defensa técnica y material.

Ahora bien, aunque la mencionada pérdida de oportunidad puede estar determinada por el silencio del mismo imputado quien afirma comprender las implicaciones y alcance de su aceptación o de la negativa de la misma aún cuando esto no sea cierto, consideramos muy respetuosamente que el derecho de defensa visto desde el punto de vista sustancial impone al profesional del derecho la carga no sólo de comunicar en los términos de la ley lo que en cada diligencia ocurre y las implicaciones de agotar las opciones que en cada una de ellas se presentan, sino que dicha asesoría se le presente al poderdante en términos tan coloquiales y sencillos que él pueda entenderlos pues, de lo contrario, no consideramos completo ni acorde al caso concreto el derecho de defensa que no podemos entenderlo sólo como la compañía o intervención del profesional del derecho en la audiencia pues, imaginemos simplemente un interrogatorio o contrainterrogatorio elevado por la defensa a un testigo vital para su teoría del caso pero, por la terminología utilizada o la incompleta información y explicación al cliente se pierde la posibilidad de que éste, que por regla general está sentado al lado del profesional del derecho a cargo de la defensa, le dé algunos datos importantes para agotar los temas vitales para reforzar su pretensión pero, por arrogancia, ínfulas de suficiencia o prepotencia, no se tome el trabajo de consultarle todo a su cliente y trabajar conjuntamente la defensa.

Ahora, cada una de las dos formas de materializarse la violación del derecho de defensa que hace un momento enunciamos, pueden tener particulares manifestaciones en un proceso que, de cara a la eventual procedencia del recurso extraordinario de casación consagrado en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004,<sup>16</sup> pueden presentarse en cada uno de los casos que se sometan al estudio de un abogado litigante pero, en el caso de la **Nulidad por violación al derecho de defensa, por ausencia de defensa técnica visto desde un punto de vista formal**, consideramos pertinente

---

<sup>16</sup> Artículo 181. Procedencia. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.

2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil”..



enunciar sucintamente y dejando claro, desde ya, que no son los únicos sino los que consideramos más representativos y de común ocurrencia en la nueva sistemática, algunos de los yerros que los abogados defensores cometen a diario en desmedro no sólo de la profesión, sino de los intereses de sus clientes, así:

### I. Manifestaciones anteriores de los testigos (entrevistas)

Si bien las entrevistas o manifestaciones anteriores de los testigos no tienen el manejo de prueba tal y como lo disponen los artículos 393 y 347 inc. final de la Ley 906 de 2004 sí cumplen una función de vital importancia durante el examen de los testigos, más cuando estos incurrir en flagrantes contradicciones durante su examen directo por permitir la impugnación de credibilidad como fin primordial del examen cruzado o conainterrogatorio<sup>17</sup> de los testigos; práctica esta que permite se materialice el derecho de defensa debido a la posibilidad de mostrar la verdad al despacho y darle así argumentos sólidos para fallar en derecho y verdad (Certeza).

Debe, en este punto, decirse que la ausencia de un conainterrogatorio adecuado por parte del abogado defensor, de cara a las contradicciones en que incurran los testigos con respecto a las manifestaciones anteriores de estos, entiéndase por ello las ENTREVISTAS, es una clara transgresión del PRINCIPIO de CONTRADICCIÓN o, en términos de la Corte Suprema De Justicia, el conainterrogatorio es “*erigido por antonomasia en el medio legal estatuido para ejercer el derecho de contradicción respecto de la prueba allegada en contra*”, motivo este que ratifica aún más el indebido cumplimiento de los deberes propios de abogado<sup>18</sup> defensor en las causas judiciales al evitar realizar el conainterrogatorio cuando éste es necesario pues, como es bien sabido, existe en la práctica forense la posibilidad de llevar a cabo un conainterrogatorio silencioso<sup>19</sup> o, en su defecto, uno aparente.<sup>20</sup>

### II. Examen de los testigos por parte del abogado representante de las víctimas

Aún cuando la Corte Constitucional en Sentencia C – 209 de 2007 fue clara y enfática al analizar y proscribir la intervención del representante de las víctimas en las preguntas y repreguntas a los testigos de cargo y de descargo, el juez y la fiscalía en algunos casos avalan que dicho honorable representante realice un examen propio y directo a los testigos tanto de cargo como de descargo

---

<sup>17</sup>“El conainterrogatorio es, entonces, un instrumento de contradicción de la prueba testifical adversa.”. DECASTRO, González Alejandro. El Conainterrogatorio. COMLIBROS y Cía. Ltda. Medellín, Colombia. 2005. p. 1.

