Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano

Módulo Instruccional para Defensores

SERIE MANUALES
DE FORMACIÓN PARA
OPERADORES JUDICIALES

TÉCNICAS DEL PROCESO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

Módulo Instruccional para Defensores

SISTEMA ACUSATORIO
Nueva justicia para los colombianos
2005

USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA
Colombia

DEFENSORÍA DEL PUEBLO
COLOMBIA

Defensoría del Pueblo
Dirección Nacional de Defensoría Pública

Vólmar Pérez.
Defensor del pueblo.

Julieta Margarita Franco.
Directora nacional de defensoría pública.

Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID Colombia
Liliana Ayalde.
Directora de USAID /Colombia.

Tanya Urquieta.
Directora de la Oficina de Gobernabilidad Democrática.

Ronald Glass.
Oficial de la Oficina de Gobernabilidad Democrática.

Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID.

Documento elaborado por CHECCHI AND COMPANY CONSULTING COLOMBIA bajo contrato institucional con USAID. No. 514-c-00-01-00113-00

Ian Rose.
Director del Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID

Grupo de Consultores que lo Desarrollaron
César Reyes Medina.
Coordinación y redacción.

Sandra Eugenia Zúñiga.
Redacción.

Revisión
Michael McCullough.
Subdirector del Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID.

Diagramación
Carlos Alberto Gómez.

Impresión
Ingeniería Gráfica

Todos los derechos reservados © USAID / Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia. Apartes de los textos pueden reproducirse citando la fuente.

Su reproducción total o parcial debe ser autorizada por USAID. Distribución gratuita.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan los puntos de vista de USAID.

www.pfyaj.com.
E-mail: info@pfyaj.com

ISBN: 958-33-7501-2

CONTENIDO

PRIMERA PARTE

Unidades Temáticas

I. La ética y las funciones del defensor 7

1. Objetivos 9
2. El defensor penal 9
3. La ética del abogado 9
4. Funciones del defensor 11

II. El defensor y los sujetos procesales 23

1. Objetivos 25
2. Los deberes y derechos del defensor respecto de los sujetos procesales 25

III. El imputado: su estatuto legal e inicio de la defensa técnica 31

1. Objetivos 33
2. Condición de indiciado, imputado y acusado 33
3. Oportunidad: momento en que opera el derecho de defensa 33
4. Derechos y deberes del imputado 35
5. Deberes del defendido 42
6. Entrevista inicial 43
7. Sobre la recomendación de declarar o abstenerse 48

Anexo: Guía para la entrevista inicial 55

IV. Estrategias de defensa 57
1. Objetivos 59
2. Concepto 59
3. Elementos para diseñar una estrategia de defensa 59
4. Caso hipotético 64
5. Tipos de estrategia de defensa 67
6. Estrategias de negociación 69
7. Estrategias de refutación 85
8. Plan estratégico de un caso 94

V. El defensor en el debate 103
1. Objetivos 105
2. Hacia un nuevo paradigma 105
3. Preparación del defensor previa al debate 107
4. El debate oral 121

Bibliografía 140

PRESENTACIÓN

Como parte de la capacitación de cada uno de los operadores judiciales que participan en la puesta en funcionamiento del Sistema Acusatorio colombiano que empezó a regir el pasado primero de enero de 2005, la Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Acusatorio, el Programa de Fortalecimiento a la Justicia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), y la Defensoría del Pueblo han diseñado un Módulo Instruccional para Defensores que, integrando aquellos que orientan la intervención de los demás operadores judiciales, contenga un catálogo mínimo de actividades que sirvan al defensor en el cometido de cumplir cabalmente su nuevo rol en la etapa de investigación y juzgamiento que es, fundamentalmente, diferente a la estructura del proceso penal inquisitivo.

La arquitectura de este nuevo modelo de enjuiciamiento penal supone que cada uno de sus operadores tenga presente que, sin el conocimiento de los principios básicos, y las particularidades que caracterizan su nuevo papel, difícilmente el Sistema podrá funcionar ordenadamente tanto en la observancia de las garantías constitucionales como en el rendimiento o eficiencia del Sistema que todos esperamos.

En esa orientación, el manual justamente constituye la axiología del defensor y de su intervención en el proceso penal. También diseña su marco de actuación ética y las funciones que lo definen y lo diferencian de los demás operadores y, dentro de su genérica condición de abogado, aquello que lo identifica como defensor en el campo específico del derecho penal.

Ese punto de partida sirve indiscutiblemente a la hora de crear la figura del defensor, cuya difícil pero loable tarea se desarrolla a partir de unos objetivos claramente delimitados y un elenco de derechos y deberes respecto de las demás partes del proceso.

Importante resulta también que el defensor cuente con un estatuto legal del imputado y que sea consciente que su actividad es diferente, como heterogéneas son las etapas que estructuran el nuevo proceso penal.

Así, la condición de investigado, indiciado o implicado le ofrece al defensor una gama de posibilidades de ac-

tuación distintas de aquellas que puede adoptar cuando su cliente o usuario se convierte en imputado (v. gr. principio de oportunidad, negociaciones preacordadas), unas y otras son esencialmente diferentes de aquellas que acometerá el defensor en el juicio oral propiamente dicho.

En cualquiera de los casos citados, es necesario para la optimización de la defensa contar con una comunicación fluida con su representado, desde la entrevista inicial, para ilustrarlo sobre los derechos que le asisten, entre ellos el derecho a no autoincriminarse y el derecho a un juicio oral, público, contradictorio y concentrado.

De ahí la importancia para el defensor de diseñar su actividad a partir de una teoría del caso, estrategia o diagnóstico que no es privativo del juicio oral sino que resulta indispensable desde la primera audiencia preliminar en la que el defensor deba participar y, aún antes, si se trata de indiciado o implicado, de acuerdo con el nuevo Código de Procedimiento Penal.

De esta manera, el presente manual instructivo para defensores constituirá una herramienta de apoyo que facilitará la tarea del defensor a partir del cumplimiento diligente de sus responsabilidades para garantizar el adecuado funcionamiento del Sistema Acusatorio.

Volmar Pérez Ortiz
Defensor del Pueblo

Primera Unidad

La ética y las funciones del defensor

Sumario

1. Objetivos. 2. El defensor penal. 3. La ética del abogado. 4. Funciones del defensor

1. Objetivos

1.1. Objetivo general

Describir, de forma general, las funciones que debe asumir un defensor dentro de un modelo procesal acusatorio y con alternativas novedosas de resolución, distintas al tradicional proceso penal (inquisitivo).

1.2. Objetivos específicos

1.2.1. Identificar las disposiciones más relevantes que regulan la ética de la abogacía en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.2.2. Discutir sobre el derecho de defensa técnica en supuestos problemáticos desde el punto de vista ético.

1.2.3. Reflexionar sobre los deberes que asume un defensor desde el punto de vista ético, para la atención de procesos penales.

1.2.4. Enumerar las funciones técnicas de un defensor frente a un sistema acusatorio, que incluye también salidas alternas al conflicto.

2. El defensor penal

Bajo el Código de Procedimiento Penal, la defensa técnica en los casos penales estaría a cargo del abogado que designe el imputado o en su defecto, por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública (Art.118). Por su parte, el actual proyecto del sistema de defensa pública involucra dentro de éste a los abogados particulares inscritos en el sistema, los judicantes y los estudiantes de consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho.

3. La ética del abogado

Cuando se habla de la moral de un farmacéutico, de un químico, de un ingeniero, entre otros, nadie duda de la moralidad de estas profesiones, el tema polémico recae en aquellos casos –por cierto vistos como excepcionales- de quienes incurren en excesos o desviaciones. Pero con la abogacía existe otro enfoque reflejado en cantidad de expresiones cotidianas, que la marcan con un halo de inmoralidad. Las razones podrían ser muchas, desde los casos reales de corrupción, los espectáculos en ocasiones ofrecidos por los abogados, hasta la implacable realidad de que en muchos procesos es imposible llegar a soluciones completamente justas o perfectas.[1]

¿Cuál es la relación que tiene un defensor público con la verdad y con la justicia? ¿Cómo se relaciona la verdad con la moralidad del defensor? ¿Es la verdad el factor medular de la ética del defensor? Estos interrogantes, entre otros posibles, motivan el contenido de esta sección, su respuesta condiciona su actuación y determina los resultados de un proceso.

3.1. Nociones preliminares

La ética pretende establecer normas de comportamiento (un deber ser), la ética profesional se refiere a una especifica regulación del comportamiento, supeditada a una profesión en particular y a la función social que justifica su existencia.

[1] ORDAZ, Alfredo, Las personas humanas, p. 203 y ss.

Al aproximarse al estudio de la ética del defensor se hace necesario mencionar los principios generales de la denominada ética del abogado, que en todo caso, es parte de la moral general de todo acto humano[2].

El abogado es un profesional conocedor del derecho positivo, con dominio de fuentes básicas (doctrina y jurisprudencia) y manejo de ciertas destrezas, con capacidad de dictaminar o defender en un proceso, por escrito o de palabra, los intereses de una persona. "La profesión de *abogado* ha ido adquiriendo, a través de los tiempos, cada vez mayor importancia, hasta el extremo de que ella representa el más alto exponente de la defensa no ya de los derechos individuales, sino de la garantía de los que la Constitución establece."[3]

En cuanto a los principios éticos de la abogacía, MONROY CABRA efectúa una enumeración acorde con el Decreto 196 de 1971, que regula el ejercicio profesional.

a) Principio de independencia profesional. La independencia de la abogacía y su misión social son indispensables para la actuación de los abogados.

b) Principio de libertad profesional. Según este principio el abogado tiene libertad desde el punto de vista técnico para escoger el procedimiento, los medios de defensa, la forma de organización del trabajo, etc.

c) Principio de dignidad y decoro profesional. Los abogados son auxiliares de la justicia y deben tener un comportamiento acorde con la dignidad de la abogacía.

d) Principio de diligencia. La diligencia profesional supone el celo, el interés, la escrupulosidad, el cuidado y la atención en los asuntos que se le encomiendan al abogado.

e) Principio de corrección. El abogado debe actuar con seriedad, discreción, reserva, cortesía, honestidad y rectitud moral en sus relaciones con los clientes, los colegas, los terceros, y los administradores de justicia.

f) Principio de desinterés. Este principio exige del abogado el sacrificio de sus intereses, aún si son legítimos y honestos, frente al interés del cliente, y desde luego, al interés de la sociedad.

g) Principio de información. El abogado debe mantener informado al cliente sobre el desarrollo del proceso.

h) Principio de reserva. El abogado debe guardar el secreto profesional que es una exigencia del orden público.

i) Principio de lealtad procesal. El abogado debe comportarse con lealtad con su cliente, con los colegas, y con los administradores de justicia, esto último bajo la idea de no allegar pruebas que se saben adulteradas o falaces.

j) Principio de colegialidad. El abogado debe formar parte de una corporación profesional y por tanto debe cumplir con los deberes que le asigne el Colegio de Abogados al que pertenece y desde luego debe actuar con sentido solidario frente a sus colegas."[4]

[2] Sobre el particular MONROY CABRA, Marco Gerardo, Ética del abogado, p.20.
[3] OSSORIO, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas, p.8.
[4] MONROY CABRA, Marco Gerardo, Ética del abogado, p. 47 y 48.

4. Funciones del defensor

4.1. Función social

El Decreto 196 de 1971, estatuto del abogado, claramente estipula la función social que a éste se le demanda en el sistema jurídico colombiano.

> *Artículo 1.- "La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia."*
> *Artículo 2.- "La principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares. También es misión suya asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas."*

Sin duda el quehacer del abogado (llámese acusador o defensor) debe dirigirse a la colaboración para alcanzar una recta y cumplida administración de justicia, su fin es asesorar en defensa de la justicia; pero ¿qué es justicia?: ¿la búsqueda de la verdad?, ¿de la paz social?, es preciso reflexionar, por que bajo el sistema acusatorio, son claras y delimitadas las funciones y los roles que cada interviniente debe cumplir dentro del mismo.

Tomando como punto de partida los preceptos antes transcritos, se puntualizan a continuación varias reglas específicas de la función social que corresponde ejercer a los defensores.

4.1.1. Colaborador esencial dentro del proceso

La presencia de partes procesales ocupando posiciones antagónicas ha sido desde tiempos antiguos una característica intrínseca del proceso, unos serán acusadores y otros, defensores; ese rol marca determinados derechos y deberes en su ejercicio profesional, unos comunes y otros específicos de su función, aunque todos baluarte de un sistema de derecho democrático.

El defensor es sólo un auxiliar más dentro de un engranaje donde interactúa con otras partes (con intereses muy particulares) u otros sujetos, como el juez, que basado en las diversas posiciones y en los hechos probados busca llegar a la justicia. De ahí el doble papel del defensor como colaborador esencial dentro del proceso: por una parte del imputado[5], por otra del juez[6]; situación que no puede conducir a errores respecto de los intereses que le corresponde salvaguardar y que justifican su cargo.

4.1.1.1. Colaborador del imputado

> El defensor será no solo su asesor, será su voz frente al juez al momento de presentar alegatos, intervenir en interrogatorios y contrainterrogatorios, plantear impugnaciones, etcétera. Los abogados defensores dan sus conocimien-

[5] En la redacción de este módulo se usarán como sinónimos las expresiones: imputado, sindicado, acusado y procesado, para indicar el sujeto pasivo del proceso penal, no obstante, más adelante se harán las distinciones técnicas de dichos términos.
[6] ORDAZ, Alfredo, Las personas humanas, p. 208 y 209.

tos y manejo de destrezas a los indiciados, imputados o acusados según el estadio de la representación legal, quienes por lo general no cuentan con la capacidad para hacerlo, ellos expresan lo que a sus defendidos conviene, entonces ¿cómo no ser parciales[7]? Si se supone que expresan con rigor técnico la posición del imputado. Si el defensor no cumple con esta tarea ¿quién dentro del proceso lo hará?, ¿acaso el propio sindicado quien en ocasiones no alcanza siquiera a comprender las expresiones más elementales del lenguaje jurídico?

4.1.1.2. Colaborador del proceso

Sin la presencia física del defensor no es posible realizar muchas de las actuaciones procesales, su ausencia sería un vicio absoluto que violenta el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Sin embargo, su sola asistencia a los actos procesales no garantiza el efectivo cumplimiento del derecho de defensa, la exigencia de la figura del defensor, es por que tendrá a cargo presentar las razones de hecho y de derecho que apoyan la versión de su representado, especialmente cuando su teoría del caso deviene en defensa afirmativa. La imparcialidad es atributo del juez, no del defensor. "El abogado que pretendiese ejercer su ministerio con imparcialidad, no sólo constituiría una embarazosa repetición del juez, sino que sería el peor enemigo de éste; porque no llenando su cometido, que es el de oponer a la parcialidad del contradictor la reacción equilibrada de una parcialidad en sentido contrario, favorecería, creyendo ayudar a la justicia, el triunfo de la injusticia contraria."[8]

4.1.2. Actuaciones legales, pero parciales

La imparcialidad u objetividad dentro de un proceso penal implica una consideración en paridad tanto de las circunstancias que favorecen como de las perjudican al imputado o a la víctima, en relación con un supuesto hecho delictivo investigado, con el único propósito de llegar a la verdad y resolver la litis como en derecho corresponde. La legalidad en cambio, atiende al respeto que debe darse a la Constitución Política, a los tratados y convenios internacionales ratificados, así como a la demás legislación existente.

Antes se aclaró la incompatibilidad de la imparcialidad con la función del defensor, a riesgo de tacharse de infiel en su patrocinio; el defensor debe ser parcial, lo que conlleva un componente vocacional básico que no todo abogado tiene. Sin embargo el ejercicio de ese derecho fundamental tiene un claro límite en la actuación del defensor: la legalidad, pero aún en ella tienen lugar importantes inquietudes éticas, la parcialidad del defensor respecto a los intereses del imputado, es su alternativa de actuación. Así, cuando el abogado crea que la ley favorece la tesis del contrario, deberá sostener el argumento que beneficia a su representado, después de todo puede estar errado y finalmente será el juez quien resuelva la cuestión.

[7] ORDAZ, Alfredo, Las personas humanas, p. 209.
[8] CALAMANDREI, Elogio de los jueces escrito por un abogado, p. 125 y ss, citado por ORDAZ, Alfredo, Las personas humanas, p. 210.

Mantener la posición parcial, aún dentro de la legalidad no causa ningún daño, por el contrario, los argumentos que con frecuencia sostienen dicha postura se inspiran siempre en máximas del derecho, como suelen ser los alegatos en contra de interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales o de ataque al recurso de la analogía cuando se quieren afectar los intereses o situaciones jurídicas del sindicado; de igual forma se recurrirá a principios ampliamente reconocidos por el derecho como el principio in dubio pro reo, la favorabilidad, non bis in ídem, etcétera, de los cuales el juez como garante del proceso debe ser vigilante, teniendo la oportunidad de corregir el desarrollo del proceso, atendiendo a la legalidad y justicia.

4.1.3. Ejerce el cargo al margen de la justicia del caso

Para el caso de los defensores públicos, la única exigencia para activar los servicios de un defensor es la solicitud expresa de la prestación, así como la ausencia de recursos económicos por parte del sindicado; no obstante, la doctrina documenta polémicas interesantes en torno a la aceptación o no del cargo, según la justicia del caso.

Autores como OSSORIO al preguntarse si es posible aceptar la defensa de un asunto, a nuestros ojos, "infame"; contesta de forma negativa y agrega: "Cuando un abogado acepta una defensa es porque estima, aunque sea equivocadamente, que la pretensión de su tutelado es justa; y en tal caso al triunfar el cliente triunfa la justicia, y nuestra obra no va encaminada a cegar sino a iluminar."[9]

Pero ¿cómo se identifica una causa justa?, ¿será suficiente el dicho del sindicado, o será necesario realizar toda una investigación previa para determinarlo?, ¿a cuál de las partes del proceso debe parecer justa la causa?, ¿quién ostenta la verdad? Aún cuando un sindicado manifiesta ser el responsable del hecho delictivo, se exige cautela, sucede que ese imputado podría aceptar los cargos por coacción (está siendo amenazado), por sentimientos afectivos (el padre que protege al hijo) e incluso por ignorancia (mató, pero en legítima defensa). Entonces, ni siquiera una confesión de hechos posibilita al defensor a realizar un juicio de valor sobre lo infame o no de una defensa.

Al defensor público no le es permitido escoger sus casos, por el contrario, su designación resulta aleatoria, constituye un imperativo defender a cualquier sindicado al margen de su responsabilidad en los hechos criminales acusados.

La tesis de OSSORIO en el caso de los defensores públicos se debe rechazar, pues la naturaleza del servicio público, en este caso, no permite establecer excepciones en ese orden, pero además, seguir esa postura sería violatorio del derecho fundamental de igualdad[10], así como de la presunción de inocencia y del derecho de defensa[11], aceptando tácitamente que un grupo de ciudadanos no son dignos de una defensa técnica.

Para un defensor público no es factible estatuir privilegios ni marginaciones en atención a la naturaleza del delito, las creencias religiosas o tendencias políticas del imputado, por su raza o preferencias sexuales,

[9] OSSORIO Y GALLARDO, Angel, El alma de la toga, p.40.

[10] Artículo 13 Const. Pol. "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica..."

[11] Artículo 29 Const. Pol. "...Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarada judicialmente culpable. 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..."

u otras. En Colombia toda persona sin distinción tiene derecho a la defensa formal, una vez iniciada la investigación de un delito, es una garantía de rango constitucional (art. 29).

4.1.4. Ejerce el cargo al margen de la responsabilidad penal del imputado

Entonces, ¿apegarse a la legalidad le permite al defensor público obviar todo lo demás? Conoce de la responsabilidad criminal del imputado y en el proceso existen los recursos legales para liberar al imputado de toda responsabilidad, o al menos para atenuar su reproche. ¿Qué hace respecto del proceso cuya conducta imputada sabe cometió su representado?

Si un defensor conoce de la culpabilidad de su representado mal haría en divulgar dicha situación, a espaldas o no del imputado, pues precisamente uno de los deberes básicos de esta disciplina es el secreto profesional (art.125 numeral 9 del C. de P.P.). Hoy, las salidas alternas o manifestaciones del principio de oportunidad presentan una vía novedosa para el defensor, al enfrentarlo a opciones que concluyen el proceso con la aceptación y/o negociación de los cargos por parte del imputado, resultan alternativas que se apartan de la regla, pues la práctica forense demuestra que difícilmente en un proceso no habrá qué cuestionar, por supuesto, para alegar se hace indispensable un estudio pormenorizado, consciente y hasta, creativo por parte del defensor. Pormenorizado porque solo el estudio completo de la causa permite detectar los errores, omisiones o factores a favor en una estrategia. Consciente porque el defensor debe valorar la entidad de un eventual alegato, no se pretende trabar el sistema de justicia penal con incidencias solo formales que no significan un gravamen real en la situación del imputado o en el desarrollo de la litis. Creativo porque deberá ser capaz de visualizar las mejores opciones para su representado, fijarse en detalles -en ocasiones desapercibidos por la contraparte- pero de enorme relevancia en la solución del caso. En resumen, aceptar la responsabilidad penal de su representado, para un defensor, ha de ser una situación razonada, sopesada y porque no, extrema.

4.1.5. Utiliza todos los medios disponibles de defensa

Ahora, ¿deberá ese defensor que conoce de la reprochabilidad de la conducta de su cliente valerse de los recursos legales para procurar su libertad o mejor situación dentro del proceso? Ya no se trata de callar la culpabilidad del sindicado, se discute ¿cuál será la actuación del abogado defensor que sabe o infiere fundadamente de la autoría de su patrocinado en el delito? Solo hay un camino, el abogado deberá defender al imputado como si fuera inocente, y utilizará todos los medios lícitos para hacerlo. Postulado ético que se recoge entre otros en el art. 357 del C. de P.P. al decir : " *las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso*".

Nadie discute que un defensor, como cualquier abogado debe rechazar el uso de testigos falsos o pruebas ilícitas (fraude procesal art. 453 del C.P.). Si las mismas han sido sugeridas por el imputado, incluso tendrá la obligación de informar las repercusiones legales de dicho ofrecimiento (fraude procesal, soborno (art.s 444 y 444A del C.P.) , falso testimonio , o false-

dad de documentos); pero en definitiva está en la obligación de utilizar todos los recursos legales disponibles, aún cuando sepa que el imputado es autor o partícipe de los hechos y el medio de defensa parezca un mero formalismo frente a la responsabilidad criminal (ejemplos: la acción penal prescribió, hay caducidad de la querella o querellante ilegítimo, o el único medio probatorio es ilegítimo, no se acusó un hecho típico). ¿Por qué debe el defensor asumir esa posición?

Porque le ha sido encomendada la difícil labor de colaborar en la tutela de los derechos fundamentales: acceso a la justicia, debido proceso, integridad física, igualdad, intimidad personal y familiar de una parte específica del proceso: el imputado. Porque esa persona que se defiende se encuentra amparada constitucionalmente por una presunción de inocencia que lo cobija hasta que exista una sentencia en firme que establezca lo contrario; porque ese ser humano imputado o acusado si ha de ser condenado, lo será en respeto absoluto del debido proceso que incluye una serie de derechos y garantías ha respetarse sin excepción, cuando toleremos excepciones caeremos en la anarquía. Es decir, al defender el debido proceso de un ciudadano, el defensor contribuye a fortalecer el sistema de derecho, que sólo se revitaliza si quienes lo operan actúan diligentemente, alegando cuando sea preciso, impugnando si es necesario y no convirtiéndose en callados cómplices de actos al margen de toda legalidad.

4.1.6. Brinda un servicio de calidad

El cambio operado en el sistema procesal exige hoy más que nunca que todo defensor se sensibilice respecto de la condición y necesidades de los usuarios, con el propósito de lograr la mejor de las comunicaciones, tanto como óptimos resultados en beneficio del mismo. El imputado debe conocer el proceso, lo que ocurre, sus alternativas; pero además, será una fuente de información calificada, dejando su condición de pasividad extrema cuando se le encasillaba como un objeto de prueba, observador distante de un proceso protagonizado por otros, pero cuyos resultados él padece.

4.2. Funciones técnicas

Con la entrada en vigencia del sistema procesal acusatorio, las funciones tradicionalmente desempeñadas por el defensor deben revalorarse para insertar en ellas las exigencias de un sistema que tiene por fin humanizar la actuación procesal, alcanzar una justicia pronta y cumplida, activar resoluciones a los conflictos sociales mediante manifestaciones del principio de oportunidad como la abstención, suspensión o renuncia de la persecución penal, estás entre otras innovaciones conllevan una mutación en el perfil del defensor de quien se pretende un mayor protagonismo en la investigación, el manejo de destrezas mínimas de negociación, en definitiva un profesional muy activo para el cual la comunicación con el sindicado deviene en imprescindible. (Art. 348 del C. de P.P.)

El acto Legislativo 03 de 2002 claramente dispuso el derecho a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y “con todas las garantías “, esto último sin duda constituye una salvaguarda constitucional muy importante a efectos de establecer los derechos y las garantías judiciales de

que es depositario todo ciudadano a quien se aplica el sistema penal. Tal como lo anuncia el Art. 124, la "*defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que los tratados internacionales relativos a Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley reconocen en favor del imputado*" En el mismo sentido el Art. 125 enumera algunas facultades especiales, que deben no entenderse taxativas toda vez que múltiples disposiciones del Código consagran atribuciones para la defensa entre ellas: deberes y atribuciones especiales (art. 125), facultades del indiciado y derecho a ser informado (art.267), facultades del imputado (art.268), facultad de entrevistar testigos (art.271), facultad para solicitar la practica de prueba anticipada (art.274 y 284), facultad para preparar de modo eficaz su actividad procesal (art. 290), derechos del capturado especialmente a contar y entrevistarse con un abogado (art.303), facultad para exigir un descubrimiento completo y objetivo de los elementos materiales probatorios en poder de la fiscalía (art.344), facultad de solicitar la práctica de pruebas en juicio (art.357), derecho a presentar una declaración inicial al momento de la instalación del juicio oral (art.371) y derecho a presentar alegatos de conclusión (art.443), entre otros.

A continuación el propósito es agrupar y mencionar las funciones técnicas del defensor como colaborador esencial del imputado, al margen de aquellas que lo presentan como auxiliar del proceso, básicamente para dar legitimidad a algunas actuaciones. No obstante, es oportuno tener presente que aún en estas diligencias su misión primordial sigue siendo brindar la asistencia necesaria al imputado, a sus intereses, de acuerdo con una teoría del caso que se estructura y consolida a medida que avanza el proceso.

4.2.1. Función investigadora

En el nuevo sistema procesal penal, el defensor asume un rol que va más allá de la asistencia técnico-jurídica al imputado, deberá adelantar una investigación, si se quiere, paralela a la de la fiscalía, sólo así su preparación para el juicio será la adecuada.

4.2.1.1. Su inicio

La función investigadora de un defensor comienza desde su designación en una litis penal, de inmediato deberá imponerse de los hechos denunciados, de los medios de convicción recogidos; igualmente, deberá intentar conocer la versión del indiciado o imputado a la mayor brevedad. La investigación es una tarea introductoria que permite desplegar las demás, es una labor constante, que perdurará durante todo el proceso penal; el defensor tiene la obligación de estar siempre al tanto de cualquier incidencia del caso.

4.2.1.2. Contenido

El defensor puede no solo solicitar, conocer o controvertir la información y los elementos materiales probatorios; asimismo le es permitido identificar, recoger y embalar evidencias físicas y hacerlas examinar por peritos particulares o hacer la solicitud para que sean analizados por el laboratorio del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Art. 267-268). A diferencia de

otras épocas, nada de extraordinario y menos de desleal, tiene la posibilidad de entrevistar a personas a fin de descubrir información valiosa para su defensa, con la opción de recogerla y conservarla por medio técnico idóneo, en la modalidad o no de declaración jurada o bien, según la necesidad o urgencia, como prueba anticipada (arts 271,272,273,274).

En lo que tiene que ver con la prueba anticipada es importante que el defensor esté atento a verificar que efectivamente se da una situación extrema de necesidad y urgencia para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio y que se encuentren debidamente sustentados los motivos fundados que invoca el fiscal, esto por cuanto si se establece que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipadamente nunca existió o ha desaparecido, lo procedente es la repetición de la prueba en juicio oral, tal como lo dispone el parágrafo tercero del art. 284 del C. de P.P.

4.2.1.3. Planos de investigación

Desde la óptica del defensor como investigador, obviamente se visualiza a un profesional que reconoce los diversos planos de indagación:

- **Respecto de los hechos denunciados y la normativa aplicable**

Si es fáctica (relativa a los eventos denunciados), deberá ubicar, valorar y si es de utilidad, asegurar cualquier medio de convicción y, cuando sea necesario deberá asesorarse por peritos o expertos o dedicar el tiempo necesario al estudio del dato o tema técnico relevante en la defensa; si es de orden jurídico, manejará las fuentes bibliográficas, doctrinarias o de jurisprudencia relevantes al caso, así como las exigencias legales y los procedimientos que determinan la autenticidad y legalidad de la prueba. Además, deberá tener claridad respecto de los propósitos de cualquier pesquisa, de conformidad con su teoría del caso.

- **Respecto de medidas cautelares o de aseguramiento**

La circunstancia que una persona pierda sus bienes materiales y más importante aún, su libertad, involucra al defensor en la investigación para prevenir o modificar las medidas impuestas (Arts. 92, 94, 97 y 306 a 316).

4.2.1.4. Seguimiento

Desde la entrevista inicial –como se verá líneas adelante- el defensor debe no solo identificar posibles evidencias, localizarlas, embalarlas, valorar su idoneidad y aporte según la estrategia de defensa, etcétera. Resulta fundamental crear mecanismos que permitan la planificación y el seguimiento de toda la indagación, los que serán desarrollados en la segunda parte de este módulo.

4.2.2. Función asesora

Esta labor de asesoría se debe dar en determinadas condiciones: con un lenguaje comprensible para el sindicado, con el tiempo, los medios y la privacidad necesarias para asegurar un diálogo efectivo; conlleva el análisis fáctico, jurídico y probatorio de la teoría del caso, de la estrategia a seguir por la defensa.

4.2.2.1. Información preliminar: derechos y proceso

Resulta vasta la tarea de consultoría de un defensor, se inicia desde luego con la explicación al imputado respecto de sus derechos constitucionales y procesales, para el caso de la defensoría pública sobre los servicios ofrecidos, algunos de los deberes del defensor como el secreto profesional y su compromiso de diligencia en la atención del proceso. En cuanto al proceso, reseñará sus diversas fases, sujetos y entre otras posibilidades, cualquier salida alternativa.[12] El imputado tiene derecho a conocer el proceso penal del cual es precisamente la parte acusada, es más, tiene derecho a preguntar, a opinar y a decidir.

4.2.2.2. Análisis y recomendaciones del caso

Luego el defensor deberá asesorar respecto del caso en particular, informando del hecho acusado y los medios de convicción recopilados; con esos datos y una posible versión de los hechos por parte del imputado, le indicará su primera impresión respecto a las opciones de la litis, si es conveniente su declaración o no ante las autoridades; si es preciso iniciar negociaciones con la Fiscalía ya sea para justificar la exclusión o pactar un preacuerdo o cualquier manifestación del principio de oportunidad; le comunicará sobre eventuales medidas cautelares; así como de cualquier investigación que pareciera urgente o necesaria, o la probabilidad de diligencias probatorias contingentes o seguras por parte de la Policía o la Fiscalía General de la Nación, según la naturaleza del caso.

4.2.3. Función de representación

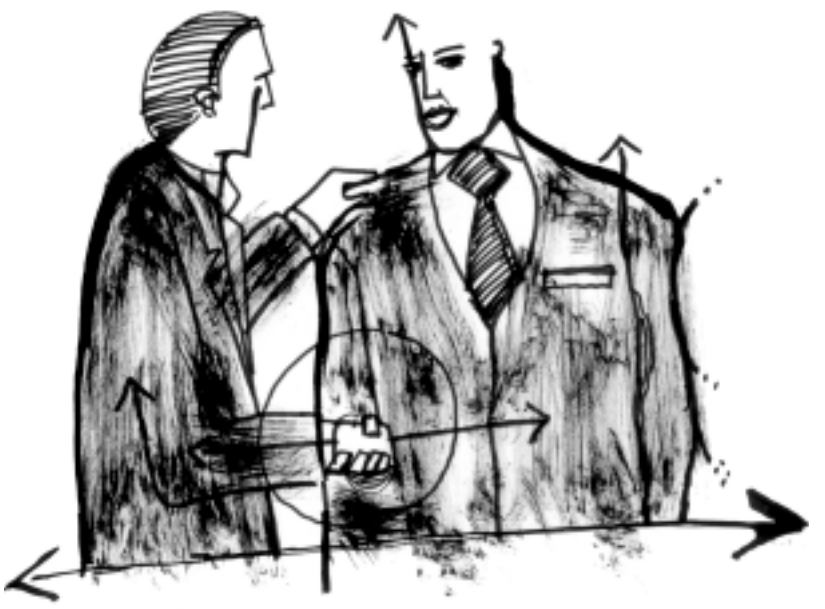
Representa quien actúa oficialmente en nombre de otro; en el caso del abogado defensor no se podría circunscri-

[12] Existen cantidad de explicaciones que el defensor deberá incluir en esta tarea, que por sencillas, con frecuencia se omiten, cuando se aborde el tema de la entrevista con el imputado se puntualizarán las más relevantes.

bir a su sola presencia física en determinados trámites procesales, cuando actúa en representación opera una ficción jurídica por la cual ese profesional expresa con rigor técnico los intereses de una de las partes del proceso, es su voz, es el protector de los derechos y garantías consagrados en instrumentos internaciones, Constitución Política y cualquier otra normativa.

4.2.3.1. Representar no es suplantar la voluntad del imputado

El defensor debe lograr una comunicación eficaz y eficiente con su patrocinado para explicar todo estadio o evento del proceso donde sea preciso la toma de decisiones. Luego, su compromiso será transmitir esa voluntad, con los argumentos, el apoyo normativo y jurisprudencial –pertinente y disponible-, pero sobre todo, con convicción.



4.2.3.2. Se representa aún cuando el imputado se encuentre presente

El defensor siempre representará al imputado, salvo cuando se trate de actos personalísimos (por ejemplo, un reconocimiento en fila de personas, Art. 253 al que debe someterse el imputado, o su declaración en el proceso, etcétera). Representa al imputado aún cuando lo tenga a su lado; pero sin duda los casos más problemáticos serán aquellos donde se permite la representación sin la presencia física del imputado.

4.2.3.3. Representar al imputado en ocasiones significa negarse a la realización de una diligencia

Un trato en extremo cauteloso merece cualquier diligencia procesal que autoriza la participación del abogado defensor como representante del imputado, cuando este último está ausente. Ello por cuanto existen decisiones personalísimas del imputado que jamás podrá tomar el defensor en su nombre. Un ejemplo útil se encuentra en el Código de Procedimiento Penal, cuando en el artículo 293 se incluye dentro del contenido de la formulación de la imputación la posibilidad del investigado de allanarse a la misma, con el propósito de obtener una rebaja de pena hasta de la mitad de la pena imponible (Art. 351). Al no ser obligatoria la presencia física del investigado en esta audiencia, bien por declaración de persona ausente o por contumacia, como se lee del Art. 127,291 C.P.P, será función esencial del defensor verificar con diligencia y cuidado que por lo menos se haya cumplido con las citaciones ordenadas en el código y

que se hayan agotado todos los mecanismos razonables de búsqueda a efectos de no interpretarse su ausencia con el efecto nocivo de la contumacia, por cuanto se tiene que esta declaratoria –persona ausente- es válida para toda la actuación. El juez de garantías también tendrá allí una gran responsabilidad para corroborar que efectivamente la fiscalía ha efectuado labores suficientes de ubicación para obtener la comparecencia del procesado. Recuerde que su presencia no se limita a legitimar actuaciones procesales, pues en todo momento se ostenta la condición de protector de los derechos esenciales del sindicado.

4.2.4. Función de gestión

Considerando la naturaleza de su intervención es posible clasificar las funciones de gestión en las siguientes categorías:

4.2.4.1. De impugnación

La impugnación en un sentido amplio, abarcando:

- Presentación de recursos de reposición, apelación y casación, tanto como las acciones de revisión, recursos de hábeas corpus o acciones de tutela. Recuerde que durante la fase pre-procesal son excepcionales las decisiones materia de apelación, por ejemplo la que niega la práctica de una prueba anticipada o la que decide sobre la imposición de una medida de aseguramiento o medida cautelar, la que decreta o rechaza la preclusión de la investigación (Arts. 176-177-284)
- Objetar la admisibilidad de la prueba o invocar su nulidad por su ilicitud. (arts. 23, 359, 360, 376, 455)
- Oponerse a la acusación cuando no cumple los requisitos de ley (arts. 339)
- Presentar oposiciones (Art.395)
- Invocar causales de incompetencia, impedimentos y recusaciones (arts. 56 a 65; 339,341 y 411). Se incluyen en la normativa algunas circunstancias adicionales procesales que conllevan impedimento a saber: Cuando el fiscal haya dejado vencer el término de 30 días para formular acusación, aplicar el principio de oportunidad o solicitar la preclusión de la investigación (art. 175); cuando el Juez haya ejercido funciones de control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración quedará impedido para conocer el juicio en su fondo; o cuando el Juez haya conocido y negado la petición de preclusión presentada por el fiscal , aquel no podrá adelantar el juicio.
- Invocar la ausencia de condiciones de procesabilidad (Art. 70-75)
- Invocar causales de nulidad o ineficacia de los actos procesales (arts. 455-458)

4.2.4.2. De negociación

Aún cuando concurran los presupuestos de un delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) la tendencia de los nuevos procesos penales incluye alternativas diferentes a la conclusión ordinaria (debate oral y sentencia). Por ello, se han introducido los denominados preacuerdos y algunas manifestaciones del principio de oportunidad que bien puede llevar a que la Fiscalía General de la Nación renuncie, suspenda o interrumpa el ejercicio de la persecución penal. (Art. 323)

El defensor adquiere entonces una nueva función, la de aportar sus conocimientos jurídicos, argumentos y si fuera necesario, sus pesquisas, con el fin de persuadir al fiscal , para el caso de los preacuerdos , de eliminar de su acusación alguna causa de agravación o cargo específico, o de tipificar la conducta de manera que sea posible una sanción penal menor o bien llegar a una de esas salidas alternas previstas. (Art. 321-330; 348-354)

4.2.4.3. De petición

Las solicitudes de un defensor en el transcurso del proceso pueden ser de diversa naturaleza, por ejemplo respecto de:

- Comunicación privada con el imputado incluso desde antes de comparecer ante las autoridades. (Art.8 literales e y g, 125 numeral 1,)
- Proporcionar un traductor o interprete al imputado (Art. 8 literal f)
- Contar con el tiempo y medios suficientes para preparar la defensa. (Art. 8 literal i , 125 numeral 2)
- Conocer oportuna y claramente los hechos imputados o acusados, así como los medios de convicción existentes. (Art. 8 literal h , 125 numeral 3, 286, 288 numeral 2). Debe aclararse que para la formulación de la imputación el fiscal no tiene la obligación de descubrir los elementos materiales probatorios ni la información que posea, así mismo, en el momento de la imposición de una medida de aseguramiento por parte del Juez de garantías, la defensa sólo conocerá los medios de convicción necesarios para la sustentación de la misma. (Art. 288 numeral 2). Lo que no implica que la defensa durante la audiencia preliminar donde se decide sobre el ejercicio de un derecho fundamental (la libertad), pueda ofrecer e incorporar elementos materiales de prueba y/o información (entrevistas , declaraciones, documentos) tendientes a controvertir los fundamentos tanto fácticos como jurídicos y probatorios del fiscal. (art.306)
- Solicitando la revocatoria o variación de una medida de aseguramiento , ya sea, porque las condiciones que justificaron su imposición desaparecieron (era indispensable realizar un reconocimiento, el cual fue realizado); o porque a medida que avanza la investigación la medida establecida resulta excesiva; o incluso por darse una situación sobreviniente como un estado grave del imputado a causa de una enfermedad. (Art. 308-318)
- Medios de convicción. La carga de la prueba en los procesos penales corresponde a la Fiscalía , el defensor no tiene el deber de hacer ofrecimiento sobre el particular –salvo en presencia de una defensa afirmativa- (Art. 125 numeral 8), pero si a raíz de sus labores de investigación se entera de la existencia de medios de convicción en beneficio de su patrocinado quien aún no ostenta la condición de imputado (indiciado) podrá embalarlos (si de evidencia física se

trata) y hacerlos examinar por peritos particulares o solicitar a la policía judicial que lo haga (art. 267) ; si ya se ha formulado la imputación, además se podrán enviar para su examinación, esos elementos materiales de prueba al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o incluso, solicitar que se evacue como prueba anticipada (Art. 274). También podrían incluirse dentro de este grupo la solicitudes de adición o aclaración de informes forenses (psiquiátricos, médicos, balísticos, etc.). (Art. 8 literal j, 16, 125 numerales 5 y 6, 284) o peticiones de descubrimiento de los elementos materiales probatorios en poder de la fiscalía (Art. 344) y desde luego los requerimientos para la práctica de prueba durante el juicio (Art.357) .

- Instar la preclusión de la investigación, a partir de la formulación de la imputación o la cesación de procedimiento durante el juicio si sobreviene alguna causa que la justifique. (Art. 331-335) .Es claro que quien formalmente solicita la preclusión es el fiscal, -cuando la causal no se presenta durante el juicio-, si embargo nada impide que el defensor promueva y tome la iniciativa ante éste para persuadirle de la existencia de la causal.

4.2.4.4. De formulación de alegatos

En realidad los alegatos representan la elaboración de todo un análisis por parte del defensor, ocurren cada vez que él fundamenta una solicitud o razona una impugnación; no obstante, su mención particular obedece a la necesidad de destacar esta actividad, especialmente en el juicio oral, cuando el defensor planifica sus alegatos de apertura, pero sobre todo los finales, interrelacionando hipótesis fácticas, jurídicas y probatorias, que dan forma a su teoría del caso. (Art. 371,443)

4.2.4.5. De participación en la evacuación de pruebas

Por una parte, alude a la posibilidad de interrogar y contrainterrogar testigos, (Art. 8 literal k, 390-396) también de escoger el orden de evacuación de prueba de acuerdo con su estrategia de defensa, en el debate, especialmente del orden en que los testigos serán interrogados, estando atentos a que la prueba de la fiscalía se evacué primero y posteriormente la de defensa, salvo que ésta sea utilizada para refutación. Además, ha de incluirse en esta actividad cualquier participación del defensor durante la práctica de una prueba, intervenciones que no son impugnaciones, sino observaciones o comentarios, incluso objeciones, que él mismo realiza o que constata queden consignados en las actas respectivas. Aspectos todos relevantes para una eventual impugnación del fallo. Por ejemplo cuando la actividad del juez frente a la práctica de la prueba sobrepase los límites legales establecidos (art.397), con ello poniendo en riesgo la imparcialidad que debe caracterizarle.

Segunda Unidad

El defensor y los sujetos procesales

Sumario

1. Objetivos. 2. Los derechos y deberes del defensor respecto de los sujetos procesales.

1. Objetivos

1.1. Objetivo general

Reseñar los derechos y deberes del defensor en su relación profesional con el juez, el fiscal y la víctima, como sujetos del proceso penal.

1.2. Objetivos específicos

Retomar algunas situaciones de la práctica forense en la relación del defensor con los sujetos procesales, dando recomendaciones al respecto.

2. Los deberes y derechos del defensor respecto de los sujetos procesales

Los sujetos que intervienen en un proceso penal son el órgano jurisdiccional y las partes. Las partes son sujetos distintos al juez o tribunal y se clasifican en parte activa o acusadora (persona con una situación de conflicto que solicita una resolución judicial frente a otra) y la parte pasiva o acusada (el individuo contra quien se insta la resolución).

Existe en nuestra legislación disposiciones concretas respecto a los deberes del abogado, el Decreto 196 –ya mencionado- incluye una lista de ellos, contenida en el artículo 47: "1. Conservar la dignidad y el decoro de la profesión; 2. Colaborar legalmente en la recta y cumplida administración de justicia; 3. Observar y exigir la mesura, la seriedad y el respeto debidos en sus relaciones con los funcionarios, con los colaboradores y auxiliares de la justicia, con la contraparte y sus abogados, y con las demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión; 4. Obrar con absoluta lealtad y honradez en sus relaciones con los clientes; 5. Guardar el secreto profesional; 6. Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, y 7. Proceder lealmente con sus colegas."

El Código de Procedimiento Penal (Artículo 140), exige como deberes específicos de las partes, que desde luego incluye a la defensa, los siguientes: 1. Proceder con lealtad y buena fe 2.Obrar sin temeridad en sus pretensiones o en el ejercicio de los derechos procesales, sin maniobras dilatorias, impertinentes o superfluas. 3. Abstenerse de usar expresiones injuriosas. 4. Respetar a los servidores judiciales y demás intervinientes. 5. Comunicar cualquier cambio de domicilio, residencia o dirección electrónica. 6. Comparecer a las audiencias o diligencias a las que sean citados. 7. Guardar silencio durante las audiencias, salvo cuando le corresponda referirse. 8. Entregar a los servidores judiciales los documentos u objetos necesarios para la actuación.

El defensor debe atender muy especialmente su credibilidad que dependerá de su trabajo honesto (se sabe que ese defensor no ofrece prueba espuria, no presiona a los testigos, etcétera), meticuloso, creativo y eficaz (sus peticiones o alegatos tienen como base un conocimiento adecuado del proceso y una fundamentación coherente y completa, con el debido respaldo probatorio, jurídico y si fuera del caso, de doctrina y jurisprudencia).

De otra parte, igual el abogado podrá exigir un trato digno y respetuoso, expresiones corporales, orales o escritas honorables, es decir, que no denigren al profesional ni a la persona que lo encarna.

A continuación se puntualizará, la posición del defensor respecto de cada uno los sujetos, a excepción del imputado, pues la dimensión del tema amerita una sección particular.

2.1. Respecto del juez

El juez es un funcionario del Estado que ejerce un poder específico, un poder "jurisdiccional" y en su ejercicio soluciona litigios que otras personas han sometido a su consideración, aplicando de forma imparcial y legal el ordenamiento jurídico existente. Ese poder no es un atributo personal del juez, ni es de aplicación facultativa u optativa, "es un poder propio del Estado, que se expresa a través de ciertos funcionarios que tienen el deber de ejercer esa jurisdicción."[1]

De la relación entre el defensor y el juez se pueden destacar diversas situaciones o aspectos, a continuación presentamos algunos de ellos:

a. Respeto a la investidura de juez

El defensor deberá abstenerse de utilizar expresiones groseras o vulgares en presencia del juez, pues debe respetar su investidura, considerando las atribuciones a él encomendadas, que no se limitan a la resolución de controversias, sino que van más allá, como garante de los derechos básicos de las personas involucradas en la litis, o como responsable de ejercer el poder de disciplina entre las partes procesales. Si en virtud del ejercicio de la defensa surgen controversias con el Juez, se debe hacer uso de los recursos y mecanismos previstos en la ley para tramitar la inconformidad. Por ejemplo, durante el desarrollo de la audiencia pública del juicio oral contra las decisiones que adopte el Juez sólo procede el recurso de reposición, salvo que se trate de decisiones referidas a la manera como se presenta la prueba o se conducen los interrogatorios y contra-interrogatorios evento en el cual no procede recurso alguno a no ser que se refiera a aspectos sustanciales de derechos fundamentales. El defensor puede entonces promover una objeción u oponerse a las preguntas o respuestas del testigo, si no prosperan pero se considera que existe suficiente fundamento en ellas, y la negativa del juez se torna una constante, se debe dejar constancia en actas de esta situación para una eventual revisión sobre la legalidad de la actuación en la segunda instancia, por violación del derecho de defensa y el debido proceso, en todo caso estableciendo la magnitud y trascendencia del gravamen para el derecho fundamental. Lo claro es que si la defensa no consigna en actas su inconformidad, será como si la irregularidad no hubiese existido.

b. Defensor debe velar por el cumplimiento del principio de juez natural

Según el cual, todo caso debe ser resuelto por los funcionarios legalmente asignados a su jurisdicción, en apego al artículo 13 de la Constitución Política que garantiza el principio de igualdad. El defensor no podrá tolerar que su representado sea juzgado por tribunales especiales, o un procedimiento diferente al establecido o mediante la manipulación de las normas de competencia.

c. Defensor debe concienciar sobre el derecho de defensa

Es fundamental que el defensor contribuya a crear conciencia en el juez, en lo relativo a que el derecho de defensa no es un capítulo exclusivo del defensor, el

[1] BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal, p.294.

juez tiene dentro de sus deberes velar por los derechos fundamentales del imputado (Art. 139 numerales 4 y 6), se trata del derecho de defensa "amplia" (con el propósito de distinguirla de la defensa material o técnica), que involucra a todos los funcionarios o autoridades que participan en la investigación o en el proceso penal, consiste en apreciar y consignar todas las situaciones (adversas o favorables al imputado) y en garantizar a quienes participan del litigio sus derechos y garantías constitucionales, defensa que sin duda adquiere mayor acento cuando del imputado o acusado se trata. Velar por el derecho de defensa en los términos descritos es una obligación para las autoridades, aún cuando, el imputado se encuentre acompañado de su abogado defensor.

Esta versión del derecho de defensa "amplia", es la natural consecuencia del reconocimiento de la presunción de inocencia y la garantía constitucional del debido proceso en la cual se incluye la imparcialidad del Juez. Esto explica muchas de las actuaciones y prevenciones del Juez:

a) Prevenciones de abstención (derecho a guardar silencio, a no de declarar en contra de sus parientes en los grados de ley. Art. 282,385)
b) Verificar que el acusado entiende los hechos, ésta debidamente informado, tiene asistencia legal adecuada y que actúa de manera libre. (Art. 282,368), en el caso de la renuncia del imputado al derecho a guardar silencio y al juicio oral también se debe constatar por el Juez de garantías o Juez del Juicio, según el caso, que tal decisión es libre, consciente , voluntaria y debidamente informada y asesorada por la defensa (Art 131)
c) Velar porque durante la audiencia de formulación de acusación, el descubrimiento de los elementos materiales probatorios sea lo más completa posible (Art. 344) y que en la audiencia preparatoria se enuncien y descubran a la defensa la totalidad de tales elementos materiales y las pruebas que se pretender hacer valer en juicio. (Art. 356 ,357),
d) Mantener su imparcialidad durante el juicio, entre otras formas no decretando pruebas de manera oficiosa (Art. 361), profiriendo el fallo solo con base en la prueba presentada, practicada y controvertida en su presencia (Art. 379), no presentando al acusado como culpable , ni dando declaraciones sobre el caso a los medios de comunicación.

d. El defensor no es un subalterno del juez

El defensor debe esperar y recibir respeto, como cualquier otro abogado, pero sobre todo en atención a la naturaleza de su función. En el caso de los defensores públicos puede suceder que sean tratados como un subordinado más de las autoridades judiciales, quienes en ocasiones, de forma errada, lo visualizan solo como un profesional al servicio de la adminis-

tración de justicia, aún en contra del derecho de defensa de sus patrocinados. Esta situación no debe consentirse.

Será deber del defensor transmitir con claridad y convicción, su deber de lealtad para con los intereses del imputado, subrayando la preeminencia que se le ha reconocido.

2.3. Respecto del fiscal

a. El Defensor debe clamar por la objetividad del fiscal

Con la implementación del sistema acusatorio, derivada del acto legislativo 03 de 2002, desaparece la expresa obligación de la Fiscalía, que constitucionalmente establecía el Art. 250 en su inciso final, su deber de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado. Lo anterior no riñe con el PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD, previsto en los arts. 115 y 142 numeral 1del C. de P.P, que implica el deber de la Fiscalía en adelantar sus investigaciones de manera transparente en búsqueda de la verdad.

Con esto es claro que la defensa no puede exigir al fiscal, la práctica o recolección de elementos de convicción que pueda estimar favorables a su defendido, ésta labor estará a cargo de la propia defensa (Art.290).

El fiscal como director y quien orienta jurídicamente la investigación debe en todo caso ejercer sus funciones y dar expresas indicaciones a los funcionarios de policía judicial que adelantan las mismas, para que sus actuaciones sean objetivas, transparentes y ajustadas a la Constitución Política y la ley. La defensa debe por su parte estar atenta a que esto ocurra.

Por ejemplo, si durante la investigación se revela o aparece un medio cognoscitivo, favorable a la defensa, el fiscal tiene el deber de descubrirlo oportunamente. Bajo el código este momento sería por excelencia ante el Juez de conocimiento (Art. 15 inciso segundo y 142 Numeral 2), durante la formulación de la acusación por escrito en cuyo contenido deberá ir el descubrimiento de las pruebas y elementos favorables al acusado en poder de la fiscalía (Art. 337 numeral 5 y literal f.) , y durante la audiencia de formulación de la acusación, cuando incluso la defensa puede requerir la intervención del Juez para que ordene a la Fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio específico de que tenga conocimiento (Art. 344).

b. Relación de estricto respeto profesional

Sin duda resulta fundamental forjar un nexo de respeto entre el Fiscal y el Defensor, donde exista la confianza para establecer diálogos o propuestas indispensables en el quehacer del Defensor. El Defensor está obligado al secreto profesional y al deber de lealtad respecto de su patrocinado; por esas circunstancias deberá callar y limitarse a poner en conocimiento eventos concretos, los necesarios para fundamentar una petición o impugnación a favor del imputado, cuidándose por ejemplo de no revelar información bajo confidencialidad (Art. 125 numeral 9).

c. Respeto por la lealtad procesal

Lo que se quiere es que el debate durante el juicio se adelante en igualdad de medios y de manera transparente, sin sorpresas, especialmente en lo que tiene que ver con los medios probatorios que desfilarán durante este (Art. 140 numeral 1). Para ello el Código contempla sanciones por el incumplimiento al deber de revelación de información, la principal de ellas es que no

podrán ser aducidas al proceso, ni convertirse en prueba , ni practicarse durante el juicio, es decir el Juez tendrá la obligación de rechazar los elementos materiales no descubiertos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.

d. Verificación de mecanismos de búsqueda

Corresponde a la defensa, en su rol ante el Fiscal y de ser el caso ante el Juez de Garantías, exigir que se verifiquen y se hayan agotado y constatado todos los elementos de información disponibles para la ubicación del imputado, es decir, hacer respetar su derecho a estar presente durante la investigación y con mayor razón durante el juicio. Aunque el Código permite el adelantamiento del proceso en ausencia del imputado, por lo menos exige que se agoten los mecanismos de búsqueda y la emisión de citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado (Art. 127). Es de tal importancia la labor allí de la defensa que si no se cuestiona en su momento procesal, tal como lo dispone el artículo en mención la declaración de persona ausente será válida para toda la actuación.

e. Respeto por los derechos del imputado

La defensa debe demandar un trato digno para su representado, respetuoso de los derechos del mismo acorde con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y que forman parte del bloque de constitucionalidad. (Art. 124 , 130). Es desde el propio acto legislativo 03 de 2002 que se refuerza el régimen constitucional de garantías que regulan el proceso penal, cuando dispone que el juicio *será público, oral, con inmediación de pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.*

2.4. Respecto de la víctima

Dada la naturaleza de los derechos reconocidos a la víctima, el defensor debe apreciarla no solo desde la perspectiva tradicional, como denunciante o testigo en el proceso, pues las legislaciones le han concedido una serie de prerrogativas, que varían en intensidad. Por ejemplo, en Costa Rica para concretar algunas de las salidas alternas al proceso, como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, resulta indispensable la aprobación de la víctima. En nuestro caso, el C.de P.P. señala la querella de la víctima como un requisito de procesabilidad de la acción penal para algunos delitos (art.70) le da la posibilidad de ser escuchada tanto por el fiscal como por el Juez de garantías cuando haya lugar a aplicación del principio de oportunidad (arts.136 numeral 11 y 327), le permiten solicitar al fiscal requerir medidas de protección ante actos de hostigamiento, amenazas o atentados (arts. 134,137) , e incluso, si la víctima no cuenta con los recursos económicos suficientes para contar con la asesoría de un abogado, se proyecta una oficina especializada de atención, perteneciente a la Fiscalía General de la Nación (Art. 136 numeral 6).

Más adelante se irán abordando diversas situaciones que ilustran ese –en ocasiones- necesario contacto entre el defensor y la víctima. Se adelanta un ejemplo. Cuando el defensor detecte una falta de instancia (querella) siempre será conveniente procurar contactar a la víctima para explicarle (sin ejercer presión alguna) que en ese tipo de delitos, ella tiene el derecho de denunciar o no, que nadie la puede presionar al respecto. Para ese contacto con la víctima es fundamental valorar el grado de enojo, dolor o resentimiento que pueda tener la persona. Sería oportuno destacar en esa entrevista las

fases del proceso y su participación en ellas (para aclararle que se trata de un proceso con una determinada duración y citaciones judiciales a las que deberá comparecer), se subrayará cualquier aspecto positivo del imputado o acusado (según la etapa), ya sea su situación familiar (hijos o padres a cargo) o por el contrario, circunstancias que han afectado su comportamiento, tales como, problemas emocionales, laborales, de salud (ejemplo, drogadicto que requiere una atención profesional a la que no tiene acceso) y si fuera posible (sin mentir) señalar cualquier propósito o gestión por superarla (en el ejemplo anterior, haber conseguido el ingreso en algún centro o al menos mostrar solicitud de ingreso), con el propósito de que no se presente la querella o se opte por alguna de las alternativas que ofrece la justicia restaurativa.

La sensatez al aproximarse a la víctima es primordial, tampoco se puede obviar el deber de lealtad y confidencialidad hacia el imputado o acusado (secreto profesional). Sería muy reprochable que el Defensor transmitiera a la víctima una confesión de los hechos realizada por el imputado, aunque lo hiciera "sin querer" o con la mejor de las intenciones. Se recomienda un acercamiento cauteloso y concreto, pero además sensible respecto de la eventual situación de la víctima, sin comprometer al imputado. Si el proceso continuara, una vez en juicio se corre el riesgo de que ese testigo relate cómo el abogado defensor le transmitió la confesión realizada por el acusado, esto desde luego si el acusado decide declarar en juicio y solamente con fines de impugnación de credibilidad. También podría ocurrir que producto de la conversación con el abogado surjan elementos probatorios incriminantes, antes no considerados y que podrían aportarse al proceso en detrimento de los intereses del procesado. Riesgos letales en una defensa técnica.

Aunque no parezca posible, en muchos casos la víctima se puede convertir en un aliado en la estrategia de defensa de un Defensor, es una de las opciones ha considerar en el diseño de una teoría del caso, así sucede por ejemplo en supuestos del principio de oportunidad, la práctica forense muestra que en ocasiones el fiscal no está anuente a negociar una suspensión condicional del procedimiento (hay que recordar que no es un deber para él aplicar esta salida alterna), pero si se logra pactar con la víctima (proponiendo un plan de reparación adecuado), por lo general el Fiscal accede. Por ejemplo cuando el delito tenga pena privativa de libertad cuyo mínimo es inferior a seis años, es requisito la reparación integral de las víctimas para aplicar el principio de oportunidad por parte del fiscal. (Art. 324 numeral 1) , o cuando la defensa pretenda la suspensión del procedimiento a prueba será indispensable un plan de reparación del daño que obviamente involucra activamente a la víctima a quien habrá de reparársele los perjuicios (Art. 325).

Tercera Unidad

El imputado: su estatuto legal e inicio de la defensa técnica

Sumario

1. Objetivos. 2. Condición de indiciado, imputado y acusado. 3. Oportunidad: momento en que opera el derecho de defensa. 4. Derechos y deberes del imputado. 5. Deberes del defendido. 6. Entrevista inicial. 7. Sobre la recomendación de declarar o abstenerse. Anexo: Guía para la entrevista inicial

1. Objetivos

1.1. Objetivo general

Desarrollar habilidades para establecer con el imputado una relación eficiente que permita tomar las medidas necesarias al momento de asumir una defensa penal.

1.2. Objetivos específicos

1.2.1. Reflexionar sobre el inicio y término del derecho de defensa.

Retomar los derechos y deberes del imputado, en sus aspectos medulares.

Desarrollar habilidades para atender una entrevista inicial, reconocer los datos esenciales que la componen.

Desarrollar habilidades para recomendar al imputado declarar o acogerse al derecho de abstención.

Desarrollar destrezas para asesorar al imputado cuando decida declarar.

2. Condición de indiciado, imputado y acusado

Como punto de partida se hace indispensable precisar cuándo se adquiere la condición de imputado, a partir de qué momento (y hasta cuándo) un ciudadano goza del derecho de defenderse y consustancialmente, del derecho a la asesoría técnica de un abogado defensor. Luego, se hará un recuento de algunos de los derechos y deberes del imputado, finalmente, se puntualizarán las características principales de una primera entrevista con el imputado, proporcionándose una guía para ese primer encuentro.

En el Código de Procedimiento Penal una persona adquiere la condición de imputado desde su captura o desde la formulación de la imputación (Arts. 126 286); se denomina acusado, una vez presentada la acusación (Arts. 126 y 336) siguiendo la línea de otros códigos procesales de la región[1].