<sup>18</sup>Sentencia del 26 de octubre de 2007, radicado No. 27608, M.P. Espinoza Pérez.

<sup>19</sup>“La expresión “conainterrogatorio silencioso” (*silent cross-examination*) es utilizada por Francis L. Wellman para indicar la renuncia técnica, consciente y estratégica al derecho de formular preguntas durante el conainterrogatorio.”. Francis L. Wellman. *The Art of Cross-examination*, Dorset, Press, New York, Fourth Edition, 1986, Capítulo VII, p. 132 y ss. En cita de DECASTRO, González Alejandro. El Conainterrogatorio. COMLIBROS y Cía. Ltda. Medellín, Colombia. 2005. p. 339.

<sup>20</sup>Ver para ello a DECASTRO, González Alejandro. El Conainterrogatorio. COMLIBROS y Cía. Ltda. Medellín, Colombia. 2005. p. 339: “Puede también presentarse que el caso en que se hace uso del derecho a repreguntar, pero dejando deliberadamente por fuera ciertos temas o materias, reduciendo el conainterrogatorio a unos pocos puntos sin mayor importancia; en ese caso se habla de un conainterrogatorio aparente, modalidad de conainterrogatorio silencioso, solo que no total, sino apenas parcial”.

sin que el abogado defensor se oponga bajo el argumento de darle mayor celeridad al Juicio Oral pues, según lo mandado por la Corte Constitucional en la mencionada Sentencia, las preguntas que la representación de las víctimas desee realizar, deberán hacerse a través del representante de la fiscalía, no de forma directa aún cuando en algunos casos lo consienten expresamente violando así flagrantemente las formas propias del proceso, del derecho de defensa y, por ende, del debido proceso.

### III. Incorporación del informe pericial

Aún cuando la indebida producción y aducción de un medio de prueba al proceso puede configurar, al ser valorada por el fallador como sustento de una condena, una violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad en su aspecto positivo, pues al apreciar una determinada prueba y otorgarle validez jurídica, sin llenarla y, por ende, considerar que cumple las exigencias formales de producción,<sup>21</sup> la inactividad frente a ello por parte del defensor puede, en gracia de discusión, constituir una violación formal del derecho de defensa pues no oponerse a la incorporación de, por ejemplo, un informe pericial como prueba en un proceso penal no sólo denota el desconocimiento de la normativa procesal, sino el descuido frente de las obligaciones que asume al tomar una defensa penal.

Es así como el error que más se presenta en la nueva sistemática procesal penal, y como hace un momento dejamos entrever, es frente a la incorporación de los informes periciales como pruebas en el proceso, aún cuando el informe que debe presentar el perito (Artículos 412 y 415 de la Ley 906 de 2004) bajo ninguna circunstancia debe considerarse como una prueba autónoma sino como un “**GERMEN DE LA MISMA**”,<sup>22</sup> bajo el entendido de que tampoco podrá presentarse como prueba documental así sea un documento en estricto sentido lingüístico, y así lo ha considerado la Corte en Sede de Casación:

*“ ... Esto, por cuanto, como se anota en la jurisprudencia citada, esos informes no son la prueba, sino un germen de la misma y si bien, constan en un documento, tampoco pueden ser aducidos como tales (...) En otras palabras, el informe en efecto es un documento, pero no es conducente para demostrar la teoría del caso de la Fiscalía, por expresa limitación legal”.*<sup>23</sup>

De ahí que debe decirse que la adecuada forma de valoración del peritaje practicado en juicio es mediante el análisis de lo dicho en audiencia del juicio oral por el testigo perito, más no de lo consignado en un documento que, si bien ostenta dicha calidad, nunca ingresará al juicio oral como prueba.