3. Oportunidad: momento en que opera el derecho de defensa

El Código, integra a favor del derecho de defensa, las garantías ya consagradas en la Constitución Política y en los Tratados y Convenios internacionales ratificados por Colombia[2] (Arts. 3 y 124) Por su parte el, artículo 29 constitucional dispone : *"...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."*

La interrogante sería ¿qué se entiende por "durante investigación y el juzgamiento"?, pues a partir de ese instante, el ciudadano podría reclamar su derecho a la asistencia técnica letrada y, a la vez dilucidar, la extensión del mismo. Resulta un tópico de aclaración básica para el defensor público, quien tendrá claridad sobre la legitimidad de sus actuaciones, impidiendo exclusiones arbitrarias en perjuicio de los derechos de cualquier persona.

Respecto del inicio del derecho existen en el Código disposiciones concretas:

[1] Artículo 81 Código Procesal Penal de Costa Rica; artículo 101 del Código Procesal de Honduras y artículo 94 del Código Procesal Penal de Nicaragua.
[2] Artículo 3.- En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohiban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

Artículo 8.- En desarrollo de la actuación, una vez formulada la imputación, el imputado tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: ... e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado... g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades. Artículo 119.- La designación del defensor del imputado deberá hacerse desde la captura si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. En todo caso deberá contar con éste desde la primera audiencia a la que fuere citado. El presunto implicado en una investigación podrá designar defensor desde la comunicación que de ésa situación le haga la Fiscalía, "el Artículo 267 por su parte dispone." Facultades de quien no es imputado. Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado... Igualmente podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales".

Los anteriores preceptos instituyen el derecho de defensa tanto del indiciado como del imputado, para este desde la captura, si no ha sido capturado, una vez formulada la imputación, o, desde la primera audiencia a la que fuera citado.

El inicio del derecho de defensa resulta hoy un tema polémico, donde aún no se ha sentado un criterio uniforme. No obstante, una propuesta sobre el particular podría partir de la Constitución Política como el instrumento esencial que define los derechos y garantías de los ciudadanos[3], así, luego de una lectura detenida al artículo 29 constitucional, se podría proponer que el derecho de defensa nace luego de que la persona es señalada como posible autor o partícipe de un hecho criminal ante las autoridades encargadas de la persecución penal y esas autoridades deciden realizan una primera actuación. O como reiteradamente lo califica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "desde el momento en que una persona es designada públicamente como sospechosa" , o como lo afirma la profesora Lilia Oquendo en sus reflexiones sobre *el "procedimiento criminal"* se activa ese derecho fundamental desde cuando la indagación se centraliza sobre una persona en particular, pues con ello el caso penal toma el cariz de adversativo y por ello se impone garantizar desde ese instante el ejercicio del derecho. Ahora el solo señalamiento de una persona ante una autoridad en principio no debe ser suficiente para activar el derecho de defensa[4], pues perfectamente, la autoridad puede desestimar la denuncia (por ejemplo, por ser un hecho notorio que el acontecimiento comunicado nunca ocurrió), pero sí desde luego, cuando esa autoridad decide actuar, es decir, iniciar la investigación o realizar cualquier actuación, al estimar que existe mérito para ello, pues desde ese momento peligra la seguridad individual de la persona denunciada, en relación a la aplicación del poder penal estatal[5], todas sus garantías constitucionales están activadas.

Sería discutible limitar el inicio del derecho de defensa al instante de la captura, o de la formulación de la imputación y menos, a partir de la primera citación que recibiera el imputado. Las disposiciones que antes se

[3] El mismo Código de Procedimiento Penal reconoce como antes se advirtió dicha superioridad, incluso hay un artículo específico respecto del derecho de defensa: Artículo 124.- La defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que los tratados internacionales relativos a Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, (sic) la Constitución Política y la ley reconocen a favor del imputado.

[4] En sentido contrario, Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, p. 548.

[5] Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, p. 548.

transcribieron solo podrían mantener o ampliar el derecho de defensa constitucional, pero de ninguna forma se puede acepta su desmejoramiento, admitir lo contrario podría ser violatorio del artículo primero de la Constitución Política que proclama a Colombia como un Estado social de derecho, democrático, fundado en el respeto de la dignidad humana; deviniendo en ilegítimo retrasar u omitir de alguna forma, que operen los derechos y garantías fundamentales de sus ciudadanos. Tesis avalada actualmente por la Corte Constitucional. (C-412/93, C-033/2003, C-096/2003).

En todo caso bajo el artículo 267, es claro que el derecho de defensa se activa antes de la formulación de imputación, lo que no parece tanto es si la fiscalía o la policía judicial tienen el deber de informar al ciudadano que en su contra se adelanta la indagación, creemos que sí, toda vez que desde esta fase preprocesal se pueden estar afectando derechos esenciales , de lo contrario ninguna razón de ser tendría el inciso final de la norma en comento, cuando faculta *a quien no es imputado a acudir ante un Juez de Garantías en procura de la protección constitucional de tales derechos.*

4. Derechos y deberes del imputado

Bajo el Código tenemos cuatro condiciones por las cuales una persona puede relacionarse con un caso penal: *Indiciado, imputado, acusado y condenado* estadios en los cuales debe operar el derecho de defensa, con claras manifestaciones y potestades en cada uno de ellos.

A. El *INDICIADO*, tendrá derecho a:

1. *Asesorarse de abogado* (Art. 267).

2. *A ser informado que en su contra se adelanta una investigación.(Art. 267).*

3. *A designar abogado (Art. 119 inciso segundo).*

4. *A no ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del Juez de garantías*, salvo que se trate de un caso en flagrancia, o cuando en el caso proceda la detención pre-

ventiva y no es posible obtener inmediatamente la orden respectiva, exista riesgo de evasión a la acción de la justicia o peligro para la comunidad, u obstruya la investigación. En este evento la orden puede ser emitida por el Fiscal, debiendo poner al capturado inmediatamente a disposición del juez de garantías o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes. (arts. 279 parágrafo único, y 300)

5. *A ser dejado en libertad inmediata si de la información suministrada o recogida aparece que el delito no comporta detención preventiva.* (art. 302 inciso tercero)

6. En caso de ser capturado, *a ser presentado dentro del término máximo de 36 horas ante el Juez de garantías*, para que éste se pronuncie en audiencia preliminar, sobre: la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la fiscalía , de la defensa y el ministerio público. (Arts. 297 y 298 parágrafo único).

7. En caso de ser capturado *a ser informado de manera inmediata sobre: el hecho que se le atribuye, motivo de la captura, funcionario que la ordenó, a indicar la persona a quien se deba comunicar* su aprehensión, del derecho a guardar silencio y que las manifestaciones que haga pueden ser usadas en su contra , del derecho a designar y a entrevistarse en el menor tiempo posible, con un abogado de confianza o designado por el sistema nacional de defensoría pública (Art. 303) .

8. *Buscar, identificar "empíricamente", recoger, embalar elementos materiales probatorios. (Art. 267)*

9. *Hacer examinar los elementos materiales probatorios por peritos particulares o solicitar que policía judicial lo haga Art. 267).*

10. *Entrevistar personas con el fin de descubrir información útil para la defensa (art. 271).*

11. *Recurrir al Juez de Garantías para solicitar control de legalidad sobre las actuaciones de la policía judicial o de la Fiscalía, cuando se considere que hayan afectado o estén afectando sus derechos fundamentales (Art. 267 inciso final).*

12. *Estar asistido por un abogado cuando el indiciado renuncie al derecho a guardar silencio* y sea interrogado por el fiscal o el funcionario de policía judicial, (Art. 282)

B- El IMPUTADO, entre otros tendría derecho a:

1. *Ser oído , asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado.* (Art. 8 literal e). La idea central del derecho de defensa yace en la posibilidad que la persona tenga para expresarse libremente en aras a desvirtuar, inhibir, o al menos aminorar los efectos jurídicos de la persecución penal. La defensa técnica está para garantizar que su decisión de declarar es libre, previo consejo legal y que comprende la trascendencia y las consecuencias que esto conlleva, vale decir los efectos probatorios que acarrea. Por un lado estará sometida al contradictorio y por otro podrá ser usada de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional, como prueba de responsabilidad. Ahora bien como contrapartida al derecho a ser oído se proclama el derecho de

abstención y a no aceptar presunciones de culpabilidad respecto de dicho silencio.

2. *A estar asistido por un traductor debidamente acreditado y reconocido (Art. 8 Literal f)* . Pero cuando se alude al acceso de un traductor o intérprete para el imputado como un derecho, es porque debe tenerse absoluta claridad respecto de la prioridad de que el procesado comprenda lo que se discute o dictamina en las diversas actuaciones procesales, no se trata de que el juez entienda lo que dice el acusado, se trata de que el acusado entienda lo que dice el juez, el fiscal, el testigo, etcétera. Es oportuno destacar algunas recomendaciones sobre el tema:

a. La solicitud de un traductor o intérprete se deberá hacer para cualquier diligencia judicial programada en la cual participe el imputado, de lo contrario, se daría una violación al derecho de defensa, pues la persona estaría imposibilitada de comprender y valorar la actuación, para hacer cualquier manifestación en beneficio de sus intereses.

b. Solicitar los servicios de un traductor o un intérprete para el imputado, no puede circunscribirse a las audiencias programadas por las autoridades judiciales o jurisdiccionales, el defensor deberá exigir este derecho siempre que los requerimientos de defensa así lo exijan, por ejemplo, en las entrevistas con el imputado, ya sea en el despacho judicial, la oficina del defensor o en el centro penitenciario. Aunque, sería deseable que los traductores o intérpretes para las entrevistas privadas con el imputado formaran parte del personal de apoyo de la Defensoría, o una persona que sea de absoluta confianza del imputado (un pariente o amigo), consciente de la trascendencia de su servicio: su deber de reserva, así como de transmitir fielmente el diálogo entre el abogado y el procesado, al margen de observaciones subjetivas de su parte.

c. Siempre será una ventaja que el defensor domine el idioma o lenguaje empleado por el imputado, pero básicamente para las entrevistas privadas entre el profesional y su representado, pues para las audiencias judiciales se recomienda el uso de un traductor o intérprete oficial, lo que evitará que el defensor asuma la responsabilidad de dos labores totalmente distintas y distraiga esfuerzos de su función primordial (asesor y representante técnico del imputado), desde luego tendrá la ventaja de que al dominar el idioma o lenguaje podrá verificar la exactitud o veracidad de la traducción o interpretación, para solicitar –cuando sea necesario- aclaraciones, adiciones o correcciones.

3. *Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer ante las autoridades.* (Art. 8 literal g y 125 numeral 1). No se trata sólo de proporcionar un defensor o permitir la actuación del designado o elegido por el imputado, es garantizar además, que el diálogo, asesoría o discusión respecto de la defensa se realice garantizando el tiempo necesario, así como la privacidad de comunicación, entre el abogado y su patrocinado. En algunas legislaciones se hace la previsión expresa[6], e incluso en los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, de la Organización de las Naciones Unidas en el artículo 8 se lee: "*A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y*

[6] Ejemplos, Código Procesal Penal de Costa Rica, artículo 109: "El imputado que se encuentre detenido, incluso ante la policía, tendrá derecho a entrevistarse privadamente con el defensor desde el inicio de su captura." Código Procesal de Hondura, artículo 101.4: Tendrá derecho "A entrevistarse privadamente con su Defensor desde el inicio de su detención, incluso en la Policía Nacional y antes de prestar declaración, si así lo desea."

en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación." Más adelante en este mismo instrumento se compromete a las autoridades estatales, dispone el artículo 22: *"Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional."*

Algunas manifestaciones de este derecho a la comunicación privada entre el imputado y el defensor podrían ser la prohibición de intervenir comunicaciones de cualquier tipo (telefónica, beeper, correo electrónico, fax, etcétera) entre ellos, así como vedar el decomiso o secuestro de documentos, videos o cualquier otro elemento utilizado en la defensa; o el derecho a abstenerse de revelar informaciones relacionadas con el proceso y su representado[7].

4. *Pedir que las medidas cautelares que se puedan decretar respondan a criterios de proporcionalidad y necesidad* (Art. 94) y a solicitar la modificación o sustitución de las mismas , ante el Juez de garantías (Art. 96)

5. *Asistir, estar representado y controvertir durante la audiencia preliminar de control de legalidad posterior al diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento.* (Arts. 220,232,237 parágrafo único). Teniendo la posibilidad de solicitar la exclusión de los elementos materiales probatorios que dependan directa y exclusivamente del registro o allanamiento inválido. Llama la atención que pese lo anterior, puedan ser empleados con fines de impugnación de credibilidad, durante el juicio cuando se contrainterrogue a los testigos, lo cual incluye desde luego al acusado si decide declarar, decisión esta sobre la cual nos detendremos posteriormente dada la trascendencia e importancia de la misma frente al derecho de abstención como máxima expresión del derecho de defensa.

6. *Estar asistido por su defensor cuando se vayan a practicar actuaciones que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales*. Durante la investigación se pueden descubrir, recoger y asegurar elementos materiales en desarrollo *de inspecciones corporales y registros personales* realizados al imputado. En el primer caso el fiscal podrá ordenar la inspección en la persona cuando de la información o medios cognoscitivos se infieran motivos razonables *que en su cuerpo* se encuentran evidencias físicas. (huellas, manchas , residuos, vestigios y similares dejados durante la actividad delictiva), en todo caso con presencia del defensor y observando toda clase de consideraciones compatibles con su dignidad humana (art. 247); en el segundo evento se requiere para efectuar el registro corporal de la persona orden del Fiscal (a menos que se trate de procedimientos preventivos de fuerza pública o que el registro sea incidental a la captura), siempre y cuando existan motivos razonables para inferir que la *persona está en posesión* de elementos materiales, diligencia en la cual también se requiere para su validez la presencia del defensor , obviamente si se trata del registro personal de un imputado. (art.248)

7. *A la intervención de un Juez de Garantías que defina sobre la necesidad y razonabilidad de la ob-*

[7] Como se indica en el artículo 125. 9. del Código de Procedimiento Penal.

tención de muestras que involucren al imputado cuando éste no lo autoriza. Muestras (cabellos, sangre, semen, vello púbico, pelos, voz etc.) que pueden ser para cotejos grafológicos, de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas. La orden del juez, se ha aceptado generalmente en los países de tradición acusatoria, *"no violenta o desconoce el privilegio de la no auto-incriminación, lo que el privilegio sí excluye son las comunicaciones o testimonio del individuo , no la evidencia real o física derivada de la persona del sospechoso o acusado"* ("Evidencia Criminal ", Rafael Díaz Díaz, pág. 64).

8. *A exigir que las medidas cautelares que se puedan decretar respondan a criterios de proporcionalidad y necesidad (art. 94) y a solicitar la modificación o sustitución de las mismas , ante el Juez de garantías*

9. *A estar asistido durante la diligencia de reconocimiento en fila de personas, que realice policía judicial ,previa autorización del fiscal.* (Art. 253)

10. *A buscar , identificar empíricamente , recoger y embalar elementos materiales probatorios , que se consideren útiles para la defensa y a ser enviados al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para el examen respectivo.* (Arts. 267 a 270)

11. *A recibir auxilio y apoyo técnico -científico por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses,* a las investigaciones desarrolladas por el imputado o su defensor, cuando lo soliciten. (Art. 204).

12. *A apoyarse cuando sea necesario en laboratorios privados nacionales o extranjeros o en los de universidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras.* (Art. 204).

13. *A entrevistar a personas con el fin de encontrar información útil para la defensa* y a preservar o conservarlas por escrito, grabación magnetofónica o en video. (Art. 271)

14. *A obtener ante un alcalde municipal, inspector de policía o notario público, declaración jurada de los testigos,* cuya declaración pueda resultar de especial utilidad para la investigación. Las cuales se preservarán por los mismos medios del numeral anterior (Art. 272).

15. *A solicitar al Juez de control de garantías en casos de extrema necesidad y urgencia la práctica de cualquier prueba de manera anticipada,* para evitar la pérdida o alteración de la misma. (Art. 274 y 284). En todo caso si se establece que la causa invocada para la práctica de la prueba no existió o ya fue superada , tenga en cuenta que se repetirá en juicio. (Arts. 284 parágrafo tercero y 337 numeral 5 literal b)

16. *A conocer, controvertir y participar en la producción de las pruebas anticipadas* que se practiquen a iniciativa de la fiscalía (Art. 15 y 284).

17. *A estar asistido en la audiencia preliminar, ante el juez de garantías, por un abogado durante la formulación de la imputación* (Art. 290). La cual constituye un acto de comunicación de la fiscalía a una persona de su calidad de imputado,

por lo que allí la defensa tendrá derecho a exigir la relación clara de los hechos jurídicamente relevantes presentados en lenguaje comprensible. No siendo aún obligatorio para el Fiscal el descubrimiento de los elementos materiales probatorios ni de la información en poder del mismo. (Art.288 numeral 2)

18. *A estar asistido por un abogado durante la audiencia preliminar que resuelva sobre petición de medida de aseguramiento en contra del imputado* y a conocer durante ella, el delito y los medios cognoscitivos necesarios para su sustentación por parte de la Fiscalía. (Art. 306)

19. *A controvertir durante la audiencia de petición de medida de aseguramiento, los fundamentos esbozados por el Fiscal, para la imposición de la misma.* Cuestionamientos que van desde la legalidad de la medida hasta su necesidad y razonabilidad (Art. 306 y 308). No siendo pertinente en este momento para la defensa: solicitar el descubrimiento integral de elementos materiales probatorios, ni la práctica de pruebas para controvertir la petición. La anterior no implica que la defensa no pueda allegar información o evidencia física tendiente a controvertir los presupuestos sustanciales necesarios para imponer la medida de aseguramiento, por ejemplo aquella que demuestre el arraigo, social, familiar o profesional del imputado, o la ausencia de antecedentes penales, o su colaboración con la investigación etc.(arts. 309 a 312).

20. *Derecho a impugnar mediante recurso de apelación, la decisión del Juez de Garantías que imponga medida de aseguramiento* (Art. 177)

21. *Solicitar por única vez, la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento ante el Juez de garantías,* presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenida que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los presupuestos que la motivaron. (Art. 318).

22. *Promover ante el Fiscal, la solicitud de preclusión de la investigación* cuando no existiere mérito para acusar o se presente cualquiera de las causales previstas para ello en la ley. (Art. 331). Igualmente, puede postular la preclusión ante el juez del conocimiento cuando exista imposibilidad para haber iniciado o para continuar con el ejercicio de la acción penal o ante la inexistencia del hecho investigado. (Art.332 parágrafo único).

23. *Apelar el auto que rechaza la preclusión de la investigación por parte del Juez de conocimiento (Art. 177 numeral 2)*

C- El ACUSADO, entre otros tendría derecho:

1. *A conocer los cargos que le sean imputados*, expresados en términos comprensibles, con indicación de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan (Art. 8 literal h.,) y para ello a recibir copia del escrito de acusación con la información necesaria sobre: La individualización del acusado, los hechos jurídicamente relevantes, nombre y lugar de citación del abogado y descubrimiento de las pruebas, los hechos que no requieren prueba, las pruebas anticipadas, identificación y ubicación de los testigos, documentos, objetos y elementos que quieran aducirse, indicación de testigos de descargo , las declaraciones y demás elementos favorables al

acusado, que estén en poder de la fiscalía.(Arts. 336 y 337).

2. *A estar representado por su abogado durante la audiencia de formulación de acusación*, ante el Juez de conocimiento y a presentar dentro de ella mociones sobre causales de incompetencia, impedimentos , recusaciones, nulidades o sobre el contenido de la acusación para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija . (Arts.337,339).

3. *A solicitarle al Juez de conocimiento durante la audiencia de formulación de la acusación, que ordene al fiscal el descubrimiento de un elemento material probatorio* específico de que tenga conocimiento. (Art. 344).

4. *A no revelar información obtenida mediante conversaciones mantenidas con el defensor* y sobre las cuales existe secreto profesional (Art. 125 numeral 9), ni a descubrir los apuntes personales, archivos o documentos que formen parte del trabajo preparatorio del caso.(Art. 345 numeral 3)

5. *A no ser utilizados en su contra los contenidos de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de culpabilidad* o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse (Art. 8 literal d), ni a tenerse como objeto de prueba en el juicio el contenido de las conversaciones entre el defensor y el fiscal tendientes a las manifestaciones preacordadas, cuando éstas son rechazadas por el Juez, o en desarrollo de suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad. (Art. 359).

6. *A presumir su inocencia, a resolver la duda razonable a favor del procesado (Art. 7) y no ser obligado a presentar prueba de descargo o contra prueba ni a intervenir activamente durante el juicio (Art. 125 numeral 8)*.

7. *Solicitar, conocer, participar en su formación y controvertir las pruebas* (Arts. 8 literal j, 15, 125 numeral 4).

8. *A que durante el juicio solo se estimen las pruebas producidas e incorporadas en forma pública , oral , concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de conocimiento.* (Art. 16, 357).

9. *A estar asistido por un abogado durante la audiencia PREPARATORIA* y estar presente en ella necesariamente cuando se encuentre privado de su libertad. (Art. 355).

10. *A solicitar la práctica de pruebas* (Art. 357) *y a requerir de ser el caso la aprehensión y conducción de los testigos para garantizar la comparencia de los mismos* (Art. 8 literal k , 125 numeral 6).

11. *A interrogar y contra-interrogar a los testigos (Art. 8 literal k y 125 numeral* 5).

12. *A definir y a que se respete su estrategia sobre el orden de presentación de los testigos.* (Art. 362,390)

13. *A presentar una declaración inicial* para esbozar su teoría del caso antes de proceder a la práctica de las pruebas. (Art. 371)

14. *A presentar petición de absolución perentoria* una vez terminada la práctica de las pruebas cuando resulten manifiestamente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación.(Art. 442)

15. *A presentar alegatos conclusivos* donde hará su intervención argumentativa. (Art. 443,444).

16. *Bajo el principio de congruencia, a no ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. (Art. 448).*

17. *A la libertad inmediata en caso de absolución,* a menos que se trate de delitos de competencia de los Jueces especializados (Art. 449).

19. *A la libertad inmediata cuando pese a haberse encontrado culpable, el delito por el cual se condena y las circunstancias del mismo admiten el otorgamiento de un subrogado penal.* (Art. 451)

20. *A interponer de manera oral recurso de apelación contra la sentencia,* en la misma audiencia en la que se profiera la misma (Art. 179)

5. Deberes del defendido

Se está tan acostumbrado a discutir respecto de los derechos del imputado, que suele obviarse que también ellos tienen una serie de deberes, de los cuales se deberá informar con claridad.

Resulta factible diferenciar entre unos deberes que se refieren en general a las partes e intervinientes , (figuran en el artículo 140) y los referidos en concreto a su defensor.

En el primer grupo se incluyen: el obrar con lealtad, buena fe y sin temeridad, abstenerse de usar expresiones injuriosas, guardar respeto debido a los servidores judiciales, comunicar cualquier cambio de domicilio, concurrir al despacho siempre que sea llamado, abstenerse de tener comunicación privada con el juez excepto cuando deba intervenir, cumplir fielmente las medidas cautelares o de aseguramiento dispuestas por la autoridad, el no hostigar a los supuestos ofendidos o testigos. Acá es importante que el defensor destaque al defendido, los efectos de cualquier trasgresión, como podría ser la revocatoria de la libertad provisional y su consecuente detención, en caso de

cambiar de domicilio y no notificar su nueva dirección al despacho; o bien, el eventual inicio de otro proceso penal si utiliza especialmente expresiones calumniosas al dirigirse a las otras partes del proceso; o la posible pérdida de un recurso procesal beneficioso debido a su ausencia a una audiencia determinada, etc.

En la relación con el defensor se espera del imputado respeto profesional, sin insinuar, ofrecer o involucrarlo en actos ilícitos que afecten o vulneren su actividad profesional.

El otro factor decisivo es la *comunicación*; el imputado deberá no solo atender las citas del abogado, deberá mantenerlo al tanto de cualquier nueva circunstancia en torno al proceso (si le llegó una citación, si lo han buscado los ofendidos, si lo han querido interrogar investigadores, etcétera), pues el trabajo entre la defensa técnica y la material es de equipo. La comunicación debe ser honesta y completa, nada se gana si se le miente u oculta información al propio abogado. También en este caso se requiere que el abogado exprese claramente las consecuencias nocivas que ello entraña para la estrategia de defensa.

6. Entrevista inicial

Se incorporó a este módulo una sección específica sobre la *entrevista inicial*, ese primer encuentro entre el Defensor y su representado que marca la relación profesional y sobre el cual es fundamental sensibilizar respecto de su relevancia. El formato propuesto se refiere a la primera entrevista, cuando se inicia un caso penal; si el encuentro ocurre en fases avanzadas del proceso se deberán adaptar las recomendaciones.

6.1. Preparación para la entrevista

Para efectuar la entrevista el Defensor deberá tener presente:

a. Conocimiento de la imputación y la acusación

Resulta imposible iniciar una conversación con el imputado sin tener claridad respecto del hecho atribuido, así como los medios de convicción recolectados o en trámite; el defensor tiene derecho a solicitar la denuncia, querella o petición especial y a conocer cualquier evidencia (incluso de orden material) para revisarla (con los cuidados mínimos para no alterarla) y discutirla con su patrocinado. Facultad que se va desarrollando durante el proceso penal, según el escenario del mismo y la condición del defendido tal como quedó visto atrás (indiciado, imputado, acusado).

b. Condiciones de tiempo y lugar

Contar con suficiente tiempo, así como disposición para mantener un diálogo claro y privado donde tanto él como su representado, solventen todas sus dudas y definan actuaciones. El derecho a la privacidad de su comunicación ha sido reconocido legalmente, está en ma-

nos de cada profesional hacerlo valer.

c. Guía de entrevista

La independencia es un atributo esencial del ejercicio profesional de la abogacía. No obstante se ha querido diseñar una guía de trabajo para atender la entrevista, como un material de referencia. Guía que servirá para alertar respecto de detalles que por el trabajo cotidiano se terminan obviando, a más que constituye el primer registro histórico indispensable para ir diseñando la teoría del caso.

d. Actitud leal y comprometida

El defensor durante esta entrevista -como en todo el proceso- debe ser leal y honesto con su patrocinado, no debe engañar, tampoco garantizar resultados. Es conveniente que inicie esta sesión advirtiéndole al procesado, que aunque no puede prometer resultados concretos (pues la conclusión del juicio depende de muchas variantes), si le garantiza, que como su abogado defensor hará lo posible por ayudarlo y lo asistirá con todos los medios disponibles pero legales para ello. La comunicación eficaz y confianza entre el abogado defensor y su representado, son aliados de mejores resultados.

e. Otros requerimientos

Primero indicar que es imprescindible que el defensor conozca los elementos típicos de la conducta punible imputada, sobre lo cual versará la entrevista con el imputado, siempre será conveniente que asista con el texto legal (Código Penal o ley especial), pues aunque se conozcan de memoria algunos tipos penales, en ocasiones es preciso consultar detalles que podrían reconducir los hechos denunciados (ya sea para agravarlos o atenuarlos), pero fundamentales en la labor de defensa técnica.

Existen circunstancias excepcionales sobre las cuales deberá tomar previsiones el defensor : Si el imputado fuera una persona que se comunica en idioma diferente al castellano , deberá cerciorarse de contar para la diligencia con un traductor o intérprete que le asista y permita su comunicación con el procesado, si éste se encuentra bajo el efecto de drogas, alcohol, o en un estado mental que imposibilita un diálogo o una comprensión mínima por su parte, se sugiere no realizar la entrevista y solicitar de inmediato el traslado al médico forense respectivo, para que dictamine y deje constancia del estado físico y mental del imputado, pues esa condición puede constituir un elemento básico, por ejemplo, para alegar en torno a la inimputabilidad, o un estado de emoción violenta, que si no se asegura, puede convertirse en una dificultad de peso dentro de una estrategia de defensa.

6.2. Tópicos que comprende la entrevista.

La idea de la entrevista es lograr una comunicación efectiva defensor-acusado para el mejor éxito del proceso. Básicamente comprende los siguientes extremos:

PRIMERA PARTE.
Datos preliminares

a. Presentación del defensor

Indicar el nombre, lugar donde lo podrá localizar tanto él como sus parientes, el horario de atención; funciones del defensor, naturaleza del servicio, si está vinculado al Sistema Nacional de Defensoría Pública (servicio público gratuito, pero independiente de otros intervinientes del proceso como fiscales, policías y jueces).

b. Deberes del abogado

Señalar que él será su abogado al margen de su responsabilidad o no en los hechos, que hará lo posible por ayudarlo sin garantizarle resultados, pues los mismos dependerán de una serie de factores. Que el defensor trabaja bajo el secreto profesional por lo que cualquier conversación entre ellos no será divulgada y sólo se utilizará para planear su defensa y para cumplir con la función de asesorarlo y representarlo en defensa de sus intereses.

SEGUNDA PARTE
Atención del caso

a. Sinopsis del caso

Aludirá brevemente a la denuncia y a cualquier medio de convicción por el cual se inició el proceso, si se tiene a la mano, es conveniente leer textualmente el contenido de las piezas, indicar nombres, fechas, lugares, etcétera.

b. Derechos de imputado, especial referencia al de abstención: necesidad de relato al defensor

Inicia explicando la condición de indiciado, imputado o acusado que asume dentro del proceso, sus derechos con base en el listado referido anteriormente. Que uno de los derechos más importante es el de abstención, en qué consiste y las implicaciones en caso de renuncia, luego enfatizar la necesidad de contar con su colaboración para ayudarle, por lo que resulta esencial –si es su deseo- le manifieste lo ocurrido en torno a los hechos denunciados.

El defensor le solicitará se refiera a su versión de los hechos (si tiene alguna), la escuchará con atención, anotando los datos de utilidad, actividad básica para concretar la estrategia del debate, además, desde el punto de vista del acusado causa muy buen efecto[8], pues se ofrece un espacio donde la persona experimenta, que en realidad se le dio oportunidad de hablar. Resulta útil permitirle que se refiera a los hechos de manera espontánea (con intervenciones puntuales para evitar divagaciones), luego, el Defensor podrá interrogar sobre lo manifestado por el procesado u otras dudas.

c. Sinopsis del proceso

De forma breve le indicará las fases del proceso, las atribuciones básicas de las partes intervinientes, la posibilidad de preacuerdos o manifestaciones del principio de oportunidad. Es de suma trascendencia dar algunas recomendaciones en cuanto a su comportamiento con otros intervinientes del proceso: policía, fiscales y víctimas.

[8] En ocasiones el acusado está hermético, es recomendable advertirle que el éxito de la defensa técnica depende en mucho de un trabajo en equipo (defensor-acusado).

d. Retomar evidencias del proceso

El Defensor repasará la denuncia y cualquier medio de convicción existente, así como los diligenciados por el fiscal o la policía.

Tomará nota de todos los comentarios y observaciones que el sindicado pueda realizar en cuanto a ese material. Pero además:

- Observará cualquier detalle del imputado que pueda ser de relevancia de acuerdo con la denuncia y a una eventual versión del imputado, por ejemplo, prendas de vestir, características físicas o lesiones; con el propósito de solicitar que el despacho tome nota de las mismas o se diligencie una gestión en particular –como podría ser, remitirlo al médico forense-, obviamente, cuando se considere relevante dentro de la estrategia de defensa.
- Elaborará un listado con los medios de convicción preliminarmente disponibles, ya sean sugeridos por el procesado o deducidos por el defensor, como:
  - Documentos.
  - Evidencia material.
  - Testigos.
  - Inspección.
  - Pericias.

  En suma, anotará toda referencia a una posible prueba de descargo, en qué consiste, dónde se localiza y qué podría acreditar.

e. Indagación sobre captura

Si la persona atendida está capturada es necesario que el defensor se informe sobre los detalles de la detención: hora, lugar, circunstancias (si existía orden o no), si se ejecutaron inspecciones o intervenciones corporales, reconocimientos, secuestros, allanamientos, si se le informaron sus derechos al momento de la detención o fue objeto de presiones para dar una declaración, si presenta algún tipo de lesión a causa de la captura o por hechos posteriores a la misma.

Todos estos datos tienen el propósito de verificar la licitud de las actuaciones y si fuera preciso impugnarlas o recomendar otras medidas.

f. Valoración preliminar

El defensor explicará en palabras comprensibles al acusado, cuál es su valoración inicial y las primeras actuaciones por realizar. El procesado tiene derecho a conocer qué piensa hacer el defensor inicialmente en el proceso y por qué razón.

Resolverá con el acusado si es conveniente o no rendir declaración. Siempre en tono preliminar, analizará y le explicará la viabilidad de un preacuerdo, preclusión, manifestación del principio de oportunidad, incompetencia o cualquier situación que pueda significar una afectación o salida al proceso.

g. Medidas cautelares o de aseguramiento

Después del diálogo respecto de la conducta atribuida, se explicará en qué consisten las medidas cautelares (Arta. 92 a 100) o de aseguramiento (Arts. 306 a 320), si se han decretado o se pueden decretar, cuáles son las consecuencias para el imputado, su duración, posibilidades de cambio y en especial, los efectos de cualquier falta u omisión, por parte del imputado.

Una de las tareas preliminares más importantes es recoger información que se pueda aportar especialmente al Juez de garantías para acreditar el arraigo

del sindicado, ya sea por vínculos familiares (hijos, padres o pareja que dependen económicamente de él), estabilidad de domicilio, créditos, estudios, situación laboral, asiento de sus negocios o cualquier otra circunstancia para prepararse a combatir un juicio de probabilidad de fuga o de obstaculización (Art. 308 a 312). En este punto el defensor deberá colaborar en lo posible, localizando a parientes, explicando la forma en que pueden coadyuvar, luego, haciendo las gestiones necesarias ante la autoridad competente.

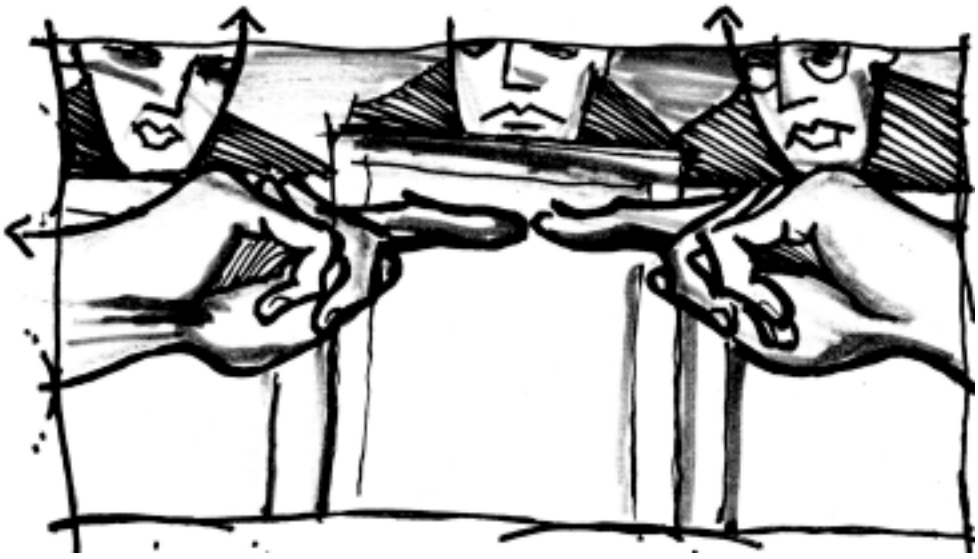
h. Deberes del imputado

Líneas antes se mencionaron los deberes del imputado respecto del proceso, de los otros sujetos, así como de su abogado defensor. Para la entrevista inicial será prioritaria la explicación de actos que puedan traducirse en una privación de libertad. Así, nunca se podrán omitir los efectos de su incomparecencia a cualquier citación judicial o de un cambio de domicilio sin notificar o requerir autorización previa para ello (en el evento de una detención domiciliaria) a la autoridad judicial, o de incumplir con los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez. (Art. 316). Si se presentara una circunstancia excepcional por la cual se viera imposibilitado de comparecer al llamamiento judicial, habrá que advertirle la necesidad de comunicarse a la mayor brevedad con el defensor y –de ser factible- aportar un comprobante de la situación (ejemplo, sufrió un problema de salud importante –constancia del centro hospitalario donde fue atendido-), a fin de acreditar la existencia de una causal suficiente y no causar perjuicio al procesado.

Pero igualmente importante será subrayar la necesidad de comunicación con el abogado defensor, para la toma de decisiones y la búsqueda de las mejores opciones.

i. Retomará compromisos

Al finalizar es importante recapitular en los compromisos contraídos por ambas partes, con indicación de fechas. Ejemplo. Imputado: localizará al testigo, deberá llevarlo para entrevista con el defensor tal día y hora, por su parte el defensor solicitará determinada pericia etc.



7. Sobre la recomendación de declarar o abstenerse

El derecho de abstención es la expresión más pura del derecho de defensa; es un derecho de rango constitucional, reconocido en el Art. 33 de la Constitución Política de Colombia.

Si la estrategia de defensa aconseja la declaración del acusado, no debe olvidarse otras normas constitucionales, los artículos 12 y 13 que garantizan el derecho a la integridad física, psíquica y moral de toda persona, a no ser sometido a torturas, procedimientos, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es decir, la única declaración legítima de un procesado, es aquella libre y espontánea, donde se le respetan sus derechos fundamentales. No sería admisible la utilización de detectores de mentiras, hipnosis, administración de psicofármacos y en general cualquier amenaza o violencia corporal.

El derecho de abstención o de no auto-incriminación se activa desde cuando las indagaciones de la policía judicial se tornan *adversativas*, vale decir desde cuando la investigación toma un *cariz acusatorio* , tal como se desprende de lo previsto en el art. 282 *Interrogatorio a indiciado* *" El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna , le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio….."*

Lo anterior significa que a partir de ese momento, deviene obligatorio por las autoridades hacer las advertencias

de los derechos del indiciado, entre ellos el que se comenta a guardar silencio y de las implicaciones probatorias de cualquier manifestación incriminatoria durante el juicio, pero además que de renunciar al derecho sobreviene la garantía de la asistencia legal, vale decir el derecho a declarar en presencia de un abogado. Es importante entonces indagar al defendido en caso de que haya renunciado a este derecho, para establecer si tal renuncia cumple con las condiciones de validez, es decir que haya sido INTELIGENTE, VOLUNTARIA y LIBRE (No bajo presión, ignorancia, error, violencia o engaño como cuando se le ofrece una inmunidad que no va a tener etc.), condiciones que debe acreditar el fiscal quien tiene la carga de la prueba sobre tales requisitos de validez.

Consecuencia de ello, si la persona no está bajo "custodia policíaca" (entiéndase no exclusivamente privada de su libertad efectivamente, sino cualquier restricción a su derecho a la libertad) y no se le indaga como "sospechoso", podrían darse manifestaciones "espontáneas" de la persona y no ser necesarias las advertencias de ley, para poder

ser usadas en su contra durante el juicio, por ejemplo para impugnarle credibilidad. Igual ocurriría cuando la persona hace la manifestación espontánea a un particular, a menos que el Estado haga uso de ésta para de manera fraudulenta obtener la aseveración del "indiciado", es decir se use al particular como subterfugio para desconocer el mandato legal de las advertencias previas.

7.1. Reglas que determinan la recomendación

Respecto a la recomendación del defensor para que un acusado declare o no , la primera regla es la *cautela:*

Siempre que tenga dudas respecto de la recomendación de declarar o abstenerse, opte por lo segundo. Recuerde que si el defendido decide declarar, será un testigo más y en consecuencia podrá ser objeto de contra-interrogatorio y de impugnación de credibilidad (Art. 394), lo que habilita la posibilidad de recurrirse a manifestaciones anteriores, entrevistas, declaraciones previas, o al carácter o patrón de conducta en cuanto esté relacionado con la mendacidad del testigo .(Art. 403). Se debe evaluar bien que tan perjudicial resulta que el acusado declare y de esta manera "abrir las puertas", para incorporarse información y evidencia que podría afectarle su credibilidad.

Si se abstiene de declarar, sus manifestaciones anteriores, no podrían ser usadas en juicio, ni como prueba de referencia, ni por supuesto para impugnarle credibilidad, lo primero por cuanto en el artículo 438 – que regula la admisibilidad de este medio de prueba por vía excepcional-, no aparece ésta eventualidad, es claro que el testigo- acusado sí está disponible en juicio, solamente que es depositario de un privilegio y está haciendo uso de él. En favor de ésta postura está el que en el proyecto originario del C de P.P., en su artículo 470 si se contemplaba , en los siguientes términos: " *h) si la declaración se hizo en manifiesta oposición al interés de naturaleza económica, familiar, social, legal o penal de su autor".* , sin embargo en posteriores debates en el trámite por el Congreso esta regla de admisibilidad de la prueba de referencia, fue excluida siendo ésta la voluntad del legislador

a. Nunca sitúe a su patrocinado en el lugar de los hechos si no hay prueba que lo incrimine

Si por ejemplo, el defensor dialoga con su patrocinado y éste le describe una escena de legítima defensa, por más convencido que se encuentre el defensor de esta versión, si no aparecen los testigos situando al procesado en el lugar, no hay porque exponerlo a una confesión que puede ser reconocida como verosímil solo en parte (la comprobación de que quien causó la muerte fue el imputado). Lo recomendable será más bien, orientar la defensa hacia la preclusión de la investigación, al no ser posible desvirtuar la presunción de inocencia (Art.331 numeral 6) o por la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, si en última instancia se llegara a debate, alegar la falta de prueba y el in dubio pro reo, para fundamentar la petición de absolutoria. Recuerde que si su teoría del caso se finca en una defensa afirmativa le corresponde allegar los medios cognoscitivos que acrediten los presupuestos de la norma que está invocando, vale decir la existencia de los elementos que estructuran la excluyente de responsabilidad penal.

b. Si considera más ventajosa para la defensa la posibilidad de declarar, valore:

- **La oportunidad**

  Un proceso judicial toma su tiempo y una manifestación típica del derecho de defensa es brindar la oportunidad de declarar al imputado en cualquier fase del mismo, por esa razón el defensor deberá valorar muy bien el momento para hacerlo, incluso considerando cualquier ventaja que la ley otorgue como sucede con las reducciones de pena en etapas tempranas del proceso .

  En ocasiones, por ejemplo, se puede supeditar la diligencia al resultado de una pericia forense que pueda : incriminar al imputado o recalificar los hechos, o en otras : acreditar, la existencia de una causal excluyente de responsabilidad penal , o de atipicidad de la conducta lo que impondría la necesidad de una declaración inmediata a fin de aclarar la situación ante las autoridades; igualmente podría urgirse la declaración cuando la gravedad del hecho no ha trascendido a las autoridades y resulta más recomendable aceptar una salida alterna o clausura anticipada, con una pena en definitiva más ventajosa para el imputado.

- **La necesidad**

  El defensor debe interiorizar el proceso y determinar qué tan imprescindible resulta para el éxito del litigio la declaración del imputado, considerar:
  - Nadie lo puede obligar a declarar.
  - Está protegido por la presunción de inocencia.
  - La carga de la prueba corresponde al Fiscal.

  Tenga presente como una regla adicional a la prudencia: si lo que pudiera manifestar el sindicado en su beneficio se acredita por otros medios, lo cuales se pueden incorporar de forma lícita al proceso y además, son convincentes, no hay necesidad de exponer al sindicado.

- **Si la versión del acusado resulta plausible**

  Un relato ilógico o exagerado tiene efectos tan devastadores como una actitud irónica o prepotente, por esa razón el defensor deberá escuchar al imputado antes de ponerlo a declarar, para hacer cualquier recomendación no solo en torno al contenido, por una parte, valorando su coherencia, fortaleza y validez del argumento, por otra, explicándole la trascendencia y efectos de su dicho; sino también en aspectos de forma (su actitud ante la autoridad, gestos o expresiones al declarar, su lenguaje, etc.)

- **Las aptitudes del imputado**

  Analice la facilidad, incapacidad o limitaciones comunicativas del acusado para referirse a los hechos, así como para soportar o reaccionar adecuadamente a un interrogatorio y contrainterrogatorio.

- **Opinión del imputado**

  Es muy importante considerar el parecer del imputado. Al respecto existen posiciones antagónicas. Quienes opinan que corresponde exclusivamente al defensor decidir todo lo del juicio, pues el acusado no conoce de leyes y es obligación del abogado dar respuesta a todo lo relacionado con el proceso. Y otros, que pese a reconocer el trabajo técnico-jurídico asignado a los defensores, admiten también que el servicio se ofrece a una persona, un individuo que en ejercicio de su derecho de defensa material, debe tener la oportunidad de alegar lo que considere pertinente en beneficio de sus intereses, o si lo prefiere, guardar silencio. La segunda tesis parece la correcta. Un procesado que se ve obligado por su defensor a dar una declaración, resulta un peligro con la capacidad de generar efectos adversos en cualquier estrategia de defensa; mejor será, agotar las vías de convencimiento al hacer ver las ventajas de su dicho e infundirle seguridad con una adecuada preparación.

  Si fuera el caso contrario, del imputado al que se recomendó abstenerse, pero que insiste en declarar, dos advertencias:

- El Defensor tendrá la obligación de indicarle de forma clara y detallada todo riesgo o peligro que entrañe una eventual declaración.

- El Defensor nunca deberá alegar en contra de las manifestaciones de su patrocinado, presentándolo como un inepto, mentiroso o algo similar. Si contrariando la recomendación del abogado, el acusado decide declarar, se debe ser muy cauteloso cuidándose de no dar una mala impresión del procesado.

  Ejemplo: Señor Juez, pese a que esta representación recomendó al señor ... se abstuviera de declarar por el momento, en espera de evacuar determinada prueba (o cualquier otro argumento adecuado al proceso), con todo respeto solicito que en este momento se le permita en ejercicio de su derecho de defensa material, declarar sobre los hechos aquí discutidos, de conformidad con el Art. 33 de la Constitución Política. Muchas gracias.

7.2. Preparación del imputado para su declaración

Cuando la mejor o única alternativa es que el imputado declare, el Defensor debe tomar algunas previsiones, no es posible limitarse a manifestar que el consejo profesional es declarar y pasivamente esperar que los hechos se desarrollen. La decisión de declarar implica adoptar varias medidas:

a) Precise el momento de la declaración

Durante el proceso pueden darse diversos momentos en los cuales el imputado puede declarar o se le pregunta directamente si desea hacerlo, el defensor deberá indicar claramente cuando va a testimoniar si esa fue la decisión y cuando deberá manifestar su deseo de abstenerse. Recuerde que hasta el último momento de presentación de la prueba en juicio, existe la posibilidad de llamar a declarar al defendido. En muchos casos ésta parece la mejor estrategia. A la luz del artículo 367 del C. de PP., es claro que el derecho que le asiste a guardar silencio y no declarar permanece incólume incluso durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral (por ello se le recuerda éste privilegio constitucional por parte del

juez al momento de instalarla), derecho que como tal es renunciable en cualquier momento y hasta antes de terminar la presentación de la prueba por la defensa. Lo anterior significa que en la audiencia preparatoria, escenario natural en que se define la admisibilidad de las pruebas, y se ofrecen las mismas, es posible y perfectamente válido que la defensa no ofrezca la declaración del acusado y no por ello ha precluído su oportunidad para hacerlo, pues como queda visto se trata del ejercicio de un derecho renunciable en cualquier estadio del juicio.

Consecuentes con lo anterior, se espera que en el modelo acusatorio o en el sistema adversativo básicamente consagrado en el C. de PP., primero desfile la prueba ofrecida por el persecutor penal, y de último la de la defensa, entre ella la posibilidad legal que tiene el acusado de declarar para defenderse y esto solo se concreta cuando se sabe realmente de la prueba en su contra. Como lo afirma el tratadista Héctor Quiñones en el texto *Las Técnicas de litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño* : Técnica y jurídicamente en este estadio procesal (instalación de la audiencia de juicio oral), no existe aún prueba en su contra de la cual tenga que defenderse el acusado, así que lo correcto es esperar que se admita toda la prueba en contra del mismo y acreditada la acusación por los testigos, el acusado en su turno de presentación de prueba, determinará, luego de consultarlo y discutirlo con su abogado defensor, si ofrece su propio testimonio.

b) Describa la diligencia: lugar e intervinientes.

Describir el lugar donde rendirá declaración y detallar las atribuciones de las personas que legalmente pueden intervenir durante el acto (en especial, el rol de su defensor), proporciona al imputado una mayor seguridad, no está sujeto al azar, sabe donde estará ubicado, cómo se desarrolla la diligencia, con la probabilidad de mejores resultados en una declaración no expuesta a la ansiedad y nerviosismo de quien ignora a lo que se expone.

c) Recomendaciones previas

Dé algunas orientaciones generales: que esté tranquilo, que se tome el tiempo necesario, que sea concreto, que realice su relato cronológicamente, si es posible y conviene para la defensa, precise fechas, nombres, lugares.

d) Fije contenido de declaración

El defensor debe analizar qué tanto necesita referirse a los hechos y eventuales medios de convicción, eso deberá informarlo con claridad al imputado para evitar cualquier perjuicio.

- **Respecto de los hechos**

Podrá recomendar un relato muy detallado o, uno parcial o que aluda a los acontecimientos de forma general, no es saludable precipitarse, en todo caso el imputado tendrá oportunidad de realizar ampliaciones de declaración (aún en el mismo debate).

- **Respecto de cualquier medio de convicción**

Lo más recomendable es realizar los ofrecimientos de prueba luego de que el defensor ha tenido oportunidad de verificar la idoneidad del elemento. No obstante, en muchos casos el defensor deberá confiar en el dicho del imputado, pues el dar una versión e incluso ofrecer medios de convicción puede hacer la diferencia en disponer o no una medida de asegura-

miento, en estos casos el defensor deberá enfatizar y hasta enfrentar al imputado.

Ejemplo, se le acusa al imputado de una lesión dolosa que terminó con la muerte del ofendido, el imputado lo atacó con un cuchillo cuando la víctima transitaba por una avenida muy concurrida del centro de la ciudad. Luego de agredirlo huye, instantes después unos oficiales lo persiguen con la descripción de unos transeúntes lo describen como un sujeto de gorra negra, de abrigo negro y pantalón azul. El parte policial indica que el imputado capturado fue aprehendido a 900 metros del lugar del fallido robo, que el arma fue decomisada a unos 500 metros. En ese momento el sindicado no usa gorra, viste de camisa roja, pantalón azul, dice no saber nada de los hechos, que él estaba sentado esperando su autobús cuando fue abordado por la policía. En ese caso no aparecen testigos, los hechos ocurrieron muy rápidamente, a simple vista el sujeto detenido no tiene manchas de sangre y el cuchillo que fue decomisado está debidamente embalado. Al fiscal no se le ha ocurrido nada más que ir a buscar posibles testigos para un reconocimiento, en este momento el defensor debe enfrentar al imputado y manifestarle, que si no estuvo en los hechos podría solicitarse su remisión inmediata al médico forense para que lo revisen físicamente y en su vestuario para descartar cualquier rastro de sangre, así como un estudio dactiloscópico al cuchillo para desechar huellas dactilares del arma. Aunque la carga de la prueba es del fiscal, si los resultados de las pruebas mencionadas fueran negativos serían una prueba irrefutable, que pondrían de inmediato al procesado fuera de la litis, caso contrario, lo enfrentan a una condena segura.

d) Previamente, escuche el relato del imputado y realice las precisiones necesarias

Solicite al procesado que declare como si estuviera en el despacho judicial, le hará preguntas previendo las que pudiera realizar las otras partes. Le corregirá y explicará cualquier enmienda en su declaración, para que interiorice la razón de sus observaciones.

Escuchar al acusado tantas veces como sea necesario, para garantizar que su declaración no le afectará. Los seres humanos todos diferentes, no tienen la misma facilidad para expresarse, ensayar lo que se va a decir –aunque cada palabra sea cierta- será lo mejor, permite que la persona ordene sus ideas, repase los hechos, precise detalles, y desde la defensa, corrija cualquier situación que provoque mal entendidos que afecten su propia defensa.

e) Interrelacione la declaración

Si hay evidencia documental, material, pericial o incluso declaraciones que se opongan o se relacionen con el relato del imputado, resulta indispensable prepararse para atenderlas. Algunos ejemplos: Si la declaración del sindicado es opuesta a la del ofendido, deberán proyectarse cuáles preguntas posiblemente se van a efectuar y lo más importante, sus respuestas, de acuerdo a la estrategia diseñada. Otro supuesto podría ser, el manejo de evidencias materiales o documentales que con seguridad le serán mostradas al sindicado, ya sea para referirse espontáneamente a ellas o dar respuesta a cuestionamientos. Para finalizar otra opción podría ser el uso

de dibujos o diagramas para explicar su versión de los hechos, en estos casos sería conveniente no solo ensayar el relato, sino también el dibujo (si lo va a confeccionar en la diligencia) o su manipulación (si ya consta en autos).

f) Explique las prevenciones que se harán antes de su declaración

Una de las obligaciones de cualquier autoridad es informar sobre su derecho de abstención, su derecho constitucional de declarar o permanecer en silencio, luego, si decide declarar se le tomará juramento de decir verdad. La formalidad que antecede la declaración del sindicado deberá serle explicada por el defensor, con el fin de que comprenda lo que se le indica, pues por lo general, se utilizan términos muy técnicos no siempre comprensibles para el procesado.

g) Explique cómo ejercer el derecho de abstención, aún cuando se va a declarar

Si se le acusa por varios hechos, deberá quedar muy claro que el acusado tiene la opción de declarar con respecto a unos hechos y en cuanto a otros, podrá abstenerse (si son varios hechos delictuales, los imputados, frente a cada uno de ellos tienen el derecho de no auto-incriminación); e incluso, respecto de los acontecimientos en los cuales decidió dar su relato, podrá acogerse a su derecho de abstención en cualquier momento, por ejemplo, cuando el interrogatorio se dirija a un tema en particular sobre el cual subyace un privilegio ajeno. (v.g. la participación del esposo en los hechos denunciados,(Art. 8 literales a y b).

Le advertirá que su defensor estará atento a todo el interrogatorio que se efectúe por cualquiera de las otras partes del proceso, de manera que si se realiza una pregunta que no procede, por ser capciosa, sugestiva, etc. él como su abogado estará atento a oponerse.

e) Otras recomendaciones

La práctica irá instruyendo al defensor sobre varios de los consejos que se le pueden dar al acusado en el momento de su declaración, lo cual dependerá del caso y sujetos participantes del proceso. Veamos algunos de ellos:

- Señalarle que cuando declare es importante que vea al juez o funcionario que tome su declaración, no da buena impresión que durante la diligencia y sobre todo cuando es interrogado, vuelva su vista al defensor; esa actitud resta espontaneidad y credibilidad a su dicho.
- Enfatizarle que cuando no entienda una pregunta, lo diga, pidiendo se le aclare.
- Subrayarle que cuando se le interrogue se limite a contestar lo que se le pregunta, si no sabe o no recuerda, que no invente.
- Aconsejarle si es preciso, respecto a su vestimenta.

ANEXO

Guía para la entrevista inicial

ENTREVISTA INICIAL

Defensor: _____

Fecha _____
Nombre _____
Teléfono: Trabajo _____ Residencia _____ Otro _____
Dirección: _____
En caso de emergencia se puede contactar a _____ Teléfono_____

I- Datos preliminares

1. Presentación del defensor
2. Deberes del abogado (secreto profesional)

II- Atención al proceso

1. Sinopsis del caso
2. Derechos del imputado
3. Versión del imputado

_____
_____
_____
_____
_____

4. Sinopsis del proceso
   a. Fases del proceso
   b. Partes e intervinientes
   c. Principio de oportunidad y otras formas de conclusión anticipada del proceso

5. Evidencias del caso
   d. De cargo (observaciones)

_____
_____
_____

e. De descargo (rasgos o características del imputado, también evidencia: testimonial, material, pericial, inspección, documental).

Tipo de evidencia	Utilidad	Se localiza en:

6. Detalles respecto de captura

a. Fecha
b. Lugar
c. Orden judicial
d. Comunicación de derechos y advertencias de ley.
e. Otros (inspecciones, intervenciones corporales, decomisos, declaraciones, lesiones, etc.)

f. Medidas cautelares o de aseguramiento

Tipo de evidencia	Utilidad	Se localiza en:

g. Deberes del imputado (actualizar domicilio, presentarse a citaciones, comunicación con defensor, etc.)

h. Acciones futuras

a. Del imputado
b. Del defensor
c. Otros

OBSERVACIONES

_____

_____

PRÓXIMA CITA: _____

Cuarta Unidad

Estrategias de defensa

Sumario

1. Objetivos. 2. Concepto. 3. Elementos para diseñar una estrategia de defensa.
4. Caso hipotético. 5. Tipos de estrategia. 6. Estrategias de negociación.
7. Estrategia de refutación. 8. Plan estratégico de un caso.

1. Objetivos

1.1. Objetivo general

Reflexionar sobre las estrategias de defensa que puede asumir la defensa técnica en un proceso penal.

1.2. Objetivos específicos

1.2.1. Destacar la importancia de la teoría del caso al momento de analizar una estrategia de defensa.

1.2.2. Estudiar los diversos modelos de estrategia: de negociación y de refutación.

1.2.3. Dar recomendaciones puntuales en el manejo de estrategias de negociación.

1.2.4. Establecer lineamientos generales para el diseño de un plan de estrategia.

2. Concepto

La estrategia de defensa penal es la técnica de planificar, proyectar y dirigir las actuaciones de la defensa hacia un resultado concreto.

El defensor deberá estudiar su caso, al principio será un análisis preliminar constituido por las diversas opciones que tiene el proceso, luego se planificarán actuaciones, se establecerán tareas de acuerdo con un cronograma, se analizarán los avances y se valorará cualquier cambio o requerimiento de investigación, así como el fiscal y la policía judicial diseñan un *programa metodológico*, se espera que la defensa planifique, controle, supervise , evalué, oriente y asesore jurídicamente la investigación en pro de la mejor estrategia de defensa. El propósito de la estrategia es mantener un control sobre el caso, dar seguimiento y evitar la improvisación, siempre con un objetivo específico: el mejor resultado posible para el imputado.

3. Elementos para diseñar una estrategia de defensa

Un Defensor que aspira un trabajo profesional y eficiente no puede dejar al azar o a la mera improvisación sus actuaciones, debe establecer una estrategia que le permita:

- Visualizar y desarrollar sus opciones revaluando permanentemente en aras de fortalecer su teoría del caso.
- Prever y reaccionar adecuadamente ante las estrategias de la contraparte, de manera que se minimice o anule cualquier peligro.

Diseñar una estrategia requiere interiorizar el proceso, mediante el estudio y análisis, la debida preparación y por supuesto, una comunicación clara con el imputado. A continuación algunos aspectos a incluir en su guía de trabajo.

3.1. Conocer el hecho atribuido

El conocimiento de los hechos atribuidos es la base fundamental para el diseño de cualquier estrategia de defensa. Con la introducción de la oralidad en los sistemas

procesales modernos el defensor será convocado para asumir la representación legal de personas que no conoce, en procesos totalmente ajenos para él, y, en muchas ocasiones los otros operadores del sistema (fiscales y jueces) podrán pretender que el defensor se incorpore de inmediato a la actuación requerida (audiencia de formulación de imputación por ejemplo) y que "en el camino" se entere de los hechos, porque la prioridad de los primeros es realizar la audiencia.

El abogado defensor debe hacer lo posible por dialogar con su representado y conocer los hechos acusados antes de cualquier diligencia, de lo contrario estaría improvisando, dejando pasar fases procesales como un mero formalismo, sin ejercer la defensa técnica que a él corresponde:

- Deberá solicitar se le conceda el tiempo y las condiciones idóneas para realizar la entrevista, conocer el caso y establecer una hipótesis preliminar.
- Invocar como fundamento las normas constitucionales y legales que reglan el asunto (Art. 29 C.P., 8 y 125 del Código).
- Es fundamental que todo defensor explique al juez, al fiscal o a la policía esa necesidad de conocimiento como integrante de la defensa técnica garantizada constitucionalmente, de lo contrario: sería imposible realizar una recomendación técnica, y salvaguardar los derechos a él encomendados y que corresponde al defensor hacer valer. Si se niega esa entrevista y asistencia legal oportuna, no solo se lesiona el derecho fundamental al trabajo (pues no le permiten realizar su labor profesional con libertad[1]), sino también el derecho de defensa del imputado. Recuerde que las autoridades por el deber de objetividad imperante en todas sus actuaciones deben ser garantes del debido proceso, y del derecho de defensa general, es parte del mismo[2]. La defensa general es la que corresponde a todos los funcionarios o autoridades, consiste en garantizar tanto el aspecto formal como material del debido proceso en torno al derecho de defensa; formalmente se expresa a través del respeto a los ritos, cumpliéndose los actos en la oportunidad y bajo los requisitos previamente establecidos (garantizar que se le intime, respetar el derecho de abstención con la prevenciones de ley, etcétera); desde el punto de vista material, es resguardar el derecho de defensa de fondo, así por ejemplo, tener un defensor es garantía del derecho de defensa, pero solo si se le permite actuar (alegando, impugnando, etcétera).

3.1.1. Recomendaciones frente a una negativa

1- Puede ocurrir que se niegue el derecho a la entrevista del capturado en el lugar donde éste se encuentre privado de su libertad, (bien por estado de flagrancia o en cumplimiento de orden judicial previa) . El defensor deberá recordar e invocar lo previsto en el Arts. 8 y 130 del Código, insistiendo en que ésta actividad es una manifestación clara del derecho a la defensa.