---

<sup>21</sup>Sentencia del 27 de febrero de 2001, radicación 15.042, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll. En el mismo sentido Sentencia con Radicado 30214 del 17 de Septiembre de 2008: “... el juzgador incurre en error de derecho por falso juicio de legalidad cuando al valorar las pruebas allegadas al juicio oral excluye una que cumple con los requisitos que condicionan su validez y/o aprecia un medio de convicción allegado de manera irregular, esto es, con violación de los derechos fundamentales (prueba ilícita) o con trasgresión del rito establecido en la ley para su producción y aducción (prueba ilegal)”.

<sup>22</sup>Sentencia del 17 de Septiembre de 2008, Sala de Casación Penal de la C. S. J., M. P. SIGILFREDO ESPINOZA PÉREZ, con radicado 30214.

<sup>23</sup>Ibídem.

De otro lado debe decirse que de acuerdo a lo previsto en los artículos 412, 414, 415 y 420 de la ley 906 de 2004 una vez citado y aprobado por parte del juez el informe y, por ende, la pericia a realizar por el experto encargado por la parte de ello, éste deberá concurrir a la audiencia de juicio oral a DECLARAR sobre su arte y los resultados de la aplicación del mismo a lo solicitado por quien lo cita siendo base para su apreciación y, por ende, de asignación de poder suasorio "...la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder...";<sup>24</sup> mas no lo consignado en su informe que, como queda claro, es simplemente una manifestación anterior del declarante que, en el caso concreto, ostenta la calidad de experto; por ello, el manejo de los informes en un caso determinado no es el de numerarlos como prueba y esperar que el fallador los cite y transcriba en su fallo para sustentar su decisión, sino la de cualquier declaración anterior de cualquier tipo de testigo, es decir: No ser considerados como prueba, por no serlo, no darle el manejo de tal, no ser usados para sustentar una condena, sino ser usados para refrescar la memoria del testigo, para impugnar su credibilidad y nunca, se repite, nunca asignarle poder el suasorio de una prueba por cuanto no lo es (Artículos 347 in fine y 393 lit. b.).<sup>25</sup>

#### IV. Conclusión

El ejercicio y garantía del derecho de defensa reclama y exige que al menos quien esté a cargo de su ejercicio realice significativos "haceres", es decir, ejercite actos técnicos defensivos propios de su esencia bien sea en actos propios de impugnación, contradicción probatoria, oposiciones frente a la incorporación de elementos con vocación de prueba, entre otros, con cabida dentro de las normativas propias de la sistemática y dentro de las discusiones sustanciales, procesales y probatorias pero nunca puede considerarse materializado con simples actos contemplativos, de simple vigilancia y/o supervisión así se entiendan estos, o traten de mostrarse, como estrategia defensiva pues únicamente pueden entenderse traducidos en pasividad, inactividades e **INDEFENSIONES**, y en flagrante incumplimiento de los deberes propios y derivados del mandato otorgado, como lo ha dicho ya la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 23 de noviembre de 1995, M. P. Ricardo Calvete Rangel; del 18 de septiembre de 1997, M. P. Fernando Arboleda Ripoll; y del 3 de junio de 1998, M. P. Dídimo Páez Velandia.<sup>26</sup>

De ahí que la representación formal del derecho de defensa (simple designación y presencia del abogado defensor) por sí sola es insuficiente y no evidencia la real materialización del derecho de defensa técnica y material pues este derecho – garantía fundamental y absoluto logra configurarse con "expresiones reales y de proyecciones de verdaderos actos defensivos" lo cual impide se materialice el debido proceso como garantía máxima del Estado Social de Derecho y los cuales deben entenderse desde el punto de vista de las posibilidades de controvertir o contraprobar las decisiones de tal manera que la pasividad e inactividad del defensor frente a estas situaciones no pueda entenderse como estrategia defensiva, sino como abandono de la

---

<sup>24</sup> Artículo 420 Ley 906 de 2004 (C. P. P.)