2. Si fuera a nivel de audiencias judiciales, donde se dio una designación del defensor sin tiempo prudencial para localizar el caso y así estudiarlo, solicitarle al juez que ejerciendo el control de legalidad a él encomendado, disponga de una suspensión con tiempo suficiente

[1] Artículo 25 Constitución Política.- El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.
[2] Recordar, el derecho de defensa presenta tres modalidades: principio de defensa general, de defensa material o autodefensa y de defensa técnica o formal.

para dialogar con el imputado, y conocer los informes. Si el defensor asiste a una audiencia sin conocer el caso en cuestión, se convierte en un legitimador del proceso, en una figura decorativa que poco o nada está haciendo por defender a su patrocinado.

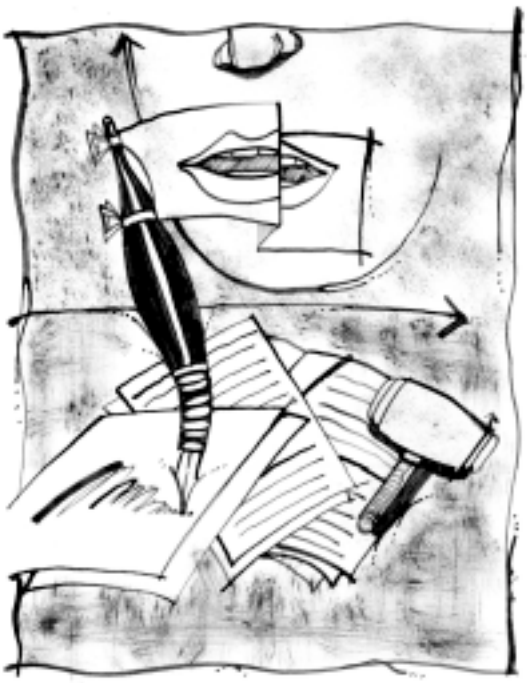
3. Si el juez negara la solicitud el defensor deberá presentar recurso de reposición de manera oral, respecto de esa resolución tomada por el juez, si se mantuviera el criterio, solicitará se consigne en el acta su oposición argumentando la violación al derecho de defensa. Constancia de inconformidad que será útil para impugnaciones posteriores.

4. El Defensor podría hacer la solicitud al juez antes de ingresar a la sala de audiencias y exponer la situación[3], puede ser que de inmediato el juez tome las previsiones necesarias; pero si contesta negativamente o le indica que efectúe su alegato en la audiencia, o, cuando el defensor llega a la audiencia y ya todos los demás están en la sala esperándolo, entonces, inmediatamente después de iniciada la sesión solicita la palabra al juez y hará la petición de forma expresa, indicando las razones por las cuales demanda, no solo los documentos sino también la suspensión.

3.2. Dominio técnico jurídico

3.2.1. De los institutos procesales existentes

En el caso de los preacuerdos, del principio de oportunidad, o cualquier otra medida alterna, así como del proceso ordinario en general, el defensor deberá conocer sus características y oportunidades para el asunto bajo



examen. Podría ser que frente a un caso existan diversas opciones, deberá entonces analizar cuáles son las más ventajosas para su patrocinado.

Se impone conocer en detalle cada una de las modalidades del principio de oportunidad: si la persona debe aceptar los cargos, si debe asumir algún compromiso, hasta qué momento se puede negociar con el fiscal y otra serie de detalles que deberá incluso transmitir al imputado, para contar con un consentimiento informado y pueda tomar él o incluso, su familia, las previsiones correspondientes.

3.2.2. De la calificación legal asignada al hecho denunciado

El defensor debe conocer los elementos subjetivos y objetivos constitutivos del delito atribuido al imputado, así

[3] Si bien el artículo 140 del Código de Procedimiento Penal en el numeral 7, se indica como un deber de los sujetos procesales "Abstenerse de tener comunicación privada con el juez que participe en la actuación, salvo las excepciones previstas en este Código", no hay que olvidar que una característica de los sistemas acusatorios es la agilidad de las actuaciones, de manera que siempre que la comunicación no sea privada, es decir, se haga en presencia de otras personas nada de malicioso o desleal puede tener intentar comunicarse previo a la audiencia.

como otros temas relacionados con derecho penal general y especial. Para ello es necesario:

a. Analizar desde el derecho penal general el tipo penal imputado: Son múltiples los cuestionamientos que podrían realizarse. Si se presentan los elementos estructurales del tipo. Si se dio una conducta (acción u omisión) que merezca un reproche penal. Si existe una causa de exclusión de responsabilidad penal. Si los hechos atribuidos no se han prescrito, etcétera.

   Todos esos detalles deberá anotarlos en su guía de trabajo, aunque solo sean posibilidades que luego analizará con detenimiento para concretar su procedencia.

Analizar calificación jurídica: Si el Defensor concluye que la conducta es delictiva, valorará si la calificación indicada por las autoridades a cargo de la investigación es la correcta.[4]

3.3. Conocer los elementos probatorios existentes

El conocimiento de los elementos probatorios es otra pieza medular al diseñar una estrategia de defensa. Ello implica, tener acceso a esas evidencias existentes, sean materiales, periciales o de cualquier naturaleza, es poder tener un acercamiento y analizar básicamente:

- El elemento probatorio que aportan al proceso, su relevancia en la imputación.
- Revisar su legalidad y autencidad.
- Pero además, permite tomar decisiones respecto de:
  - Posibles impugnaciones.
  - Planificación de actos de investigación por parte de la defensa, ya sea, la solicitud de nuevas pericias, y adiciones o aclaraciones.

Las actuaciones de la policía y de la Fiscalía deben guiarse por la objetividad, (Art. 115, 142 numeral 1) de manera que no hay motivo para ocultar informes, actas de allanamiento, reconocimientos, etcétera. Más aún la defensa tiene derecho a que se le expidan copias de los registros en que consten tanto las actuaciones previas a la formulación de la imputación, como las producidas con posterioridad a ella. (Art.146 parágrafo único) El conocimiento de los actos de investigación dará al abogado defensor la oportunidad de analizar sus opciones respecto de la estrategia de defensa.

3.4. Dialogar con el imputado

El imputado tiene derecho a comunicarse libre, privadamente y por el tiempo necesario con su abogado defensor, no solo para analizar todos los aspectos antes mencionados (adecuada calificación de los hechos, licitud y/o autenticidad de los actos de investigación, etc.), sino además, para discutir precisamente la estrategia de defensa, es decir, con el anterior panorama cuáles serán las actuaciones de la defensa a seguir.

El diálogo entre imputado o acusado y abogado defensor siempre será imprescindible, aún cuando el sujeto reconozca su responsabilidad en el hecho denunciado, hay que insistir en una conversación detallada de los hechos y de cualquier otro aspectos que resulte relevante a efectos de una defensa técnica. Muchas veces el nivel educativo de un imputado o acusado no le permite comprender el proceso y menos aún los hechos atribuidos.

[4] Detalles sobre la calificación en una estrategia de defensa en líneas posteriores.

3.5. Análisis de los hechos

El defensor deberá tomar primero los hechos al margen de la versión de su patrocinado, es decir, como aparecen en la denuncia, querella o en la formulación de la imputación, este ejercicio es de enorme relevancia, pues permite tener el punto de vista del fiscal y visualizar las opciones de la contraparte.

Los hechos acreditados se deben asumir dentro de la estrategia de defensa (por ejemplo, en un homicidio se comprobó la posesión del arma por parte de X), pero como evento no comprobado se podría tener la razón de esa posesión, de donde podrán surgir diversas líneas de defensa (para ilustrar, tenía el arma porque se la quitó a un tercero que fue el verdadero agresor, tenía el arma porque su hijo la ocultó, tenía el arma porque actuó en legítima defensa, entre otras opciones).

Luego, el defensor deberá integrar a ese primer análisis la versión de su representado y tratar de ubicar los hechos importantes que además, pueden ser asumidos como probados y aquellos otros que merecen mayor investigación o análisis. Es una tarea meticulosa donde no se debe dejar llevar por las primeras impresiones.

3.6. Elaborar una guía de trabajo

No es posible dejarlo todo a la memoria del defensor, así como se sugiere una guía para atender la entrevista es conveniente se utilice un formato para registrar la estrategia de defensa, con indicación de una serie de eventos que luego pueden olvidarse, confundirse o cuando se dé alguna sustitución de defensor, incluso desconocerse.

4. Caso hipotético

A continuación se diseña un caso para ilustrar las diversas estrategias de defensa, en cada sección se harán las observaciones correspondientes. Al finalizar se aportará una guía de trabajo, complemento de la propuesta para la entrevista inicial.

4.1. Hecho atribuido

Víctima: Marina Durán.
Imputado: Manuel Garzón.
Delito: Homicidio con circunstancia de agravación, artículo 104 inciso 1 del Código Penal.

Resumen:
La víctima Marina Durán, era una mujer de 60 años (según documentos de identificación), sin hijos, con antecedentes penales e investigada por narcotráfico, vivía ocasionalmente con el imputado, en Bogotá, Calle 114, Nº 9-50, fue encontrada en su apartamento acostada en su cama, con ropa de dormir y con señales de asfixia (posiblemente una almohada). No hay testigos del hecho.

El escenario del crimen fue alterado pues ingresó gran cantidad de vecinos y curiosos.

El imputado, Manuel Garzón, está muy alterado y manifiesta no tener responsabilidad en la muerte, no tiene una coartada para la hora en que ocurrieron los hechos. Vecinos indican que eran frecuentes las riñas.

4.2. Medios de investigación de cargo

Informe policial.
Entrevista con vecina de la fallecida (Leida Guzmán).
Dictamen médico forense.
Inspección.

4.3. Detalle de investigación

INFORME POLICIAL
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD
Informe de Policía Judicial
Bogotá, D.C. mayo 20 de 2004
Informe Nº 169 DAS. DSI. UDCL. VIP
Asunto: Investigación Homicidio Marina Durán
Al Jefe Unidad Delitos contra la Vida
Destino Unidad Primera de Vida, Fiscalía Tercera
Referencia: Proceso 9876

Dando cumplimiento a la misión de trabajo Nº 346 y en atención al oficio Nº 184 de mayo 19 de 2004 se informa:

HECHOS
Ocurridos el 15 de Mayo de 2004 ,siendo las 7:00 a.m. en Bogotá, Calle 114 No. 9-50, apartamento 604 fue encontrado el cuerpo sin vida de la señora Marina Durán.

DILIGENCIAS

Se recibió llamada telefónica de la señora LEIDA GUZMAN quien es vecina y una vez a la semana le hacía los oficios domésticos a la occisa Durán.

Me hice presente en el lugar de los hechos, procediendo a despejar el área por completo pues dentro del apartamento de la ofendida había gran cantidad de personas (vecinos) quienes al enterarse de los hechos llegaron a curiosear.

Estando en el sitio se localizó el cuerpo de la señora Durán en su cama, la señora vestía su ropa de dormir.
Se entrevistó a LEIDA GUZMAN quien dijo que la señora vivía sola, aunque tenía un compañero sentimental, de nombre Manuel Lozano, que con alguna frecuencia llegaba a visitarla, que incluso el día anterior había estado ahí, lo escuchó en horas de la tarde, pero no sabe a que hora se retiró. Comentó la señora GUZMAN que en ocasiones se escuchaban riñas muy fuertes e incluso, como se lanzaban objetos, pues en ocasiones cuando ella realizaba la limpieza recogía objetos de vidrio u otro material quebrados. Finalmente, indica que nadie más visitaba a la señora Durán.

En los anteriores términos dejo rendido mi informe.
Agente JAIME ROJAS

ENTREVISTA CON LEIDA GUZMÁN

Indica que desde hace unos seis meses le ayuda a la señora Durán ha realizar algunas labores de limpieza en su casa, que la verdad es que la señora Durán vivía en mucho abandono, casi no comía y no le interesaba nada de la casa, pero que don Manuel Lozano la había contratado a ella para que le limpiara la casa y le lavara la ropa una vez a la semana. Que ella era vecina de la señora Durán desde hacía seis años y prácticamente nadie la visitaba solo el señor Lozano. Que con alguna frecuencia, en el apartamento de la señora Durán, escucho muchos gritos y golpes como de objetos que se lanzan.

Con respecto a los hechos dice que llegó como a las 6:30 a.m. y toco el timbre varias veces, pero preocupada por su silencio entre varios vecinos decidieron que uno de ellos abriera la puerta por la fuerza, fue así como ISRAEL PRADA le impactó con una patada, destrozando la chapa de seguridad y unos pasadores, ingresaron y encontraron el cadáver de la señora Marina Durán.

EXAMEN MÉDICO FORENSE

Se trata de un cadáver de sexo femenino de 60 años de edad, cabello largo canoso, persona de constitución delgada, piel blanca, en la boca dentadura postiza (que no tiene al momento del examen). A la altura del cuello hay una marca del lado izquierdo de aproximadamente tres milímetros de largo y en la zona de los ojos aparecen pequeñas hemorragias. Tórax normal y demás extremidades sin lesiones aparentes. Genitales normales.

IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA: Paro cardiorrespiratorio debido a asfixia.

CONCLUSIÓN: La mujer muere por un mecanismo de sofocación que le ocasiona la asfixia, así sobreviene el paro cardiorrespiratorio.

HORA PROBABLE DE FALLECIMIENTO: 1 a.m. del día 15 de mayo de 2004.

PROBABLE MANERA DE MUERTE: Homicida.

INSPECCIÓN

Se trata de un apartamento 604 localizado en Bogotá, Calle 114 No. 9-50 que consta de sala-comedor, cocina y una habitación con cuarto de baño. La casa se observa en estado de desorden, hay ropa y bebidas por todo el lugar. En la habitación donde se encontró a la señora Durán hay una sola cama, un mueble con espejo en donde se observan algunas joyas (dos brazaletes de aparente oro, un reloj marca Omega, tres anillos de aparente oro, varios collares de perlas, así como aretes), también se observan algunos medicamentos. No hay señas de violencia, todas las ventanas están debidamente cerradas, solo en la puerta de ingreso al apartamento hay daños, el cerrojo así como unos pasadores están destrozados.

VERSION DEL IMPUTADO

Niega tener participación en la muerte de Marina Durán a quien dice amaba, aunque no podían vivir juntos debido al mal carácter de Durán quien además era una persona con problemas de salud (sufría en ocasiones de ataques epilépticos), sobre todo en los últimos años a raíz de una estadía en prisión había caído en depresiones constantes. Relata que él le había comprado el apartamento donde vivía (incluso tenía llaves de acceso), pero solo la visitaba, que en ocasiones discutían, pero que a decir verdad, aunque le da pena reconocerlo, ella siempre le pegaba, le lanzaba lo que tuviera en la mano cuando tenía sus arranques, que está seguro que varios vecinos tuvieron que haber escuchado los incidentes. Que el día antes de ocurrir los hechos él la había ido

a visitar, pero que permaneció alrededor de 45 minutos y luego se retiró. Que ignora como fue que apareció muerta, pero que él no lo causó. Que a la hora probable del fallecimiento de Marino él se encontraba durmiendo en su casa de habitación, aproximadamente a 5 kilómetros del lugar.

A continuación se desglosarán los diversos tipos de estrategia y en cada uno se hará una referencia específica al caso hipotético.

5. Tipos de estrategia de defensa

Con la información sobre los hechos denunciados, los medios de convicción aportados, el diálogo con el imputado y el conocimiento profesional del abogado, pero sobre todo con la determinación de los hechos ciertos y aquellos no acreditados, el defensor se enfrenta a diversas opciones respecto de su estrategia, podrá recurrir a:

A. Estrategias de negociación
B. Estrategias de refutación

Los recursos de un defensor para diseñar su estrategia dependerán del momento de su designación, pues pueden asumir la defensa técnica en cualquier fase del proceso, las que aquí se mencionan tienen que ver con nombramientos en las etapas iniciales.

5.1. Estrategias de negociación

5.1.1. Presupuestos

Tanto las diversas modalidades del principio de oportunidad como los preacuerdos se caracterizan por la necesidad de recurrir a técnicas de negociación. Pero en ambos supuestos, difícilmente se podrán concebir como estrategias de defensa, si antes no se ha realizado un mínimo de investigación, si no existen evidencias sobre:

La existencia real de un hecho.
Que el hecho constituya un delito (sin existir causas de exclusión de responsabilidad penal u otros aspectos de penal general o especial que cuestionen la existencia jurídica del ilícito) y,
Que existen elementos de convicción suficientes que indican la participación del imputado en el mismo.

Por expresa disposición legal la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos no podrán nunca comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y la tipicidad (Art. 327 inciso final)

5.1.2. Plan de negociación

De darse los anteriores factores, el defensor debe trazar un plan de negociación en el que incluirá su hipótesis de negociación, así como las acciones complementarias, indispensables en su gestión.

La hipótesis es una propuesta de resolución al conflicto, integrada incluso por varias alternativas. Las acciones complementarias son todas aquellas actuaciones que deberá prever el defensor como necesarias al momento de sentarse a negociar con la contraparte, si se va a ofrecer como condición un plan de reparación que incluya el pago de una determinada cantidad de dinero a la víctima, preparar al imputado para esa disposición patrimonial; si se va ofrecer un cambio de residencia para no habitar cerca del ofendido, llevar el contrato de arrendamiento del nuevo lugar, etcétera.

Al margen de otros comentarios que se harán más adelante, el defensor para plantear su hipótesis de negociación debe:

a. Conocer pretensiones de la contraparte

Si se determinó que lo mejor es negociar, el primer paso es indagar qué pretende la contraparte, no vaya a ser que por actuar precipitadamente el defensor ofrezca más de lo que en realidad el fiscal pretendía. La

primera regla será escuchar los planteamientos de la otra parte.

b. Dominar sus márgenes de acción

En segundo lugar, debe tener muy claro sus rangos de negociación: qué puede ofrecer, en qué aspectos podría ceder y qué en definitiva rechazar.

c. Establecer jerarquía de opciones

Debe establecer una jerarquía de opciones y siempre empezar a negociar la que más favorece a su representado, teniendo conciencia de los hechos acreditados en el proceso, pero explotando cualquier debilidad. Tener conciencia de lo acreditado en el caso, ello permite conocer los límites de las pretensiones de la contraparte.

d. Dar respaldo a sus pretensiones

Prepare argumentos adicionales que favorezcan su negociación, ya sea destacar una cualidad o situación familiar o personal del imputado que le pueda favorecer, mencionar casos similares donde se ha negociado en términos similares, gestione actuaciones que den garantía a las condiciones propuestas, etcétera. Estos "argumentos adicionales" o gestiones (como haber reparado a la víctima, o haber ingresado el adicto a estupefacientes a un centro de rehabilitación) deberán saberse "dosificar" o presentar a fin de utilizarlos para fortalecer la labor de convencimiento al fiscal.

Otras recomendaciones:

e. No brindar más información que la imprescindible

El defensor deberá ser muy cauteloso cuando negocia y no dar información que luego pueda ser de utilidad al fiscal, o provocar en el fiscal prejuicios en contra del imputado; ya que, si la negociación fracasa aunque las manifestaciones dadas por el imputado y menos por el defensor, no pueden ser consideradas; la credibilidad en otra estrategia de defensa o el rumbo de la investigación pueden comprometerse en perjuicio del procesado.

f. Reflexione respecto de las cualidades del buen negociador

Las cualidades del defensor como negociante constituyen un factor medular: debe comportarse respetuosamente, tener credibilidad, ser ágil y seguro en sus planteamientos, flexible pero con claridad de objetivos.

Si la defensa luego de su análisis preliminar determina que será escasa o ninguna la posibilidad de debatir la existencia del delito y la participación del imputado, por lo general optará por una estrategia de negociación que aunque en el peor de los casos implica la aceptación de cargos y la imposición de una pena, o, el sometimiento a una serie de condiciones por periodos de prueba determinados, siempre serán mejor alternativa que seguir el camino del juicio ordinario[5]. Caso contrario, si la defensa no comparte la teoría del caso expuesta por la contraparte, la refuta.

5.2. Estrategias de refutación

La estrategia de refutación se puede dirigir contra la acusación (teoría fáctica y jurídica del fiscal), contra los medios de convicción o contra la viabilidad del proceso penal. A medida que se desarrollen se observará que en ocasiones una estrategia de defensa com-

[5] Se exceptúan siempre los casos de renuncia de la persecución penal del CPP, basados en la figura de la preclusión, o cuando lo ofrecido por el fiscal no representa una ventaja significativa para el acusado.

parte elementos con otras, eso fortalece los alegatos de la defensa.

Siempre que no proceda una estrategia de negociación el defensor analizará meticulosamente el caso para determinar cuál será la estrategia de refutación a seguir. En estos casos podrá estar en duda o discusión un tópico procesal, pero también podría dirigir la estrategia a los hechos de la acusación, su sustento probatorio, su análisis jurídico o a la posibilidad de otro cuadro fáctico, o al menos uno considerado contradictorio.

6. Estrategias de negociación

6.1. Principio de oportunidad

6.1.1. Nociones preliminares

El artículo 29 de la Constitución Política consagra que en todas las actuaciones judiciales se garantizara el debido proceso, entonces, no obstante que el Estado monopoliza la función punitiva, debe sujetarse a determinados límites. El concepto de debido proceso puede ser formalmente concebido como "... la sumatoria de actos preclusivos y coordinados, cumplidos por el funcionario competente, en la oportunidad y el lugar debidos, con las formalidades legales"; desde el punto de vista material no es ese trámite formal lo que interesa, sino cómo se sustancia cada acto, si se respetan los fines superiores -libertad, justicia, dignidad humana, seguridad jurídica, entre otros- y los derechos fundamentales –como la prohibición de reforma en perjuicio, el non bis in ídem, etcétera.[6]

La exigencia de un debido proceso, implica por supuesto derecho de defensa y una sentencia firme emanada de una autoridad competente, tras un juicio oral, público, contradictorio, concentrado y con inmediación. Dichas exigencias, son a su vez garantías para el ciudadano: sólo recibe sanción si se ha seguido un proceso donde además de conocer con exactitud el hecho atribuido, la prueba fue conocida, discutida y analizada, con derechos de intervención, impugnación, etc. Estos principios son el punto de partida de controversias actuales, que tienen que ver con figuras como la sentencia anticipada, ahora bajo la modalidad de aceptación de la imputación o de la acusación según el estadio donde ocurran

[6] SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *El debido proceso penal*, p.193.

los preacuerdos o algunos supuestos del principio de oportunidad, ya que estas figuras finalmente conllevan la imposición de una pena omitiéndose un proceso bajo los principios de publicidad, inmediatez, contradicción y continuidad. Y esto por cuanto el derecho a un juicio con "todas las garantías", (Art.250 numeral 4 C.P.) es renunciable por la defensa siempre que se trate de una manifestación consciente, voluntaria y debidamente informada (Art. 8 literal L).

Lo cierto es que el *principio de obligatoriedad de la persecución de la acción penal pública*, por el cual la Fiscalía General de la Nación debería ejercer la acción penal en todos los delitos de acción pública, se puede excepcionar al definir la política criminal y establecer prioridades en la persecución de los hechos criminales[7], debido a que los recursos son limitados y la actividad delictiva supera la capacidad de respuesta de cualquier ordenamiento[8].

Corresponde a la Fiscalía General de la Nación determinar las estrategias y prioridades en la política de persecución penal; sin olvidar que es la Ley 888 de junio 29 de 2004 – que modificó el decreto 200 de 2003- *la que establece que será el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciara* a quien corresponde emitir concepto con destino al ente acusador indicando los tipos de delito a los cuales se puede aplicar el *Principio de oportunidad*.

Bajo *el principio de oportunidad* la obligación de imponer sanciones no siempre será cumplida en atención a la estructura ordinaria del proceso penal, aún cuando concurran sus presupuestos (la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable), pues el ejercicio de la acción penal pública estará condicionado al poder atribuido a la Fiscalía General de la Nación, la cual, bajo determinadas circunstancias reguladas en la ley, operará ese ejercicio (aceptando acuerdos reparatorios entre las partes, prescindiendo o limitando la persecución penal a alguna infracción o autores, entre otros); eso sí, siempre con el asentimiento del juez competente para la efectividad de todo acuerdo o negociación, valga aclarar desde ya, que dicha aprobación tiene la naturaleza de un control de legalidad, pues no podría el juez involucrarse en la discusión de la entidad de los acuerdos tomados por las partes.[9]

El principio de oportunidad representa una de las características distintivas de la implantación de un nuevo sistema procesal, con acierto advierte SÁNCHEZ ROMERO: "En lo que atañe al derecho procesal, la introducción en los modernos códigos procesales, dominados por el principio acusatorio, con una clara separación entre las funciones persecutorias y jurisdiccionales, de una serie de fórmulas conocidas como salidas alternas o manifestaciones del principio de oportunidad, para diversificar las posibles respuestas ante el conflicto penal, es sin duda, uno de los cambios

[7] En este punto, comparto con CHANG PIZARRO, (Luis Antonio), Criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal, p. 48, que algunas manifestaciones del principio de oportunidad no excepcionan el principio de legalidad, sino el de persecución de la acción penal en virtud de que es la propia ley la que permite el ejercicio discrecional para determinados supuestos, de manera que siempre actúa dentro de la ley.

[8] CRUZ CASTRO, (Fernando), El Ministerio Público en el nuevo Código Procesal Penal costarricense, p. 261. El autor menciona entre las causas que en la práctica limitan la labor de persecución (en nota al pie 20): "La limitación de recursos, la actitud de la víctima o su inexistencia, la estructura de la policía, el tipo de investigación que se requiere en muchos de los ilícitos previstos en el código penal, son circunstancias que determinan la imposibilidad de perseguir eficazmente todas las conductas delictivas previstas en el código penal. Por ejemplo, en muchos delitos la propia víctima protege al infractor, como ocurre, por ejemplo, con el proxenetismo". Por su parte, CHANG PIZARRO, (Luis Antonio), Criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal, p.30, afirma: "... más que la hipertrofia de los sistemas penales ha sido su inutilidad la razón que ha obligado al replanteamiento de los problemas apuntados y a la búsqueda de soluciones alternas para alcanzar la aspiración democrática de la pacificación racional de los conflictos sociales, sin dejar de lado –claro está- la persecución eficaz de los delitos históricamente impunes, fundamentalmente los 'no convencionales' y los que integran la cifra negra penal."

[9] Sobre el principio de oportunidad DE LA OLIVA SANTOS, (Andrés) y otros, Derecho Procesal Penal, p. 21 y ss.

más radicales al que nos enfrentamos y al mismo tiempo, nos atrevemos a afirmar, uno de los mecanismos más eficaces para atenuar la violencia del sistema punitivo y satisfacer, paralelamente, los intereses de la parte afectada."[10]

Las manifestaciones del principio de oportunidad no han sido acogidas por unanimidad en doctrina, hay quienes insisten que asumirlo constituye una violación al principio de legalidad y de necesidad del ejercicio de la acción penal.[11] No obstante, desde el punto de vista de la defensa técnica es una vía procesal más de resolución, favorable al imputado pero también a otros sujetos, en especial las víctimas. El conflicto es una constante de nuestra sociedad, dar oportunidad para que las partes involucradas en él lo resuelvan, resulta una opción dirigida a obtener mayores satisfacciones; sustituyendo el enojo, el cansancio, la apatía, características de las soluciones hasta ahora tradicionales de nuestros ordenamientos jurídicos; por sentimientos de satisfacción y por que no, de justicia.

6.1.2. El Código de Procedimiento Penal

Establece en el artículo 323 el principio de oportunidad, como aquella facultad que tiene la Fiscalía para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, -norma que reitera el mandato constitucional del artículo 250.- cuando:

6.1.3. Modalidades del principio de oportunidad del Código de Procedimiento Penal. (Art. 324)

- Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
- Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
- Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
- Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
- Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
- Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.
- Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.
- Cuando proceda la suspensión del procedimiento a

[10] SÁNCHEZ ROMERO, (Cecilia), Régimen y aplicación de las manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal, en: Antología de Lecturas Complementarias, p. 61.
[11] DE LA OLIVA SANTOS, (Andrés) y otros, Derecho Procesal Penal, p. 23 y ss.

prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

- Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
- Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.
- Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.
- Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
- Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
- Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
- Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.
- Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.
- Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

6.1.4 Características

- No se encuentra limitada a determinados delitos, salvo algunos supuestos como en el caso de la pena natural que aplica solo por delitos culposos.
- No interesa si el imputado es primario o no.
- El imputado no siempre está obligado a declarar o hacer algo, aunque en algunas de sus causales resulta esencial dar una manifestación o colaboración

Recuerde que la aplicación del principio de oportunidad, debe pasar por diferentes filtros: estar regulado dentro del marco de la política criminal de Estado (Art.250 C.P.); consultar el reglamento que determine el procedimiento interno de la entidad y las pautas que para el efecto emita el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria (Art.330 del C. de PP., y Art. 2 Numeral 11 de la Ley 888 de 2004); no opera cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, según el Estatuto de Roma, ni a delitos de narcotráfico y terrorismo(Art. 324 parágrafo tercero), ni para miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo (Art. 250 C.P.); tampoco su aplicación puede comprometer la presunción de inocencia ni el mínimo de prueba de autoría o participación en la conducta y su tipicidad (Art. 327 inciso final); en ciertos eventos (numerales 15 y 16 del Art. 324) no

aplica para organizadores, promotores o jefes, en todo caso hay que consultar los intereses de la víctima (Art.328); y sobre él se ejerce control de legalidad por parte del Juez de Garantías (Art. 327).

6.1.5. Recomendaciones al solicitar su aplicación

- Fundamente su solicitud.
- Aporte medios de convicción.

Para citar un ejemplo, es el caso de los supuestos por "pena natural". La función del defensor es hacer ver al fiscal todas las circunstancias que hacen calificar el hecho como susceptible de esta manifestación del principio de oportunidad, siempre será conveniente proponer diligencias de investigación o medios probatorios al respecto (facilitar el nombre del médico tratante para que el fiscal lo entreviste, también de familiares o amigos cercanos, facturas por compra de medicamentos, ingresos a hospitales, entre otros).

6.1.6. Caso especial: el testigo de la corona

En doctrina para referirse a los supuestos donde el imputado brinda una colaboración a cambio de un beneficio, se utiliza la denominación de origen inglés "testigo de la corona", también conocido como "testigo principal" o "testigo arrepentido". Resulta una alternativa severamente criticada, se cuestiona la poca credibilidad de estos testigos que involucran a otros sujetos con el afán de obtener un beneficio para sí, existe mucha discrecionalidad al aplicarla y por otra parte, se reprocha la desigualdad de trato entre los distintos partícipes, a veces de un mismo hecho delictivo. No obstante, su acogida ha ido en aumento, aunque muchas veces limitada a específicas delincuencias, sobre todo de crimen organizado.[12]

El principal propósito de este instituto es facilitar la persecución e investigación de hechos más graves, es decir, más violentos, dañosos o complejos. El imputado o acusado beneficiado por esta manifestación del principio de oportunidad debe haber participado de un delito cuya entidad sea menor que la que se pretende detener, evitar o investigar.

La colaboración aportada por el denunciado puede referirse al mismo hecho que se imputa, pero también podrá referirse a otro u otros hechos, donde puede haber participado o no el sujeto. El defensor debe ser muy celoso respecto de los términos de la colaboración que puede ofrecer el imputado o acusado:

1. Deberá mantener un diálogo con su representado, donde explique muy bien esta modalidad del principio de oportunidad (su procedimiento y consecuencias).

2. Es conveniente que indague el tipo de información que podría requerir el fiscal.

3. Deberá tener muy claro el tipo de colaboración que su patrocinado está en disposición de efectuar.

4. Deberá negociar y concretar las mejores condiciones para el imputado (por ejemplo si se trata de varios denuncias), aquí es donde es fundamental la labor de planeamiento ejecutada previamente por el defensor:

[12] LLOBET RODRÍGUEZ, (Javier), Proceso Penal Comentado, p. 169 y ss.

- El defensor deberá ser prudente, no ofrecerá más allá de lo que en realidad el imputado o acusado está en posibilidad o condiciones de ofrecer o hacer. Sobre el particular se debe considerar que la colaboración brindada por el procesado no siempre será información, también puede servir para facilitar una evidencia, constituirse en agente encubierto, etcétera.
- El defensor en esta etapa deberá tener sumo cuidado, nunca caer en el error de suministrar al fiscal, la información base del pacto, pues perdería todo interés el fiscal.

Ejemplo de situación ideal

Primero ver qué es lo que necesita o busca la Fiscalía General de la Nación. Ejemplo, saber por dónde ingresa la droga, a partir de ahí se negocia. El imputado sabe el lugar de ingreso, pero se podría facilitar el nombre del proveedor.

Ejemplo de situación incorrecta

Mi cliente podría decirles que "Zapatón" es el distribuidor de la droga, que todos los viernes inicia la entrega a las cinco de la mañana en la estación de autobuses modulo azul del terminal de transporte.

- Si tiene más información de la requerida por el fiscal, no es conveniente ofrecer todo de entrada, se irá ofreciendo según los requerimientos de la negociación.
- El defensor deberá procurar tomar todas las previsiones posibles para asegurar la integridad física o vida de su patrocinado, es decir, que dentro del acuerdo se incluyan las medidas pertinentes para no exponer más de lo necesario a su representado.

Ejemplos

Las personas que va a delatar lo podrían matar, se podría solicitar se incluya alguna de las siguientes previsiones: No ser expuesto a los medios de comunicación para proteger su identidad. Permanecer recluido en determinado lugar, diferente al del sujeto que va a delatar.

5. Deberá asegurarse que todos los términos acordados se consignaron fielmente en la solicitud que presenta el fiscal al juez de garantías.

6. Vigilará el control realizado por el juez, en el sentido de mantener la identidad de los acuerdos, o en caso de alguna variación, la misma deberá favorecer los intereses del imputado.

7. Finalmente, en el evento de que el delito más grave no se detuviera, evitara o la investigación no resultara tan exitosa como se esperaba, el defensor debe tener absoluta claridad que ninguna de dichas circunstancias podrían afectar la situación de su representado, si el imputado ofreció su colaboración, esa colaboración fue valorada por el fiscal como valiosa pero luego no tuvo los efectos esperados (por ejemplo una condena), eso no afectará la extinción de la acción penal que debe dictarse a favor del imputado que dio la colaboración.

Ejemplo

Juan no fue condenado por narcotráfico, pese al testimonio de Pedro –el colaborador -, debido a un allanamiento ilegal.

6.1.7 Suspensión de la persecución penal

Esta es otra de las modalidades del principio de oportunidad, que aplica en el marco de la justicia restaurativa (proceso en el que víctima, imputado o acusado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito , Art. 325,326) .Representa una interrupción del proceso por un plazo determinado (no superior a tres años) supeditada a un régimen de prueba donde el acusado se compromete a realizar, a no realizar o a someterse a determinadas conductas, que tienen el propósito de mejorar su condición de salud, educación, así como de integrarlo en actividades de bien social, bajo la supervisión de quien el fiscal designe, en procura de restablecer la convivencia social armónica, sin necesidad de aplicar una condena. Vencido el periodo de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones del plan de reparación se renunciaría al ejercicio de la acción penal (Art. 325 parágrafo único) y se sometería esta decisión del Fiscal al control de legalidad por parte del Juez de Garantías, dados los efectos de cosa juzgada que adquiere la misma.

6.1.7.1. Requisitos y consecuencias: recomendaciones al defensor

Requisitos

a. *No interesa la existencia de antecedentes penales en el imputado.*
b. *Nada impide que se pueda otorgar por más de una vez.*
c. *¿Es necesaria la aceptación de cargos?*

Respecto de las manifestaciones efectuadas por el imputado llama la atención que el artículo 325 del Código indique que las mismas no podrán ser utilizadas como prueba de culpabilidad. Curioso es porque antes de esa alusión, no se menciona ni se condiciona la procedencia de la suspensión a la aceptación de los hechos u otra declaración del imputado, es más, ninguna de las causales contiene la condición de la aceptación de cargos.[13]

En todo caso, es importante que el defensor considere:

1. Si se exigiere la admisión de los hechos, presupuesto que realmente la norma expresamente no trae y postura en la que debe insistirse, por la defensa, es conveniente que se haya presentado la formulación de la imputación, de esa forma se tendrá claridad respecto de los hechos atribuidos, su calificación jurídica, es decir, el tipo penal asignado por el fiscal. La idea, por supuesto, es que el imputado conozca los hechos que va a admitir (derecho a la intimación). Lo anterior no significa que no se pueda aplicar el principio de oportunidad antes de la formula-

[13] Sin embargo, en el derecho comparado la suspensión condicional se acostumbra a supeditar a la aceptación de cargo, en ese sentido artículo 25 del Código Procesal Penal de Costa Rica y artículo 63 del Código Procesal Penal de Nicaragua.

ción de la imputación tal como se lee en los artículos 77 y 78 del Código. Ninguna razón de ser tendría que se necesitara tal formulación, pese al convencimiento del fiscal y la procedencia de la aplicación de criterio de oportunidad, cuando justamente lo que se busca es racionalizar el ejercicio de la acción penal, lo que si debe quedar claro es que por mandato Constitucional esta decisión se sujeta al control de legalidad por el Juez de Garantías.

2. El imputado al momento de aceptar los cargos –en principio- no debería hacer una confesión absolutamente detallada de los acontecimientos denunciados, con un admitir los hechos de la imputación sería suficiente. Si la práctica forense estableciera otra situación, el defensor deberá preparar a su representado para esa declaración, de manera que no vaya a afectar sus intereses, refiriéndose a situaciones no conocidas o previstas por el fiscal que agraven su situación o impidan llegar a la suspensión.

d. Existencia de causal

Debe concurrir alguno de los supuestos del artículo 351 del Código.

e. Audiencia oral entre imputado y víctima

Deberá escucharse tanto al imputado como a la víctima para acordar posibles términos de una reparación integral, así como entendimiento mutuo. Pero podría interpretarse que el consentimiento de la víctima no es un requisito indispensable para admitir la suspensión condicional:

- La norma sólo alude a la presentación de un plan de reparación y de las condiciones que estaría dispuesto a cumplir. (art. 325). Por su parte el art. 349 dispone la necesidad de haber reintegrado el valor equivalente al incremento percibido cuando se trate de un delito con el que el sujeto activo hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del mismo, sin embargo éste condicionamiento aplica a afectos de los preacuerdos y las negociaciones mas no para la aplicación del criterio de oportunidad en la modalidad que se comenta.
- Se señala que el fiscal consultará a la víctima y que deberá tener en cuenta los intereses de la misma y que a él corresponde la aprobación modificación del plan de reparación (Art. 325)
- En definitiva el fiscal guiado por su deber de objetividad puede considerar abusivos o excesivos los requerimientos de la víctima, y por otro lado, justos y proporcionados los términos propuestos por la defensa, en ese sentido podría admitir la suspensión aún en contra de la voluntad de la víctima. Será entonces el fiscal quien apruebe o modifique las condiciones del plan de reparación propuesto. (Art.325)

f. Existencia de un plan de reparación integral: negociación y seguimiento.

El imputado sí debe aceptar un plan de reparación, sobre este aspecto no pueden existir dudas, si no consta una manifestación expresa del imputado aceptando determinadas condiciones no sería posible reclamar su incumplimiendo y seguir con el trámite normal del proceso.

Al momento de establecer el plan de reparación, el defensor tendrá un papel protagónico, además de planificar su actuación, estar atento a varias circunstancias:

- Que el tipo de condiciones sea acorde a la naturaleza del hecho denunciado, si son necesarias o por el contrario excesivas, pero sobre todo, si realmente se encuentran al alcance del imputado.

Ejemplo:

- *Se comprometió a someterse a tratamiento psicológico. Hay que reflexionar y preguntarse, ¿quién asumirá los gastos de ese tratamiento?, si fuera el imputado ¿tienen él los medios económicos para pagarlo?; de lo contrario, el defensor deberá indagar sobre instituciones que ofrezcan ese servicio de forma gratuita.*
- *Se comprometió a una reparación integral a la víctima, deberá pagar en efectivo mensualmente durante seis meses, una suma que equivale al ochenta por ciento de sus ingresos; o peor aún, es una persona de trabajos ocasionales. De entrada resulta dudoso que pueda hacer frente a ese tipo de compromisos.*

- El defensor antes de sugerir la suspensión tiene que haber dialogado con el imputado para diseñar una propuesta de plan, no puede llegar a improvisar donde el fiscal. Una adecuada preparación implica la existencia de un diálogo previo con el imputado, donde ya el defensor tiene claridad de los límites de compromiso del procesado.

Ejemplo

Una de las condiciones es que trabajará de voluntario dos sábados al mes durante seis meses en la estación de bomberos de la comunidad. Antes se debe de haber ido a la institución e indagar si los responsables de la estación, están en disposición de colaborar, si lo están pero otro día de la semana, o prefieren una colaboración intensiva por un proyecto específico, etcétera.

- Velar porque cada condición impuesta sea consignada en términos claros, eso incluye especificar –si conviene a la defensa- detalles como los periodos de vigencia.

Ejemplo

- *La condición es no conducir vehículos, pues es necesario definir durante qué periodo no lo hará.*
- *No va a frecuentar determinado edificio donde cumplía sus labores como mensajero, porque ahí trabaja la ofendida. Hay que determinar el plazo, si serán seis meses, un año, etcétera, pues por su situación laboral posiblemente tendrá que justificar no prestar el servicio durante un plazo cierto, pues no son condiciones a perpetuidad.*

- Será fundamental hacer ver al imputado las ventajas de la suspensión e insistirle en la importancia de cumplir con las condiciones y las consecuencias del incumplimiento.

- Es conveniente que el defensor registre en su agenda, fechas de seguimiento a los compromisos adquiridos por el imputado, lo localizará a fin de controlar o verificar el cumplimiento de las condiciones. Esta actividad es muy importante no solo por la sensación de acompañamiento y de seguimiento que pueda recibir el imputado con el llamado del defen-

sor, sino incluso para detectar situaciones excepcionales, en las que este puede actuar de nuevo auxiliando y asesorando a su patrocinado. Es el caso de quien no ha podido cumplir con determinada condición por una causa justificada, circunstancia en la cual el defensor podría gestionar algún cambio de condición o prórroga de periodos para cumplirla.

- Finalmente si se cumplió el periodo de prueba y las condiciones impuestas, el defensor estará atento para solicitarle al fiscal (adjuntando cuando pueda, constancias sobre el particular) la extinción de la acción penal y su correspondiente archivo definitivo. Se sugiere mantener un sistema de alerta donde se señalen las fechas de vencimiento para cumplir con la diligencia. (Art. 326 ultimo inciso).

g. Establecimiento de un periodo de prueba

Se establecerá un periodo de prueba para el imputado con una duración hasta de tres años, con una serie de obligaciones relacionadas con el delito u orientadas al mejoramiento de su condición personal[14], bajo la vigilancia que el fiscal determine, obviamente sin menoscabo de su dignidad. Vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones se da la extinción de la acción penal, si por el contrario, no se cumplen los compromisos adquiridos por el imputado, se reanuda el procedimiento.

De ahí que el defensor asume varias obligaciones cuando se trate de la suspensión condicional de la persecución penal, que en ocasiones podrá convertirse quizá en la única opción negociable con el fiscal. El defensor deberá:

- Explicar en detalle en qué consiste la suspensión.
- Si el acusado debe aceptar los cargos o no, si lo hace, en qué términos deberá hacerlo.
- Que el acusado debe aceptar un régimen de prueba.
- Que dentro de ese régimen de prueba el acusado se compromete a hacer, no hacer o soportar determinadas conductas (plan de reparación).
- Que ese régimen de prueba es por un plazo determinado.
- Que sólo cumpliendo con todos los compromisos del régimen de prueba el proceso penal terminará.

6.1.8. Extinción de la acción penal.

Cuando el fiscal advierta –antes de la formulación de la imputación- la existencia de una causal de las previstas en el Art. 77 del C. de PP., (muerte del imputado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad del la querella, desistimiento) o de las regladas en el Art. 332 para la preclusión de la investigación (Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, existencia de causal que excluya responsabilidad, inexistencia o atipicidad del hecho investigado, ausencia de intervención del imputado, imposibilidad del desvirtuar la presunción de inocencia) , podrá extinguir la acción penal (Art. 78 del C.de PP.)

[14] Las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código son.- "1. Residir o no residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento de cualquier cambio del mismo. 2. Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas. 3. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas, o asistir a algún programa educacional o de capacitación. 4. Prestar servicios en instituciones que se dediquen al trabajo social en beneficio de la comunidad. 5. Someterse a un tratamiento médico o psicológico. 6. No poseer o portar armas. 7. No conducir vehículos de cualquier clase. 8. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley. 9. La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas. 10. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento. 11. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa. 12. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social."

Si el fiscal constata alguno de los supuestos indicados, antes de formular la imputación, extingue la acción como una forma de renunciar a la persecución penal, si para el momento en que se presenta la causal ya se ha formulado la imputación, la preclusión se promueve por el Fiscal ante el Juez de conocimiento (Art.78 inciso segundo),no obstante, el parágrafo del artículo 332 en el caso de las causales de los numerales 1 y 3, faculta también a solicitar la preclusión al Ministerio Público o a la defensa , vale decir cuando existe imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal o ante la inexistencia del hecho investigado.

Luego el artículo 334 del Código indica que en firme la sentencia que decreta la preclusión de la investigación, cesará con efecto de cosa juzgada la persecución penal, así como las medidas cautelares impuestas.

Si pre-existe la formulación de la imputación el trámite será en audiencia en que el fiscal fundamenta su petición e indicará los elementos probatorios que dan sustento a la solicitud. Durante esa audiencia no se podrán solicitar otras pruebas, las necesarias deberán presentarse. El trámite que prevé el artículo 333 no permite solicitar ni prácticar pruebas. Con ese panorama el defensor puede tener las siguientes tareas:

- Deberá ser muy diligente y persuasivo para acreditar y convencer sobre la existencia de una causal.
- Facilitará los medios de convicción que acreditan la existencia de la causal.
- Cuando asuma la defensa después de la formulación de la imputación no deberá sentirse inhibido para gestionar la preclusión, directamente al juez, solicitando la cesación del procedimiento, si se dan las causales de inexistencia del hecho investigado o la de imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal (Art. 332 parágrafo único).

Es claro entonces, que las manifestaciones del principio de oportunidad representan una herramienta de valiosa ayuda en la tarea de persecución penal, como lo expresa MAIER, toda la vida han existido criterios selectivos no institucionalizados que eliminan gran número de hechos criminales de la persecución penal, un grupo importante de ellos producto de la desinformación de los órganos de persecución, otro, de la selección práctica (consciente o no) realizada por esos órganos ante su incontrolable demanda, utilizándose para la elección final factores que van desde el mayor o menor daño social –según su particular valoración-, necesidades políticas circunstanciales o permanentes y por qué no decirlo, la persona del eventual imputado o acusado, su posición social o política.[15]

Las manifestaciones del principio de oportunidad unidas a otras medidas como la descriminalización de conductas punibles de ínfima importancia, pueden conducirnos no solo a un uso racional de recursos –máxime en países como los nuestros, cuyas limitaciones económicas son una constante- sino también, y eso es lo fundamental, a soluciones más justas.

6.1.9. Respecto del caso hipotético

Al inicio del principio de oportunidad como posible estrategia de defensa se indicó como requisitos fundamentales, la existencia de una investigación mínima por la cual un hecho acreditado se puede subsumir en

[15] MAIER, (Julio), Derecho Procesal Penal, p. 385 y ss.

un tipo penal, por otro, la existencia de elementos que indiquen la efectiva participación del imputado en los mismos.

En el caso hipotético sería posible descartar de inicio la aplicación del principio de oportunidad, simplemente porque ninguna de las causales contempladas en el Código se están manejando en esta investigación. Pero además, aún cuando pudiera tenerse como un hecho probado la existencia de un homicidio, no existe suficiente evidencia que inculpe al señor Manuel Lozano.

6.2 Preacuerdos (Art. 348)

Los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, constituyen otra posible estrategia de las partes, en el marco de una política criminal que

procura humanizar la actuación procesal, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado o acusado en la definición de su caso. La defensa –en sentido unitario- puede entonces:

- Acogerse a la aceptación de la imputación en la audiencia preliminar ante el Juez de Garantías obteniendo por ésta vía *hasta la mitad de la pena imponible* (Art. 351).

- Acogerse a la aceptación de cargos durante la audiencia preparatoria, obteniendo *hasta en la tercera parte de la pena a imponer*. (Art. 356 numeral 5).

- Acogerse a la declaración de culpabilidad durante la instalación del juicio oral , obteniendo como beneficio punitivo el equivalente a una sexta parte de la sanción imponible.

- A llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, en este caso si el preacuerdo ocurre desde la audiencia de formulación de la imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación el beneficio punitivo podrá ser de hasta la mitad de la pena, si el preacuerdo se da con posterioridad a la presentación de la acusación y hasta antes de ser interrogado el acusado al inicio del juicio oral, la pena imponible se *reducirá en una tercera parte* (Art.352).

En todo caso habrá una forma anormal de concluir el proceso mediante la cual el imputado o acusado acepta de forma expresa los hechos endilgados, renuncia al juicio oral y público, a cambio de una ventaja para sí.

6.2.1 Factores que determinan el preacuerdo como estrategia de defensa

Como estrategia de defensa es un recurso excepcional, pero sin duda de mucha utilidad en casos calificados, básicamente en delitos cometidos en flagrancia o con elementos incriminantes difíciles de rebatir, aunque en ocasiones, los mismos procesados consideran esta alternativa conveniente, obtienen un resultado seguro y se eximen de los trámites normales del proceso ordinario, donde su situación es incierta.

Al no existir una limitación por la naturaleza o gravedad del delito, el defensor podrá gestionar la aplicación del preacuerdo en cualquier tipo penal, pero antes de aconsejar su aplicación a una persona, deberá verificar la existencia de elementos probatorios que acrediten

- La existencia del hecho.
- Que el hecho constituye un delito.
- Que hay suficientes elementos que incriminan al acusado en los mismos.
- Que no existe ninguna causa de justificación o exculpación que afecte una eventual responsabilidad criminal, o cualquier otra circunstancia de derecho penal general o especial que invalide la acusación.
- Que no existe posibilidad de negociar ninguna modalidad del principio de oportunidad, salvo en aquellas donde se solicita una colaboración al imputado (casos típicos del "testigo de la corona") donde a riesgo de perder la vida o amenazar la integridad del imputado o su familia, puede resultar más conveniente un preacuerdo.

Jamás podrá un defensor optar por esta alternativa por conveniencia personal (es un caso muy complejo, no tengo ánimo o no me atrae; ésta es la vía más rápida para terminar este proceso; evitar actuaciones: no hay que ir a juicio, no hay que interrogar testigos, no hay que realizar alegatos, etc.), ese sería un comportamiento totalmente desleal para con su representado, la decisión se basa en la contundencia de los elementos probatorios y la pertinencia para el acusado.

6.2.2 El preacuerdo como estrategia de defensa: sugerencias

Si analizado el proceso se concluye que la mejor opción es pactar una pena favorable al imputado antes de exponerlo a sanciones más severas, dada la calidad de elementos de convicción recopilados, el defensor asume otro tipo de compromisos.

6.2.2.1 Recuerde que el artículo 354 dispone"Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor…"

Resulta afortunada la exigencia de la defensa técnica, que debe entenderse en el sentido más amplio posible, desde estar presente en las primeras conversaciones de negociación hasta el instante mismo de la firma del documento que luego se presentará al juez, así como el derecho de intervenir en cualquier audiencia al efecto.

6.2.2.2 Explique al acusado con detalle en qué consiste el preacuerdo, su procedimiento y consecuencias.

La experiencia en algunos casos es que una vez concretado el acuerdo e impuesta la pena, los acu-

sados responsabilizan de su condena a sus defensores, pues manifiestan presiones al momento de dar su consentimiento. Por esa razón hay que insistir sobre los cuidados que deberá tener el defensor al analizar el caso concreto, pero además, el defensor deberá disponer del tiempo suficiente para discutir con su patrocinado sobre las opciones de su proceso, sea el acuerdo, el procedimiento normal u otra salida alterna, para evitar reacciones como la mencionada.

El análisis que presenta el defensor al acusado tiene que ir más allá de una referencia a la posible sanción.

Ejemplo:

"A usted lo están acusado de un delito de homicidio con circunstancia de agravación , sancionado con prisión de 25 a 40 años, el fiscal ahora ofrece eliminar la circunstancia de agravación con lo cual, la pena que debería descontar es de doce años y medio de prisión, pero si vamos a juicio, lo pueden condenar incluso a los 40 años."

Para una persona muchas veces de escasa escolaridad, presionada y nerviosa con un proceso penal, el ofrecimiento de tres años menos de prisión resulta determinante, máxime cuando su abogado no le hace ningún otro comentario; muchos en estas condiciones, desde luego escogen la alternativa de doce años y medio de prisión.

El defensor deberá tener la madurez y capacidad profesional para no dejarse llevar por un ofrecimiento en principio atractivo del fiscal, debe analizar objetivamente cada uno de los aspectos que se mencionaron líneas arriba (si se acreditaron los hechos denunciados, si realmente constituyen un delito, si no hay causas de exclusión de responsabilidad, o de exceso en alguna de ellas etc.), con base en ellos dar un consejo legal a su patrocinado, quien desde luego tiene todo el derecho de una explicación detallada de la situación.

6.2.2.3 Confeccione un registro

Si el acusado acepta la recomendación hecha por el defensor, de acogerse a un acuerdo, es importante se deje constancia por escrito y si es posible, recoger la firma o huella del procesado, en el sentido de que se le explicó en detalle el instituto y sus consecuencias

6.2.2.4 Procurará negociar la mejor opción, entre las alternativas que ofrece el preacuerdo.

Para realizar este análisis en procesos complejos donde se involucran varios hechos criminales deberá estudiar:

- El tema de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de cada uno de ellos y valorar los elementos probatorios.
- En todo caso siempre preferirá negociar los asuntos de mayor penalidad donde con seguridad puede obtener un buen pacto, salvo que el material probatorio (por inexistente, ilícito, la posibilidad de abstención, etc.) le permita una buena discusión a nivel de juicio o antes.

El Art. 350 contempla las siguientes:

- Que se elimine de su acusación algún cargo específico.
- Que se elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva.
- Se tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

6.2.2.5. No deberá esperar a que el fiscal llegue con un ofrecimiento, deberá estar atento a los intereses de su representado

Si eso significa negociar el acuerdo al inicio del proceso así lo hará, ya que dependiendo del momento procesal en que se haga, se va dosificando las rebajas posibles a la pena, si se realiza posterior a la presentación de la acusación la pena imponible se reducirá a una tercera parte, pero si es antes, disminuye a la mitad[16]; sin duda son factores muy importantes pero que no deben dar pie a negociaciones apresuradas.

La anterior circunstancia da un margen al defensor, tiene la oportunidad de valorar los avances de la investigación y meditar si es ésta en realidad la mejor opción para su representado.

6.2.2.6. Deberá verificar que los términos acordados se consignaron fielmente o al menos no en perjuicio del imputado

Si se llega a un preacuerdo es conveniente que en ese momento se firme un documento con indicación clara de la fecha y el lugar donde se realiza el acto, las partes, las condiciones del acuerdo, la identificación del o los procesos cubiertos por la negociación, pero especialmente:

- el detalle de los hechos aceptados por el imputado, a quien en el proyecto no se le exige una confesión, solo la declaración de culpable del delito atribuido o de uno relacionado con pena menor;
- la aceptación de los cargos libre y voluntaria;
- la contrapartida, es decir, lo que obtiene a cambio el imputado;
- verifique que no se ha quebrantado ninguna garantía o derecho constitucional.

De ese documento el defensor deberá exigir se le facilite una copia, firmada por todos los intervinientes, en caso de existir una diferencia tendrá un respaldo a cualquier reclamo.

6.2.2.7. Permanezca alerta al control de legalidad realizado por el juez

Cada procedimiento procesal que ha adoptado el preacuerdo como una opción establece también, un control de legalidad ejecutado por el juez en nuestro caso de conocimiento (Art.351), el contenido de ese control es diverso en cada legislación, pues cae dentro de las potestades de la política criminal de cada nación, pero sin duda, al momento de aplicar estos institutos se reiteran situaciones interesantes.

El Art. 351 dispone que los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez, ese condicionamiento implica obviamente que no se hayan

[16] Artículo 351 del Código de Procedimiento Penal

desconocido o quebrantado las garantías fundamentales, en los mismos términos el Art. 368 consagra las condiciones de validez de las manifestaciones de culpabilidad, vale decir que:

- Existe claridad respecto de los hechos imputados y aceptados por el procesado. En este punto es vital recordar que el Código permite las aceptaciones parciales de cargos, así que deben quedar explícitas estas situaciones (Art. 353).
- El imputado tuvo conocimiento y entendió los hechos a él atribuidos.
- Existe claridad en el imputado de las consecuencias de su aceptación de cargos: por ejemplo que será condenado por homicidio simple y no por uno con circunstancias de agravación y que renuncia su derecho a tener un juicio oral público y contradictorio.
- El juez debe verificar que la aceptación de cargos hecha por el imputado fue libre y espontánea.
- El juez debe verificar que el preacuerdo no comprometa la presunción de inocencia. (Art. 327 inciso final)
- El juez debe verificar que haya un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.(Art. 327 inciso final.)
- El imputado contó con la asistencia técnica letrada para asesorarlo.

Tenga presente que en materia de preacuerdos, si el Juez aceptare las manifestaciones de las partes, *no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la fiscalía (Art. 370 C. de PP.) y que el sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa (Art. 3 Ley 890 de 2004, que modifica el artículo 61 del Código Penal.)*

En relación con los preacuerdos se mencionan ahora algunas prácticas que deberán evitarse a toda costa por el defensor:

- Se pacta un preacuerdo sin que exista una investigación mínima que acredite ya sea, la existencia del hecho denunciado o la participación del imputado en el mismo.
- Se aceptan preacuerdos con hechos que no son configurativos del tipo penal atribuido.
- El imputado acepta preacuerdos debido al pánico de una sanción penal más gravosa, lo peor, intimidado muchas veces con las apreciaciones del propio defensor.

6.2.2.8. No olvide gestionar beneficios que son atribución del juez

Al seguir el proceso reglado en el Código para tramitar el preacuerdo, el juez convoca a las partes a una audiencia para dictar la sentencia correspondiente; lo cierto es que en este tipo de proceso siempre se da una audiencia ya sea para definir la pena o para verificar la legitimidad de las condiciones del preacuerdo; en todo caso lo importante es que el defensor aproveche este tipo de audiencias para gestionar cualquier beneficio posible a su representado, aunque sobre ello no haya discutido con el fiscal. Nos referimos a beneficios que no puede pactar el fiscal, por ser atribución exclusiva del juez, por ejemplo a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, y en especial a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

7. Estrategias de refutación

Siempre es importante considerar que la acusación representa el cuadro fáctico que limita la litis y que debe ser además, congruente con una eventual sentencia condenatoria (Art. 448). Para controvertir la acusación el defensor puede utilizar los siguientes caminos:

- Rebatir el sustento probatorio de la acusación.
- Rebatir la calificación jurídica.
- Rebatir la teoría del caso de la contraparte: a partir de una nueva teoría fáctica acreditada.
- Rebatir la teoría del caso de la contraparte : Los hechos acreditados con la prueba son contradictorios
- Refutación por violación al debido proceso.

7.1. Rebatir sustento probatorio de la acusación

La hipótesis probatoria de la contraparte puede ser enfrentada por parte de la defensa desde diversos frentes:

7.1.1. Por ilegalidad o falta de autenticidad

Al asumir la defensa el abogado deberá analizar cualquier debilidad que el proceso tenga en este sentido, si es preciso adelantar una investigación antes de proceder, y establecer el momento apropiado para plantearla.

7.1.1.1 Causales

La ilegalidad de los elementos de convicción o de la prueba (según la etapa procesal) puede originarse en momentos diversos: durante su obtención, en la incorporación al proceso o al momento de valorarse; sin duda en esta materia tiene importancia fundamental lo relativo a la cadena de custodia.

7.1.1.2 Oportunidad y medios para alegar

El momento para impugnar la ilegalidad de una prueba dependerá también del instante en que se

originó el vicio, si fue al obtenerse, al incorporarse o al valorarse. La ilegalidad de cualquier elemento de la teoría probatoria de la contraparte puede ser ataca durante todo el proceso, el defensor asume una labor de control constante. Aunque estos dos conceptos ILEGALIDAD y AUTENTICIDAD están estrechamente ligados, son diferentes, tenga presente que el primero se predica cuando el medio cognoscitivo haya sido obtenido mediante diligencia en que se haya observado las formalidades previstas en la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos y en las leyes (Art. 276), *mientras que la autenticidad* de los elementos materiales, se verifica cuando los mismos han sido detectados , fijados, recogidos y embalados técnicamente y sometidos a las reglas de cadena de custodia. (Art. 277). Por ejemplo ante la existencia de un allanamiento ilegal, deberá tomar las previsiones para invocar su nulidad, en la audiencia preliminar de control de legalidad posterior (Art. 232) de encontrar eco esa labor permitiría la preclusión del proceso, al quedar el fiscal sin el elemento probatorio medular en su investigación. Como se dijo líneas atrás esas evidencias pese a no admitirse como medio cognoscitivo, sí pueden usarse durante el juicio a efectos de impugnar credibilidad de los testigos y esto incluye al acusado si decide declarar.