<sup>25</sup> En el mismo sentido ver Sentencias con radicado 25920 de 21 de Febrero de 2007, 26128 de 11 de Abril de 2007, 27536 de 6 de Septiembre de 2007 y 28862 de 20 de Febrero de 2008

<sup>26</sup> "Dado que la labor defensiva de asistencia al procesado, idiomática y jurídicamente, significa un despliegue de medios o esfuerzos encaminados a mejorar la situación de aquel, la jurisprudencia de esta sala **ha repudiado la pasividad del defensor, de manera que no basta la designación o reconocimiento de un profesional del derecho en el proceso, sino que se exige de su parte actos para que la defensa sea real y efectiva y no se quede en el plano de lo nominal e ilusorio, pues solo así se satisface la dialéctica propia del proceso. (...)**"

actividad encomendada de acuerdo a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de Octubre de 2001. M. P., Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Es claro entonces que la inactividad de los abogados defensores durante la audiencia de juicio oral no puede responder a una estrategia defensiva sino al desconocimiento y falta de comprensión de las instituciones propias de la nueva sistemática procesal penal, hecho éste que impide se logre cumplir la finalidad propia de todo proceso sin importar la posición que frente a este tema se asuma, pues se torna en imposible tanto la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses como la satisfacción de las pretensiones y, ni que decir del restablecimiento del orden público, la paz social y la convivencia de los individuos pues sin un adecuado ejercicio de la profesión, es imposible un normal y adecuado desarrollo del proceso y, por ende, de la consecución del fin deseado.

### **Bibliografía**

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Debido Proceso Versus Prueba de Oficio, Temis, Bogotá, 2004.

CALAMANDREI, Piero. Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado, traducción de S. Sentis. Ed. Ejea, 2003. Reimpresión de 2003, Edición a cargo de SANTIAGO SENTIS MELENDO. Volumen que constituye la traducción de la obra italiana "Elogio dei giudici scritto da un avvocato, Tercera edición. Obra publicada por Le Monnier, Firenze.

CARVAJAL RAMÍREZ, Diana María. La prueba de oficio –una perspectiva para el proceso dialógico-. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 209 de 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, en sentencias del 23 de noviembre de 1995, M. P. Ricardo Calvete Rangel.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, en Sentencia del 18 de Septiembre de 1997, M. P. Fernando Arboleda Ripoll.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, en Sentencia del 3 de Junio de 1998, M. P. Dídimo Páez Velandía

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de Febrero de 1999. M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal. Sentencia del dos de Septiembre de 1999. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de febrero de 2001, radicación 15.042, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de Febrero de 2007, con radicado 25920, M.P. Javier Zapata Ortiz.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de Abril de 2007, con Radicado 26128, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de Octubre de 2007, con Radicado 27608, M. P. Sigifredo Espinoza Pérez.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de Febrero de 2008, con Radicado 28862.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, Sentencia del 6 de Septiembre de 2008 con Radicado 27536

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de Septiembre de 2008, con Radicado 30214. M. P. Sigifredo Espinoza Pérez.

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. Implicaciones epistemológicas de la actividad jurisdiccional. En: Controversia Judicial. Librería Jurídica Sanchez, p.105 - 125, Medellín, 2006.

DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. El Contrainterrogatorio. COMLIBROS y Cía. Ltda. Medellín, Colombia. 2005.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I. Edit. ZABALÍA. Buenos Aires, Argentina, 1970

FALCÓN M, Enrique. Tratado de la Prueba Civil, comercial, laboral administrativa, Tomo I, Segunda Edición Ed. Astrea. Buenos Aires Argentina, 2009.

GÓMEZ PABÓN, Germán. DE LA CASACIÓN Y LA REVISIÓN PENAL, EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL, SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. Ediciones DOCTRINA Y LEY, 2003. Segunda Edición.

MÚNERA VILLEGAS, Jesús Emilio. Proceso, Prueba y Verdad. TEMAS PROCESALES, Edición especial. Memorias III Congreso Antioqueño de Derecho Procesal. Julio de 2004.

RÉGIMEN PENAL COLOMBIANO. Legis. Bogotá.