Ya en el juicio, es deber del Juez durante la audiencia preparatoria excluir tanto la práctica como la aducción de medios de prueba ilegales (Art. 360) y la facultad de peticionar su inadmisibilidad corresponde también a las partes y al Ministerio Público. (Art. 359).

7.1.1.3. Necesidad de planificar

a. *Identifique el tipo de vicio*: Si por falta de legalidad o de autenticidad.

b. *Prepare alegatos, fundamentos y pretensión.*

El defensor deberá diseñar al menos una guía para la exposición: indicando el vicio, y luego uno a uno los motivos de su ilegalidad, con mención de las disposiciones violentadas, de doctrina y jurisprudencia que ampare su gestión, para finalmente concretar su petición. Es recomendable que trate de prever las posibles objeciones de la contraparte e incluir en su planificación, los alegatos pertinentes.

c. *Tenga claridad del momento procesal para promover la gestión, así como su forma.*

El defensor no debe tener duda respecto del momento para impugnar los medios de convicción o las pruebas, así como de las exigencias formales de su interposición. Este aspecto forma parte de la estrategia de defensa, si el vicio es medular puede decidirse por presentarlo en la Audiencia de Formulación de Acusación (Art. 378) y aspirar a la preclusión del proceso; pero también podría suceder que el vicio por invocar pueda ser subsanado durante el proceso, de manera que resulta más conveniente reservarlo para el debate, cuando ya no sea posible remediarlo, por supuesto depende del tipo de vicio.

En este extremo el defensor debe ser perseverante, si está convencido de que le asiste razón debe presentar su impugnación tantas veces como el sistema lo permita, llegando de ser necesario a las instancia de casación penal.

7.1.2. Por insuficiencia

La relación de hechos de una acusación puede ser la pieza jurídica mejor elaborada, pero el defensor debe verificar que cada afirmación realizada encuentre sustento probatorio con prueba legítima y estar atento a destacar cualquier debilidad por insuficiencia probatoria, entendida como la ausencia de prueba, o porque la aportada no es contundente.

7.1.2.1. Sugerencias para detectar insuficiencia

a. Examen comparativo entre acusación y prueba

Es recomendable que el defensor al analizar la acusación le desglose en cada uno de los eventos básicos y verifique si la prueba en realidad acreditó esa situación, si lo hizo de forma contundente, solo parcial o si por el contrario, nunca se acreditó y es solo un juicio especulativo. Resulta fundamental poner especial atención a este elemento sobre todo cuando el defensor se encuentra en la etapa de juicio.

b. Identificar necesidades de investigación

El defensor debe analizar los hechos con sentido crítico y proyectar cualquier necesidad de investigación, ya sea para acreditar que el hecho afirmado en la acusación:

- No se investigó.
- No se investigó suficiente.
- Fue investigado incorrectamente.

Ejemplo:

Hecho: que la occisa era objeto de agresiones domésticas por parte del imputado.

Hay una testigo LEYDA GUZMÁN que dice que escuchó varias veces gritos y objetos que eran lanzados en la casa de habitación de la occisa Marina Durán, mientras permanecía Manuel Lozano; pero si solo esa información se acreditara finalmente no representan un elemento suficiente para demostrar una situación de agresión doméstica donde el agresor fuera el señor Lozano, pues se ignora –entre otros datos- quién gritaba, qué gritaba, ya que perfectamente el agredido podía ser el señor Lozano. Si hemos realizado una investigación previa –entrevistamos a la señora GUZMÁN-podremos valorar si es conveniente que en debate detalle quien quitaba o lanzaba objetos, o si por el contrario no preguntamos al respecto con la posibilidad de:

- *Que el fiscal no interrogue en detalle al respecto.*
- *Si lo hace, tener la información si fue algo que la testigo tuvo oportunidad de constatar directamente (si vio que Manuel la agrediera o si Marina lo agredía a él).*

Para utilizar esta falta de claridad en el relato de la testigo para invocar la duda, respecto a que nunca se demostró que los gritos y demás actitudes agresivas eran del imputado.

7.1.2.2. Necesidad de planificar

Se incluye en esta tarea:

a. Identificar el hecho

Los hechos no acreditados pueden ser de muy diversa naturaleza: pueden relacionarse con la identidad del acusado (no se debió procesar a Juan Velásquez sino a su hermano, Wilmer Velásquez; existe un error de identificación), con los hechos, con el resultado, el lugar, los participantes, el móvil, etcétera.

b. Retomar labores de investigación

En este aspecto el defensor debe clarificar si para argumentar la insuficiencia probatoria es necesario aportar nuevas evidencias o si por el contrario, puede utilizar la ofrecida en el proceso. (Ejemplo, Juan manifestó desde el principio que él se encontraba trabajando en San Andrés cuando ocurrieron los hechos, el fiscal no investigó nada sobre el particular).

Ejemplo

Si el médico forense al momento de establecer la causa de la muerte dejó de considerar el estado de salud previa de la víctima, así como la ingesta o no de determinados medicamentos y esos extremos eran de relevancia para el diagnóstico. Se podría ofrecer como prueba pericial otro médico forense que acredite cómo durante la autopsia no se realizaron determinadas pruebas, que pueden haber alterado el resultado de la pericia. Así la causa de muerte calificada como homicida y fijada en una asfixia por sofocación, no se acreditó fehacientemente.

c. Argumentar insuficiencia y tener claridad en pretensiones

No se trata de alegar que determinado hecho no fue debidamente acreditado, se deben dar las razones por las cuales se emite tal criterio. El resultado de los alegatos por insuficiencia probatoria depende del hecho o factor que no resulta debidamente acreditado, en unos casos podrá pretenderse un fallo absolutorio, en otro una recalificación o atenuante, con todo, no olvidar invocar el in dubio pro reo. Por esa razón al finalizar la exposición el defensor deberá concretar cuales son sus pretensiones.

d. Definir la oportunidad y medios

Cuando se trata de la insuficiencia por lo general se piensa en el debate, sin embargo nada impide que se pueda instar al fiscal la aplicación de la preclusión, alegándose la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.En este aspecto de nuevo el defensor debe valorar sus opciones reales, si con su alegato solo va a lograr que el fiscal corrija su investigación, deberá reservar todo comentario sobre la insuficiencia probatoria, precisamente como material para los alegatos finales en el debate.

7.1.3. Por falta de credibilidad

7.1.3.1. Origen de la falta de credibilidad

La falta de credibilidad del medio de conocimiento puede surgir por:

a. Causas intrínsecas.
Cuando la causa está en el propio elemento probatorio (por ejemplo, con el testigo, por la forma de comportarse, por el contenido de su declaración, por la forma en que declaró, por la relación de amistad o enemistad, etcétera. Art. 404).

b. Causas extrínsecas.
Cuando surge al compararse determinado elemento de prueba con otros, o con las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia, integrantes del sistema de sana crítica racional para la valoración de la prueba.

No por capricho se ha dado un apoyo decidido a la oralidad, y a los principios de inmediación y contradictorio; contar con las prueba de forma directa para practicarla y controvertirla en presencia del juez aporta una ventaja sin discusión cuando lo que se pretende es llegar a la verdad real y resolver en términos de objetividad y legalidad.

7.1.3.2. Oportunidad, presentación de alegatos y pretensión

Cuestionar los hechos de la acusación por falta de credibilidad en los medios de convicción, implica un estudio minucioso de los mismos para rescatar cualquier detalle, es investigar y conocer lo que la prueba nos puede aportar en un debate, ya que esta estrategia será de utilidad sobre todo en esa fase. La falta de credibilidad no significa ausencia de elementos de convicción y dado que la probabilidad es suficiente para dar paso a un proceso penal, con ella llegamos hasta que la exigencia es otra: la certeza o como la define el Código, el convencimiento cierto más allá de una duda razonable (Art. 372).

Por ese motivo, en este tipo de alegato -por falta de credibilidad- ha de invocarse el in dubio pro reo y solicitar la absolución, si el hecho fuera determinante en la acusación; sino se utilizará para reforzar otra estrategia de defensa por insuficiencia probatoria, por cuestionamientos a la calificación, etcétera.

Al presentar los alegatos por falta de credibilidad el Defensor ha de partir del hecho enunciado en la acusación, luego mencionará la prueba presentada por el Fiscal como fundamento, e inmediatamente indicará con detalle cada prueba o reglas de la sana crítica que demeriten la afirmación del Fiscal.

Ejemplo
Se afirma que la occisa era objeto de agresión doméstica pero resulta que tenía un expediente en la clínica desde hacía doce años, con visitas frecuentes a causa de su epilepsia donde no se reporta un solo incidente que al menos sugiera agresión doméstica, sobre todo cuando aquí se ha afirmado que se escuchaba lanzamientos de objetos. Si a eso unimos que

otra testigo, vecina también de la occisa a quien visitaba con mucha frecuencia, que nunca le vio señales de agresión y que sabía que la señora GUZMÁN no quería al señor Lozano. La afirmación en la acusación de que la occisa era víctima de violencia doméstica por parte del imputado desde hacía años, apoyado en el dicho de LEYDA GUZMÁN no goza de credibilidad; se opone a un dato objetivo, no manipulado: el expediente clínico de la señora Durán y por otro lado, el dicho de la señora López quien vivía más cerca aún del domicilio de la occisa y visitaba con frecuencia su casa.

7.2. Rebatir acusación – su calificación-

El cuadro fáctico descrito en la acusación debe ser coherente con el tipo penal asignado por el fiscal, la defensa tiene en este extremo varias posibilidades, podría objetar que:

7.2.1. Los hechos descritos no configuran un tipo penal

La estructura fáctica de una acusación penal debe responder siempre a interrogantes específicos, mismos que constituyen el nivel fáctico de la teoría del caso del Fiscal y que el Defensor puede refutar como estrategia de defensa.

Extremos de la teoría fáctica de la acusación El defensor analizará si se indicó:
1. Cuándo se cometió el supuesto hecho
2. Dónde se cometió
3. Quién hizo
4. Qué hizo
5. A quién se lo hizo
6. Indicación de especiales elementos del tipo: modo, tiempo, etcétera
7. Resultado de la conducta
8. Móvil

Se darán variantes, existen delitos de mera actividad en donde el resultado de la conducta no tiene trascendencia para su configuración típica, pero en la inmensa mayoría las anteriores son exigencias básicas. Si en lo fáctico no describe una conducta delictiva resultará imposible subsumir esos hechos dentro de una norma penal.

La oposición a la acusación con este tipo de defecto puede realizarse en diversos momentos procesales, el defensor deberá valorar una serie de circunstancias, sobre todo, las posibilidades de ser subsanada, motivo por el cual, si el alegato se limita a la sola refutación del cuadro fáctico del requerimiento (porque la teoría probato-

ria es sólida) lo más recomendable es reservar esta estrategia para el debate, para los alegatos conclusivos. Diferente es la situación si apenas se inicia el proceso, se está en la audiencia de formulación de acusación, sin evidencias suficientes e incluso, en muchas ocasiones con el agravante de una posible medida de aseguramiento, pues en estas condiciones el defensor procederá de inmediato a la oposición de la acusación por no cumplir con los requisitos legales.

7.2.2. Los hechos descritos se subsumen en otro tipo penal. constituyen un concurso de delitos, o incluso, una eximente de responsabilidad penal

- Si la acusación se encuentra acreditada y responde a todos los cuestionamientos anteriores (cuándo, dónde, quién, qué, etcétera) pero el tipo penal asignado por el Fiscal no es el correcto, el defensor tiene varias alternativas: Por ejemplo, si el hecho descrito en la acusación, no fue correctamente tipificado por el fiscal invocando un tipo penal más beneficioso para el acusado, (era un homicidio agravado pero el fiscal señala que es simple) mal haría el defensor en exponer el error, deberá callar la falta y conducir su estrategia hacia el cuestionamiento de otros aspectos, apoyándo en última instancia la tipificación sugerida por el fiscal –si no tiene ningún recurso de objeción- solicitando la imposición de la pena mínima y la concesión de cualquier beneficio posible para su patrocinado.

El manejo de la teoría de los concursos siempre será una herramienta valiosa, en ocasiones el defecto en la calificación asignada tiene que ver con la existencia de un concurso que no fue considerado por el Fiscal, el Defensor deberá estar atento en procesos donde son varios los delitos o los imputados y que pueden provocar confusión.

Es obvio que si el error fuera tan grave como que el cuadro fáctico de la acusación describe una circunstancia eximente de responsabilidad penal, no tendrá mayor dificultad el defensor para encontrar acogida a su solicitud de absolutoria.

7.3. Rebatir la teoría del caso de la contraparte: a partir de una nueva teoría fáctica acreditada

7.3.1. ¿En qué consiste? Su diferencia con las estrategias de refutación anteriores.

Se presenta cuando el defensor está en capacidad de presentar otra teoría fáctica, amparada en elementos probatorios (nivel probatorio), que al analizarse a la luz de las normas penales y de la teoría del delito (nivel jurídico), concluye con una teoría del caso (diferente a la del Fiscal), por supuesto, siempre ventajosa para su patrocinado.

Esta teoría del caso será la base de todo alegato de apertura, pero ha sido producto de una investigación, de un proceso de creación, análisis y corrección permanente, hasta concluir con un relato basado en las evidencias, pero también en el sentido común y las reglas de la sana crítica racional. Es así como se presenta una teoría fáctica, debidamente acreditada y que concluirá que los hechos no se subsumen en ningún tipo penal, o lo hacen en otro -siempre menos grave que el imputado-, o

incluso, en una eximente de responsabilidad penal.

La diferencia con las estrategias que refutan la acusación (salvo aquella que no describe ningún delito) o el sustento probatorio de la acusación, es que los hechos que integran esta teoría fáctica no se encuentran en la acusación, el defensor presenta una relación de hechos nueva, clara, precisa, circunstanciada, basada en sus investigaciones, cuyos resultados deben haberse incorporado legalmente al proceso como prueba legítima, capaz de dar contenido a una resolución judicial. En estos casos el cuadro fáctico acreditado y que recibe el análisis jurídico es el presentado por el defensor, ya que, el incluido por el fiscal en su acusación simplemente quedó desvirtuado o no se concretó.

7.3.2. Recomendaciones para presentar esta nueva teoría del caso

Los pasos básicos para construir una teoría fáctica alternativa:

1. Verifique que la relación de hechos tenga una secuencia clara y lógica, un relato si es posible cronológico con indicación precisa de lugares, personas, acontecimientos y cualquier otra circunstancia de interés.
2. Cuide que la teoría fáctica sea coherente con la teoría probatoria, es conveniente que muestre o indique la prueba que da respaldo a cada una de las afirmaciones del cuadro fáctico expuesto y que específique la transcendencia jurídica que pueda o no tener.

Al presentarla al juez, asegúrese de retomar la acusación del fiscal y de indicar con claridad las razones por las cuales no se acreditó, uno a uno los hechos de la misma.

En este tipo de estrategias tiene lugar básicamente en la fase de juicio, dadas las características de los nuevos sistemas procesales que centran la práctica de las pruebas en el debate oral; salvo algunos supuestos que podríamos señalar como excepcionales en donde será posible alegarlo en estados anteriores.

7.4. Rebatir teoría del caso de la contraparte: los hechos acreditados con la prueba son contradictorios

En otras ocasiones además de los hechos que contiene la acusación resultan acreditados otros, que no alcanzan sin embargo para presentar un nuevo relato de los hechos; pero sí permiten identificar contradicciones importantes, por las cuales al menos sí se podrá dudar del cuadro fáctico expuesto en la requisitoria, así como de la investigación realizada por el fiscal, ello aunado a la invocación del in dubio pro reo, posibilitan un pedido de absolutoria.

Ilustran esta estrategia de refutación cuando dos o más elementos probatorios acreditan situaciones opuestas: dos menores son víctimas de un abuso sexual por parte de X, uno de los menores dice que X los abusaba, sin embargo, el otro dice que es mentira; no hay razones para considerar que una de las declaraciones no es creíble, sin embargo, los hechos acreditados con esa prueba testimonial son contradictorios.

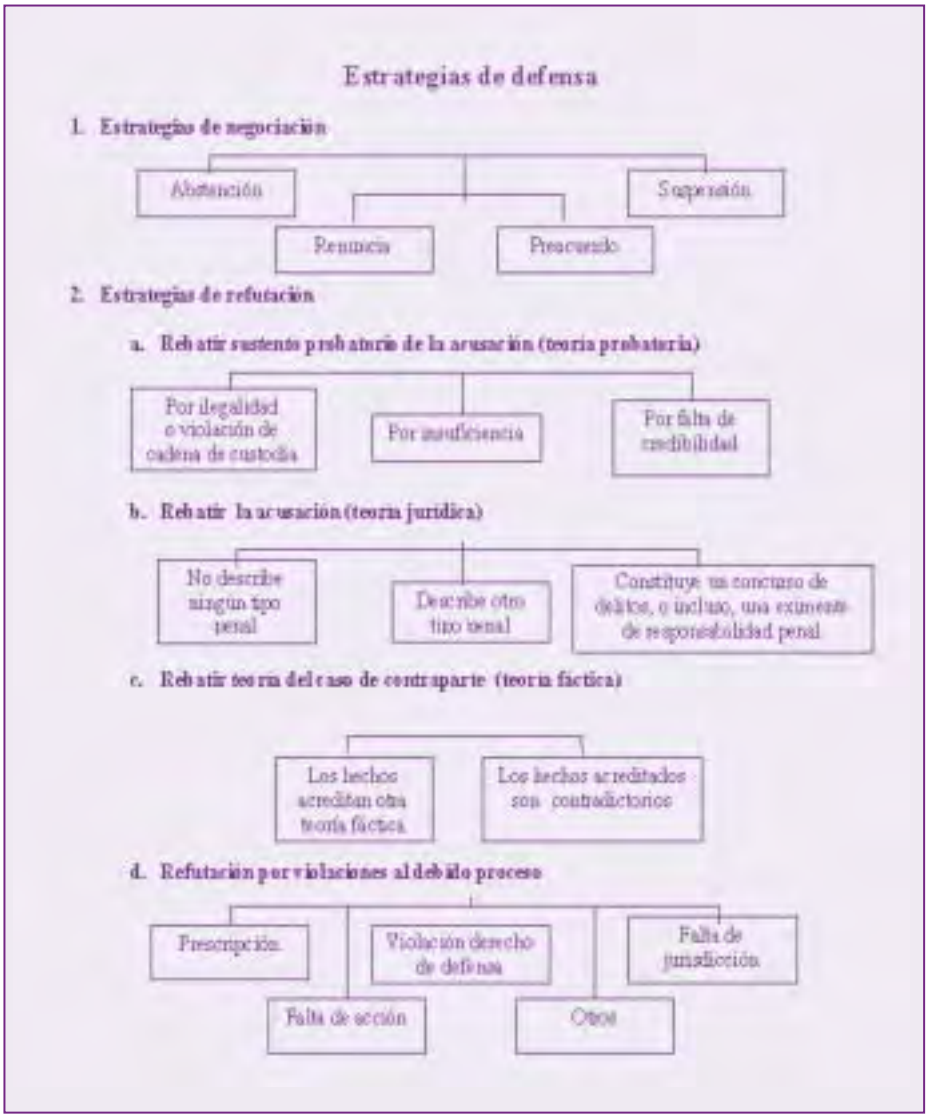
7.5. Refutación por violación al debido proceso

Esta estrategia gira en torno al debido proceso y de nuevo el defensor tendrá una serie de alternativas entre ellas:

1. Objetar la jurisdicción, por ejemplo el acusado es un menor de edad.
2. Alegar la prescripción de la acción, caducidad de querella.
3. Alegar la falta de acción.
4. Invocar la violación al derecho de defensa y del debido proceso, verbigracia, se realizaron audiencias sin la presencia del defensor por lo que el proceso deviene en nulo.
5. Alegar la violación del derecho de defensa: cuando se impidó ejercer cada una de las manifestaciones y facultades a que tiene derecho el indiciado, imputado o acusado- ya detalladas anteriormente-. Los anteriores representan solo algunos ejemplos de situaciones que integran el debido proceso y que pueden constituir también una estrategia de defensa, las pretensiones concretas al utilizarlas, así como la oportunidad para utilizarlas depende del caso concreto, pero sin duda representan un recurso fundamental, en ocasiones el único.

ESQUEMA

Estrategias de defensa



8. Plan estratégico de un caso

Para el defensor el plan estratégico constituye una herramienta que ordena y conduce el análisis de la hipótesis fáctica, jurídica y probatoria de un proceso. El objeto de plan estratégico es definir:

- ¿Cuáles son las opciones del caso?
- ¿Qué se va a hacer?
- ¿Cómo se va a hacer?
- ¿Cuándo se va a hacer?
- ¿Quién lo va ha hacer?

8.1. Opciones del caso: análisis preliminar

Para discernir la estrategia de defensa el primer paso es conocer las opciones que ofrece el ordenamiento. Se pueden agrupar en dos grandes bloques de estrategia, como se advirtió antes, estrategias de negociación y de refutación.

El defensor concretará las alternativas del caso y planificará sus acciones. En un mismo litigio la hipótesis de solución del caso puede incluir varias opciones (por ejemplo, llegar a una negociación con el fiscal, o continuar a juicio alegando una causa de justificación), motivo por el cual una de las labores fundamentales es definir prioridades.

Para hacer esa evaluación preliminar, es necesario discernir los hechos acreditados y las opciones que objetivamente se podrían manejar desde la defensa técnica, respecto de las manifestaciones del principio de oportunidad y otras estrategias de defensa. Para determinar los hechos presuntamente acreditados el defensor se informará de todas las piezas de convicción en manos del fiscal y establecerá un diálogo con su defendido, a fin contar con un primer cuadro fáctico acreditado.

Ejemplo.
En el caso hipotético Marina Durán, tenemos el siguiente cuadro:

- *Marina Durán está muerta.*
- *No hay testigos del hecho.*
- *El escenario del crimen fue alterado, no hay signos de violencia para ingresar al domicilio.*
- *La única persona que tenía otra llave y que visitaba a la occisa era Manuel Lozano, a quien incluso se le vio el día antes del hecho cuando llegó, pero no cuando se retiró del lugar.*
- *Manuel Lozano niega haber causado la muerte a Marina.*

Al estudiar las opciones es necesario discernir las alternativas tanto en estrategias de negociación como de refutación. En el caso hipotético, de las medidas alternas contempladas en el Código, solo procedería el preacuerdo. En cuanto a las estrategias de refutación se puede atacar la acusación, realizar una indagación sobre la versión del acusado para presentar otra teoría del caso, o refutar por insuficientes y poco creíbles los elementos de convicción aportados por el fiscal, etcétera.

Cada alternativa será valorada para establecer una jerarquía, entonces, aunque en el caso del ejemplo procede el preacuerdo, como estrategia de negociación, dadas sus repercusiones para el acusado, se tendrá como última opción pues hay material suficiente para dirigir la defensa por una estrategia de refutación, es decir, aquí el consejo técnico del defensor es no pactar el preacuerdo porque es conveniente investigar, ver los resultados de la indagación del Fiscal etc.

8.2. Plantearse objetivos y ejecutar actividades

Desde el inicio el defensor deberá plantearse objetivos, unos generales y otros específicos, también deberá fijar las actividades necesarias para alcanzarlos.

Los objetivos generales se relacionan siempre con el mejor resultado para el imputado o acusado[17], a partir de la determinación de seguir una estrategia de negociación o de refutación. Si es de negociación, el objetivo general será obtener el mejor pacto para el acusado o imputado. Si es de refutación, el objetivo general siempre será obtener el mejor resultado del juicio, aunque eso no signifique un fallo de absolución, puede ser una recalificación o la obtención de un beneficio.

Los objetivos específicos parten de las necesidades de defensa, analizando y detectando cualquier ausencia, debilidad, error o ilegalidad en la teoría del caso del fiscal; o bien, indagando y aportando los elementos probatorios de una nueva teoría del caso: la de la defensa.

Cada objetivo implica una serie de actividades, cada una nace de las necesidades de la defensa, una veces serán probatorias, otras de estudio, de gestión, etcétera. Nuestra estrategia indicará cuales actividades se realizan primero que otras, o de forma simultáneas, en qué forma y por quién.

Ejemplo.

Objetivo general: *estrategia de refutación.*

Objetivo específico: *Investigar si realmente la causa de muerte es solo compatible con la asfixia por sofocación, si así no fuera, demostrar otra causa posible o al menos que no existen elementos objetivos para mantener dicha afirmación.*

Actividades:

- Consultar con un médico forense el dictamen médico de la autopsia.
- Estudiar o consultar con un médico si los signos de muerte de la víctima solo son compatibles con una asfixia por sofocación.
- Dialogar con el médico de cabecera de la señora Durán respecto a su estado de salud, padecimientos, tratamientos, signos de violencia doméstica, número de consultas, frecuencia de consultas.
- Indagar y localizar la certificación del grado profesional o especialidad del médico que efectuó la autopsia, para ver si tenía preparación o experiencia en asuntos forenses.
- Entrevistar a testigos que observaron el escenario del

[17] No como en el caso del Ministerio Público donde el objetivo general siempre será establecer la verdad de los hechos, más allá incluso, de los denunciados.

crimen, para ver si detectaron señales evidentes de lucha o forcejeo ya sea, propiamente en la víctima (ropas rasgadas, algún objeto sobre su cara), en su habitación o en otros sectores de la vivienda, sobre todo en los lugares de ingreso al domicilio.

Cuando el defensor se incline por una estrategia identificará las circunstancias (fácticas, jurídicas y probatorias) que inicialmente ameritan indagación por su parte.

Definir los objetivos específicos y las actividades necesarias para alcanzarlos implica que el abogado tenga claridad respecto a:

- ¿Qué necesita investigar? Ejemplo: causa de muerte.
- ¿Para qué? Ejemplo: para determinar si realmente se dio una conducta externa que la originara o se debió a una padecimiento de la occisa.
- ¿Cómo lo puede hacer?, ¿qué elemento de convicción necesita?, ¿cómo lo va a diligenciar?, ¿es necesario costearlo? ¿Si va a solicitarlo al fiscal?, o si por el contrario, no es conveniente que el fiscal detecte el interés de la defensa por determinado detalle de la investigación que podría afectar la situación del acusado. Si el imputado le puede dar alguna ayuda. Etcétera.

A medida que avanza la investigación el plan estratégico sufre modificaciones. Siguiendo el ejemplo, parece que el cadáver tiene un golpe importante en parte trasera de la cabeza, así la asfixia ya no parece ser la causa definitiva de muerte, pero se acreditó que al momento de la muerte de la señora Durán, el acusado se encontraba en su casa, hay dos llamadas teléfonicas que realizó Manuel a un "amigo" del teléfono de Durán, antes y después de la hora de su muerte.

La dirección de la estrategia de defensa puede variar (se buscará una recalificación a homicidio preterintencional o culposo, incluso, se reconsidera el preacuerdo), o puede implicar realizar nuevas indagaciones para afirmar en juicio que en realidad no existen suficientes elementos que incriminen a su representado en los hechos, pues el "amigo" de Manuel que reporta las dos llamadas, en realidad, es su enemigo y la compañía telefónica no cuenta con la tecnología suficiente como para dar un registro de llamadas telefónicas (por fecha, número, emisor y destinatario). En este caso, el trabajo de la defensa es hacer llegar a juicio la prueba precisa para demostrar la rivalidad y poca credibilidad de ese testimonio.

El abogado tiene la obligación de valorar todas las posibilidades partiendo de los hechos –en principio- ciertos, luego elaborará un plan donde detallará tareas. La actuación profesional del defensor público nunca podrá dejarse llevar por las soluciones expeditas y menos complicadas para sí, se ha depositado la confianza en su criterio técnico-jurídico, hará su mejor esfuerzo.

8.3. Necesidad de llevar un registro

Se aconseja detallar cualquier análisis, gestiones o investigaciones por realizar y llevar un seguimiento, con una propuesta incluso para el ofrecimiento de prueba de la defensa.

Es conveniente agrupar las acciones de la defensa, unas (las más extensas por lo general) corresponderán a los medios probatorios, otros se refieren a defectos de la acusación, a la teoría del caso de la defensa e incluso, respecto de eventuales medidas cautelares o de aseguramiento que pesen sobre el acusado. También es recomendable planificar las acciones conforme a las etapas

del proceso, de manera que prepare sus alegatos, impugnaciones, ofrecimientos de prueba, declaraciones del acusado, etcétera.

Por ejemplo,

- Aunque en un primer momento podría pactarse un preacuerdo, no existen suficientes elementos de convicción que apunten hacía la participación del imputado, quien niega enfáticamente los cargos.
- Así que se le recomienda permanecer en silencio hasta la audiencia preparatoria al juicio, donde si el fiscal no presenta otros elementos probatorios que lo incriminen, declarará rechazando los hechos (art. 356 numeral 5).
- Si por el contrario surge prueba incriminante el acusado permanecerá en silencio y el defensor analizará la contundencia de la eventual prueba, para valorar un posible cambio en la estrategia de defensa.

Para que el defensor pueda establecer un plan estratégico de trabajo debe tener un dominio técnico de la calificación jurídica asignada al hecho, del principio de oportunidad u otras opciones procesales o sustantivas, además, conocer el hecho denunciado así como los elementos de convicción, procurará el diálogo con el imputado y en algunas ocasiones –cuando sea posible y pertinente-, con la víctima. Será indispensable que realice un mínimo de investigación.

En el anexo se presenta una opción de plan estratégico dividido en tres partes: una primera sobre estrategias que obliga a analizar en primer instancia si en el proceso concreto es posible aplicar una manifestación del principio de oportunidad, luego un estudio por las diversas estrategias de refutación que irá teniendo lugar a medida que avanza el proceso. Así lo relativo al análisis de la acusación y su calificación legal se podrán hacer desde el inicio, pero el estudio de los medios de convicción ofrecidos por el fiscal tendrán lugar en la gran mayoría de ocasiones en la audiencia preparatoria de juicio, luego del intercambio de prueba, salvo casos excepcionales por existir defectos absolutos que afectan derechos fundamentales, que sostenemos se podrán hacer desde la primera intervención del defensor.

La segunda parte desglosa todas la acciones que deberá realizar la defensa en diversos temas: estrategia, investigación, medidas cautelares, etcétera. Su propósito fundamental es ordenar y dar seguimiento al trabajo técnico de la defensa. Finalmente, se incluyó una sección que proyecta el ofrecimiento de prueba del defensor, que servirá para ir llevando un registro, a medida que surgen los elementos útiles para la defensa.

I- PARTE.

ESTRATEGIA

Esta primera parte se elaborará conforme avanza la investigación, aunque preliminarmente siempre se impone agotar en primer instancia la posibilidad de aplicar una manifestación del principio de oportunidad, al menos, se le comunicará al imputado cuando objetivamente existe esta opción, aunque el consejo técnico en el caso particular sea no adoptarla.

1. Verificación de manifestaciones del principio de oportunidad:

Procede Renuncia	Procede Abstención	Procede Suspensión	Procede Preacuerdo
NO	NO	NO	Se podría pactar, pero no hay suficiente investigación. Además el imputado niega los hechos.

Observaciones o acciones de la defensa

_____

_____

_____

2. Estrategias de refutación:

2.1. Análisis de acusación

Se sugieren los siguientes cuadros que desglosan los hechos de la acusación, el análisis por parte del defensor para ver si cada hecho describe adecuadamente el tipo penal, así como el respaldo probatorio ofrecido por el fiscal, al cual se le anotará cualquier observación útil para la defensa, para considerarla en su investigación o en el momento de practicar la prueba.

2.1. La relación de hechos es correcta. SI ( ) NO ( )

2.2. Observaciones a la relación de hechos si fuera incorrecta:

Hechos de la acusación	Acatamiento de requisitos formales (Por ejm. relación de hechos clara, precisa y circunstancial.)
PRIMER HECHO Que Manuel le causó la muerte a Marina, asfixiándola, cuando ella se encontraba en su casa de habitación. SEGUNDO HECHO...	1. No se indica de qué forma fue sofocada.

2.3. Respaldo probatorio de la acusación

Primer hecho: Declaración del Dr. X...., inspección a cadáver...

_____

Segundo hecho: _____

Tercer hecho: _____

2.4. Análisis de la calificación jurídica dada en la acusación

Elementos típicos asignados en la acusación	Observaciones (Se describen todos: falta indicar..., no existe prueba que acredite ...; la relación de hechos no es coherente, existe un concurso, fue frustrado, existe una eximente, etcétera)

2.2. Análisis de elementos probatorios de la contraparte

Elemento de convicción	Examen de legalidad	Examen de suficiencia	Examen de credibilidad
1. Dictamen médico forense	1. Es legal	1. Hay dudas respecto a que las señales que llevaron a afirmar una asfixia por sofocación, sea la verdadera causa.	1. El médico que realizó la pericia no es especialista en medicina forense. O no hay claridad ni exactitud en sus respuestas

2.3. Análisis del debido proceso

2.3.1. Verifique:

- Prescripción.
- Acción penal.
- Excepciones.
- Violaciones al derecho de defensa.
- Principio de juez natural.
- Otros.

2.3.2.Actuaciones de la defensa

_____

_____

2.4. Refutar teoría del caso del fiscal

2.4.1. La prueba acredita las siguientes contradicciones.

Puede utilizarse la siguiente formula:

Dice _____ pero se acreditó _____

Dice_____ pero se acreditó _____

2.4.2. La prueba acredita otra teoría del caso.

El defensor presenta otra teoría fáctica, jurídica y probatoria del proceso.

Teoría fáctica

1. Marina falleció el...
2. Que Manuel y Marina tenían una relación sentimental desde hace...años
3. Que el día y a la hora del fallecimiento de Marina, Manuel se encontraba en...
4. Que Marina desde hacía... años padecía de ataques epilépticos, motivo por el cual se le prescribió el medicamento..., si el tratamiento no se sigue, sobreviene un efecto secundario.

Teoría probatoria

1. Declaración del Dr. Y... sobre las causas de muerte.
2. Declaración del Dr. Z... sobre el tratamiento por epilepsia y posibles efectos, así como desde cuando padecía de esta enfermedad.
3. Declaración del testigo Z... a quien le consta que Manuel y Marina eran pareja, que se llevaban muy bien, que él siempre se preocupaba por Marina, que más bien Marina era una persona violenta, etc.
4. Declaración del policía A... quien declarara sobre el estado de la casa de la señora Marina, del único lugar que aparecía violentado...

Teoría jurídica

La Fiscalía General de la Nación atribuía un homicidio agravado de conformidad con el artículo... del Código Penal. Si bien existe una muerte no se acreditó la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable por la cual sea responsable don Manuel.

1. Sobre los medios probatorios

Cada uno de los puntos por incluir dependerá del caso concreto, a manera de ejemplo, para el caso hipotético planteado en este material se sugieren los siguientes:

Lista de actividades de acuerdo a *Objetivos específicos*	Seguimiento
1. Sobre la muerte	
1. Entrevistarse con otro médico para analizar el documento (dictamen médico), si conviene testimonio ofrecer en el intercambio al Dr. (otro diferente al que practico la autopsia) para que se refiera a los elementos que determinan la causa de muerte según pericia, si las señales indicativas de la asfixia por sofocación son compatibles con otras circunstancias. En este punto considerar cualquier padecimiento o ingesta de medicamentos de la paciente.	1. El 27 de octubre cita con Dr. Peña, afirma que las causas de la muerte no son tan claras, indica necesidad de indagar sobre un impacto fuerte que tiene la occisa en la parte trasera de su cabeza.
Sobre el médico que realizó la autopsia Conseguir constancia del médico que practicó la autopsia, no tiene la especialidad.	
Sobre el estado de salud de la víctima	
Sobre un posible móvil para el crimen No existía ningún motivo económico o afectivo por el cual el señor Manuel tuviera que matar a la occisa.	
Que el imputado estaba en otro lugar 1. Sobre la noche en que ocurrieron los hechos (posibilidad de acreditar ubicación del imputado en su domicilio –llamadas telefónicas, guardas de seguridad en donde reside, visita a establecimiento comerciales, uso de la tarjeta de crédito en determinado lugar, testigos, etcétera-).	
Sobre el escenario del crimen Analizar escenario del crimen en busca de evidencias, por ejemplo, del ingreso a la casa de otras personas (en la inspección el único ingreso violentado es el de la puerta principal). Analizar y hacerse asesorar por un médico forense.	

2. Sobre el debido proceso

Lista de actividades de acuerdo a *Objetivos específicos*	Seguimiento

3. Sobre teoría del caso del fiscal

Lista de actividades de acuerdo a *Objetivos específicos*	Seguimiento

4. Sobre teoría del caso de la defensa

Lista de actividades de acuerdo a *Objetivos específicos*	Seguimiento

5. Sobre medidas cautelares o de aseguramiento

Lista de actividades de acuerdo a *Objetivos específicos*	Seguimiento

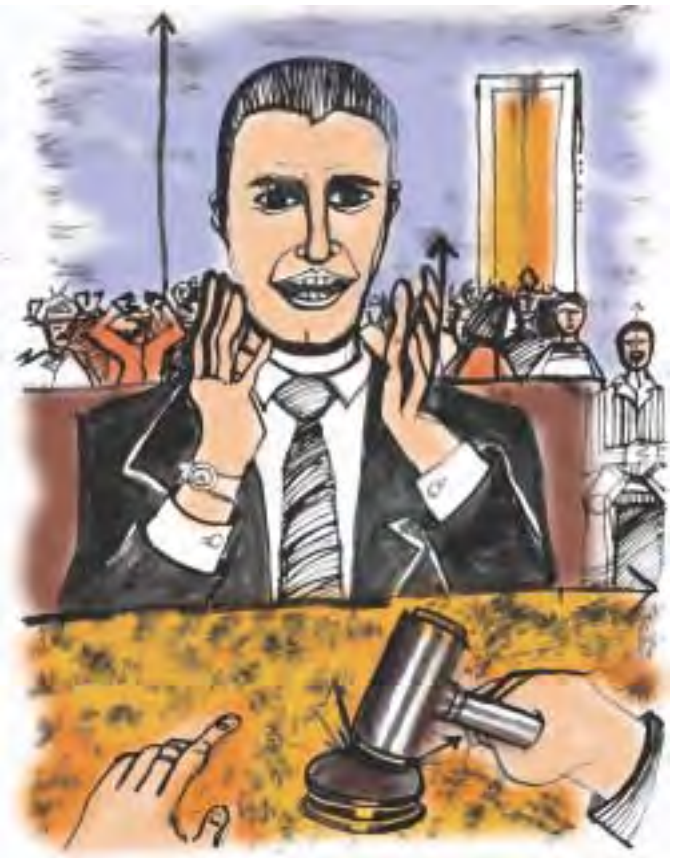
III.- PARTE.

Proyecto de ofrecimiento de prueba. Se irán incluyendo todos los elementos de convicción que sean de utilidad, a medida que avance el proceso y la investigación.

1. Testimonial
2. Pericial
3. Documental
4. Material
5. Anticipo de prueba personal

Quinta Unidad

El defensor en el debate



Sumario

1. Objetivos. 2. Hacia un nuevo paradigma.
3. Preparación del defensor previa al debate. 4. El debate oral.

1. Objetivos

1.1. Objetivo general

Bajo el sistema acusatorio y los principios de inmediatez, contradicción, concentración y oralidad, dar recomendaciones sobre las atribuciones básicas del defensor en el debate.

1.2. Objetivos específicos

1.1.1. Destacar diferencias importantes entre los modelos de proceso penal, según acojan más o menos los principios del sistema acusatorio.

1.1.2. Describir los actos de preparación del defensor al debate, para garantizar una actuación exitosa.

1.1.3. Describir los rasgos generales de la función del defensor durante el desarrollo del debate, bajo los principios de un sistema acusatorio.

2. Hacia un nuevo paradigma

Un resumen de las fases del juicio irá ayudando a establecer las diferencias en el desempeño del defensor bajo el nuevo modelo.

2.2. La etapa de juicio en el Código de Procedimiento Penal

2.2.1. Fases del proceso ordinario

El proceso ordinario incluye las siguientes audiencias:

2.2.1.1. Audiencia preliminar

En la audiencia preliminar serán decididas las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria del juicio o en la del juicio oral.

El artículo 154 del Código enumera las actuaciones que se tramitarán dentro de la audiencia preliminar entre ellas:

1. Poner a disposición del juez de control de garantías los elementos probatorios recogidos de registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis horas siguientes.
2. La práctica de pruebas anticipadas.
3. Medidas de protección de víctimas y testigos.
4. Medidas de aseguramiento.
5. Medidas cautelares reales.
6. La formulación de la imputación.
7. El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.
8. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores.

La audiencia preliminar –según disponen el artículo 155 del Código se cumple con la presencia del imputado o de su defensor, previsión que motiva un análisis más profundo en torno a sus implicaciones sobre el derecho de defensa. No se trata de que una sustituya a la otra pues precisamente la defensa técnica es un apoyo a la defensa material , es la asesoría profesional que le permite acceder al individuo a un mundo de formalismos y léxico jurídico, con la agravante como sucede en esta audiencia de formulación de imputación en que simultáneamente el fiscal puede solicitar medidas de aseguramiento que afectan la libertad de ese individuo, quien por regla general no tendrá los argumentos legales para combatirla, o al menos para presentar alegatos idóneos al juez.

El imputado solo, poco o nada podrá hacer enfrentado a un juez y a un fiscal que se expresan en términos legales generalmente extraños al ciudadano común; el abogado defensor solo, se verá imposibilitado de alegar a favor de su patrocinado o negociar –por ejemplo- un criterio de oportunidad, si no ha dialogado con su representado. Pareciera que tanto la presencia del imputado como de su defensor resultan imprescindibles en esta diligencia. Obviamente con excepción de los casos en que se declara persona ausente o se está en contumacia. (Arts. 127 y 291)

2.2.1.2. Audiencia de formulación de acusación

En ella se promueven causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades, así mismo la defensa podrá realizar observaciones respecto del formato de la acusación, por no cumplir con los requisitos del artículo 337 del Código, luego de lo cual el juez dará la palabra al fiscal para que corrija o adicione su requisitoria, si lo considera conveniente. Luego el fiscal formulará la acusación. Tanto la defensa como la Fiscalía podrán solicitar al juez, que tanto uno como otro, procedan al descubrimiento de elementos materiales probatorios, obviamente salvo las restricciones previstas en el artículo 345 relacionadas con el secreto profesional, apuntes de preparación del caso, o de información relativa a hechos que por mandato legal no puedan ser objeto de prueba.

Valgan las observaciones antes efectuadas sobre la necesidad de la presencia tanto del defensor como de su representado especialmente cuando éste se encuentre privado de su libertad. Se le recomienda al abogado defensor que ante la ausencia del acusado, verifique que fue debidamente citado y con ese conocimiento decidió no asistir, solo así no se lesionaría el derecho de defensa; de lo contrario, el defensor debería solicitar suspensión de la diligencia.

2.2.1.3. Audiencia Preparatoria al juicio

Una vez finalizada la audiencia de formulación de la acusación, el juez fijará la fecha, hora y sala para celebrar la audiencia preparatoria, en un término no inferior a quince días ni superior a treinta. El artículo 356 del Código indica que en ella las partes se manifestarán en torno al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, detallarán las pruebas que utilizarán en el juicio oral y público, acordarán si se harán estipulaciones probatorias (acuerdos para aceptar como probados determinados hechos), y, finalmente, también se le hará la prevención al imputado para que manifieste si acepta o no los cargos, aunque parecería más correcto que la prevención fuera en el sentido de si desea declarar o abstenerse de hacerlo, toda vez que cuenta con la garantía fundamental de guardar silencio .

Las partes podrán objetar la admisibilidad de la prueba ofrecida por la otra, pero en definitiva el juez decidirá de forma oral, rechazando las que resulten ilícitas, impertinentes, inútiles, repetitivas o se refieran a hechos notorios, (Arts. 359, 360). Contra dicha decisión procede el recurso de apelación en efecto suspensivo.

2.2.2. Audiencia de juicio oral

La intención de modificar la legislación procesal penal nace por la búsqueda de un modelo más acusatorio, un sistema que se distingue básicamente porque la jurisdicción penal reside en los tribunales, los cuales aparecen como un árbitro entre la partes; la investigación se encuentra en manos de un ente distinto al juez, en nuestro caso la Fiscalía General de la Nación; el acusado es concebido como un sujeto de derechos en igualdad de condiciones que el ente acusador, aunque se admitan medidas cautelares o de aseguramiento que representan una limitación de derechos, las mismas deberán tener carácter excepcional y ser decretadas por un Juez; el procedimiento ha de caracterizarse por la oralidad, la publicidad, la inmediación, el contradictorio y la continuidad; finalmente, la valoración de la prueba sigue los lineamientos de la sana crítica racional.

3. Preparación del defensor previa al debate

Al momento de recibir la notificación que convoca a juicio, el buen defensor habrá gestionado todas las diligencias pertinentes para cumplir el debido proceso (de acuerdo a una estrategia y siempre que favorezca a su patrocinado), habrá procurado la negociación de cualquier manifestación del principio de oportunidad que convenga al acusado, y ahora en las puertas del debate deberá interiorizar que de su actuación como defensor depende en mucho el destino de una persona que confía en su consejo, en su desempeño y conocimientos como abogado; sin desconocer por supuesto, que la sentencia de culpable o no, está en manos de un juez, quien en definitiva resolverá sobre la existencia de una conducta, eventualmente considerada delito, y en algunos casos, ejecutada por el acusado.

Antes del debate el defensor ha tenido que planificar sus actividades (sabe sus pretensiones en el juicio oral y prepara sus herramientas mediante un ofrecimiento de prueba completo, planificación de la evacuación de prueba, presentación de diligencias incidentales, etcétera), luego durante el debate probará mediante un adecuado manejo de los medios cognoscitivos, -interrogatorios y

contrainterrogatorios eficaces, entre otros- su estrategia de defensa, finalmente, en los alegatos conclusivos, argumenta y termina de convencer al Juez respecto de su estrategia de defensa.

En realidad las labores de planificación son constantes: cuando se está en juicio, usted como Defensor planificará como conducir el interrogatorio de cada testigo para lograr acreditar determinada proposición fáctica, sin descuidar la legalidad y credibilidad del medio probatorio, después, durante los alegatos finales, planificará el orden de sus argumentos para que el relato sea ordenado, claro, lógico y desde luego, muy persuasivo.

Algunas recomendaciones prácticas para esta fase de preparación previa al debate:

3.1. Actuación completa y actualizada

Notificada la fecha de celebración del debate se le recomienda al defensor verificar que el registro de las actuaciones esté completo y actualizado, luego elaborará (si no lo ha hecho) un índice con todas las actuaciones que constan, con su respectivo número de folio. Esta labor le permitirá tener una panorámica del caso muy útil en la práctica, tanto en la preparación al juicio como en su desarrollo. Un extracto o resumen de la actuación nunca tendrá la misma utilidad que una copia, al menos en sus piezas medulares: planos, fotografías, informes periciales e incluso, entrevistas a testigos, sin afán de retomar la idea de voluminosos expedientes característicos del sistema inquisitivo, siempre serán indispensables.

3.2. Guía de trabajo previa al debate

Permite organizar las labores del defensor y reafirma su conocimiento del caso y su estrategia. La guía deberá contener:

3.2.1. Indicación de la fecha del debate y juzgado

El defensor llevará una agenda con sus audiencias, fijada la fecha para el debate iniciará la revisión de la actuación, así como la programación de las entrevistas y otros preparativos necesarios para afrontar el debate.

3.2.2. Indicación de los acusados y su situación

Cuando se trata solo de un delito y un imputado no existe mayor confusión, pero cuando sean varios delitos o varios imputados el punto de partida es señalar las partes (con indicación de la autoría o participación correspondiente) y los delitos atribuidos (si fueron consumados, quedaron en tentativa y si hay concursos); finalmente la situación jurídica del procesado (si está libre o privado de libertad).

Nombre del imputado	Delito atribuido (Consumado, en grado de tentativa, etc.)	Autoría o participación	Situación jurídica

3.2.3. Revisión de medidas de aseguramiento

Si bien el proceso está diseñado idealmente para finalizar en plazo corto, en ocasiones debido a los altos circulantes de trabajo o las características del proceso en particular, las medidas cautelares podrían significar una limitación más allá de lo razonable, motivo por el cual el defensor deberá estar atento, en especial si se trata de la prisión preventiva, revisar las argumentaciones dadas por el juez al momento de decretarla y valorar si existe un cambio, para gestionar una sustitución a una medida más favorable. O invocar una cualquiera de las causales de libertad previstas en el art. 317 (cumplimiento de pena eventual, preclusión, absolución, como consecuencia del principio de oportunidad o preacuerdos o vencimiento de términos).

3.2.4. Conozca los medios de convicción del proceso

Es conveniente aclarar que dentro del nuevo proceso penal solo adquiere la condición de "prueba" aquella practicada ante el juez, antes de dicha etapa solo se tienen elementos materiales probatorios salvo los casos de prueba anticipada regulados en el Código en los artículos 274 y 284 . Esta es una diferencia de la mayor relevancia en la nueva propuesta de legislación procesal, honrando los principios de inmediatez y contradicción del juicio penal acusatorio.

La prueba dentro del proceso penal es un mecanismo que aporta un dato presumiblemente objetivo, de utilidad para descubrir la verdad de un hecho investigado, pero además, constituye una garantía contra la arbitrariedad en las decisiones judiciales, pues en ellas se fijan las circunstancias acreditadas, base de una sentencia judicial. La prueba puede ser cualquier objeto o dato, del que se pueda derivar un conocimiento.

Mediante la prueba se persigue la reconstrucción histórica del acontecimiento, que determinará si existió o no el hecho denunciado, si el acontecimiento en realidad constituye un ilícito, si quienes figuran como acusados son sus partícipes y/o autores, u otras situaciones de interés (causas de justificación, no exigibilidad de otra conducta o bien, y entre otras posibilidades, la inimputabilidad del sujeto activo)[19], es decir, fija un supuesto fáctico al cual se aplica la solución jurídica prevista por el ordenamiento.

La prueba dentro del proceso penal debe reunir ciertos atributos: validez, utilidad y pertinencia: I) válida, su obtención deberá seguir las normas legales establecidas; igualmente, en su incorporación al procedimiento, se deberán observar las normas procesales dispuestas al efecto. "No debe perderse de vista que la prueba es la piedra angular de todo sistema de justicia, pues a través de ella, se logra encontrar la verdad objetiva, de tal forma que no debe malograrse su aporte por inaplicación de principios constitucionales"[20]. Pero además, la prueba deberá ser: II) útil, podría fundamentar un juicio de probabilidad (necesario para iniciar la investigación); pero que en el juicio debe ser capaz de producir certeza sobre la existencia o no del hecho u otras situaciones importantes de la acusación (móviles, partícipes o autores), o de la defensa (otra teoría fáctica distinta a la contenida en la acusación). Finalmente, la prueba deberá ser: III) pertinente, es decir, la prueba deberá versar sobre "los extremos objetivo (existencia del hecho) y

[19] Sobre el particular ver SÁNCHEZ ROMERO, (Cecilia) y HOUED VEGA, (Mario), Elementos de prueba y su valoración, p. 57.
[20] SÁNCHEZ ROMERO, (Cecilia) y HOUED VEGA, (Mario), Elementos de prueba y su valoración, p. 57.
[21] CAFFERATA NORES, (José L.), La prueba en el proceso penal, pp. 19 – 20.

subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso (v. gr. agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad; personalidad del imputado; existencia o extensión del daño causado con el delito)" [21], o respecto a la prueba de cargo: falta de credibilidad de testigos, alteración de prueba documental o material por deficiencias en la cadena de custodia, etc.

Se detallan a continuación labores que el defensor ya puede haber adelantado al analizar la estrategia de defensa a seguir, veamos:

3.2.5. Elabore un listado general de los medios de convicción

Es conveniente que el defensor prepare un listado general de los elementos de convicción ofrecidos por el fiscal, la defensa o cualquier otro participante del proceso (como otros defensores o el Ministerio Público).

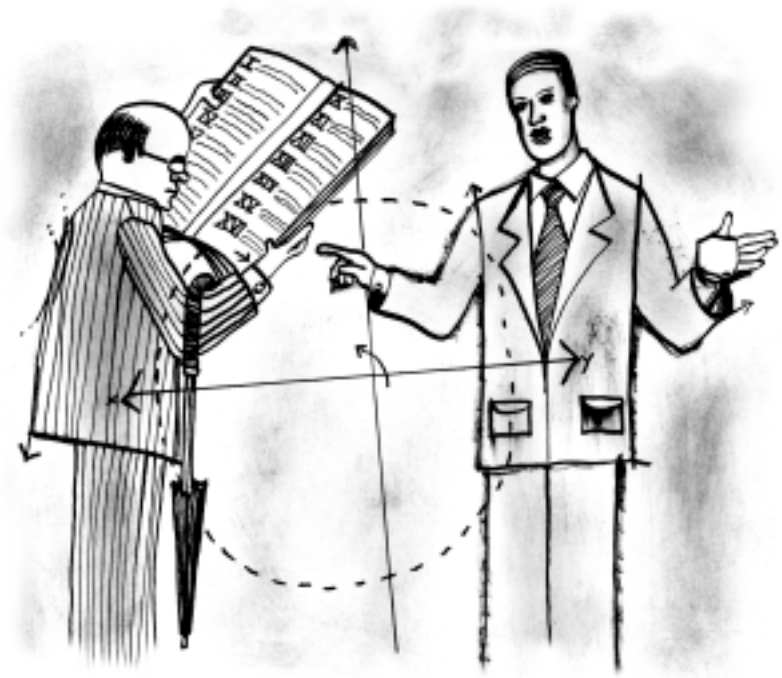
Esos listados deben compararse con los medios probatorios finalmente admitidos por el juez en la audiencia preparatoria del juicio. Esto evitará que se sorprenda al defensor al momento de juicio, recibiéndose un testimonio no fue ofrecido por el fiscal, o aunque fue ofrecido oportunamente, no fue admitido de forma expresa durante la audiencia preparatoria del juicio.

3.2.6. Analice los medios de convicción admitidos

De los medios de conocimiento admitidos se hará una clasificación (aunque sea informal) entre:

a. Utiles, pertinentes y válidos

El requisito de validez determinará el éxito final de un medio de convicción pertinente y útil, ese es el medio probatorio que debe asegurar el defensor se haga llegar al juicio, siempre y cuando corresponda a los intereses de la defensa.



Pero además, no olvide:

- Ubicar las pruebas (los objetos de prueba) que podrían acreditar un mismo hecho y agruparlas.

[21] CAFFERATA NORES, (José L.), La prueba en el proceso penal, pp. 19 – 20.

- Destacar cualquier posible contradicción entre pruebas (objetos y elementos en sí), para extraer los factores que pueden dar credibilidad a unas sobre otras, de acuerdo a la estrategia de defensa. Si la contradicción fuera entre pruebas de descargo, se investigará y analizará la situación para verificar si en realidad se dan versiones encontradas y estar preparados para afrontar cualquier cuestionamiento por parte del fiscal.

b. Útiles, pertinentes e inválidos

La ilicitud de los medios probatorios no siempre se conoce o detecta al momento de producirse, desde luego, no es tarea de la defensa apuntar la ilicitud, si la misma favorece al acusado; en cambio deberá estar alerta cuando perjudiquen los intereses del procesado.

c. Inútiles o impertinentes

Puede tratarse de medios de convicción superfluos, que aunque ofrecidos y admitidos para el debate, su evacuación resulta incluso hasta tediosa en juicio.

La clasificación de los medios de convicción sigue siendo un paso importante en la preparación del defensor, un abogado que los conoce se maneja con seguridad y soltura en el debate; en ocasiones por ejemplo, no llega toda la prueba testimonial a juicio, un defensor que conoce el contenido de los medios de convicción puede negociar con la Fiscalía sobre el desistimiento de determinados testigos para concluir de una vez el debate, son decisiones por lo general que se toman en el momento, que requieren una respuesta rápida y de la cual podría tomar ventaja un defensor bien preparado, realizando un ofrecimiento llamativo (renuncia a cuatro testigos, tres de ellos realmente no le aportarán mayores datos al caso, pero en cambio uno de ellos resulta riesgoso -puede acreditar un dato clave dentro del proceso- que a lo mejor el fiscal no ha precisado).

3.2.7. Analice estrategias, asegúrese de que la defensa cuenta con todos los elementos de convicción necesarios

En este momento la estrategia seleccionada por el abogado defensor es sometida a estudio, en ese sentido se recomienda visualizar los posibles alegatos finales para determinar cualquier requerimiento de la defensa, ya sea, con una participación activa (ejemplo la estrategia es obtener una recalificación de los hechos a un tipo más favorable para el acusado, el abogado analizará cuales elementos del tipo necesita acreditar con la prueba durante el debate).

Se hace un análisis comparativo entre todos los medios de convicción útiles originados tanto del estudio del las actuaciones ya surtidas, como del caso, así como con los ofrecidos por las partes, para determinar si los de relevancia para la defensa fueron ofrecidos, caso contrario téngalo presente para un eventual ofrecimiento de prueba para mejor resolver, ya durante el debate.

Pero igualmente analice la estrategia propuesta por el fiscal a partir de la acusación y el ofrecimiento de prueba efectuado en la audiencia preparatoria a juicio, analice sus debilidades en el tema probatorio (insuficiencia, no credibilidad o ilicitud), será un valioso material al presentar sus alegatos finales.

3.2.8. Investigue fuentes bibliográficas y jurisprudencia

Tener como ocupación profesional el ejercicio de la abogacía, en especial, atendiendo asuntos de naturaleza penal, significa entrar en contacto con diversas áreas. Cada caso penal representa un relato distinto, parte de

esa labor creativa del defensor es distinguir esos aspectos peculiares que conducen al manejo personalizado de cada proceso.

Por más sencillo que parezca un caso, siempre existirán detalles posibles de explorar, en ese sentido la búsqueda de fuentes bibliográficas y si hay disponible jurisprudencia, constituyen un marco de referencia de suma importancia que ayuda a visualizar detalles antes inadvertidos, ya sean relativos a extremos puramente jurídicos, como la tipicidad de la conducta o cualquiera de los otros elementos del delito, concursos, comunicabilidad de las circunstancias, etc. El tipo de pericias evacuadas (si son las idóneas, si el equipo o el personal es el calificado, si se dieron violaciones al protocolo de ejecución, etc.), entre otros. Esta labor de investigación será de mucha utilidad al momento de estructurar sus alegatos finales.

3.2.9. Previsión de recursos y diligencias de aseguramiento de prueba para debate

Un abogado que planifica sus labores conoce los materiales que requiere para cumplir su función, desde los códigos, leyes especiales, registro completo de la actuación, sus notas del proceso o guías de trabajo, hasta la evidencia material, la pizarra o marcador necesarios para facilitar la declaración al acusado, de un testigo o perito, la jurisprudencia o citas doctrinales útiles en sus alegatos finales. Deberá examinar antes del debate todos los recursos necesarios para desarrollar su gestión en la audiencia de juicio oral.

Se asegurará que toda la prueba admitida útil, pertinente y válida de la defensa se tendrá en debate: si se trata de testigos, que se les envié la citación para juicio; si uno de nuestros testigos se encuentra en peligro de muerte por una enfermedad, solicitar el anticipo de prueba personal, etcétera.

3.3. Planifique entrevistas necesarias

Deberá valorar con que testigos o peritos es necesario reunirse previo al debate, de igual forma con el acusado, quien si está privado de libertad es indispensable la visita en el centro de reclusión.

3.3.1. Entrevista con el acusado

Las entrevistas con el acusado durante el proceso deberían ser constantes, si fue imposible debido a la falta de interés, recursos económicos u otra circunstancia, deberá darse un especial esfuerzo para planificar un encuentro previo al debate. Si el acusado se encuentra privado de libertad, ya sea por el proceso que va a juicio o por cualquier otro, el defensor deberá programar una visita carcelaria.

En otra de las unidades temáticas se efectuaron varias recomendaciones específicas para atender las entrevistas con el acusado (las cuales se reiteran en esta oportunidad), pero al existir un señalamiento para debate será indispensable acordar varios aspectos más, como mínimo los siguientes. Por supuesto, para atender este encuentro el defensor tendrá el registro de la actuación actualizada, con su índice, señalizados los folios de interés, así como las notas de su estrategia inicial de defensa, a fin de anotar eventuales cambios suscitados con ocasión de la entrevista.

Le informará sobre:

a. Estrategia de defensa

Se supone que ya en entrevistas anteriores el defensor ha tenido oportunidad de informar sobre el delito atribuido, los medios de convicción existentes y las posibles consecuencias jurídicas del proceso. No obstante, si no ha tenido lugar este diálogo a causa de un cambio de defensa u otra circunstancia, en este momento previo al juicio informará en detalle respecto del hecho imputado, elementos probatorios y cualquier otra situación que estime necesaria.

Si el acusado tiene claridad sobre los extremos anteriores, el defensor explicará en palabras comprensibles, cuál será su estrategia de defensa (si hay defectos procesales, si va a atacar la acusación, etc.). El acusado tiene derecho a conocer qué piensa hacer el defensor en el juicio y por qué razón, no sería prudente que por ejemplo, esperando el procesado que su abogado solicite su absolución, luego escuche que pide una recalificación y solicita se le imponga el mínimo de sanción prevista en la ley.

b. Desarrollo del debate

a. Diversas fases

Le explicará al acusado cómo se desarrolla el debate: instalación, advertencias legales que se le harán al acusado, apertura o declaración inicial, orden de evacuación de prueba, alegatos conclusivos etc. (Art. 366 y siguientes)

b. Ubicación espacial y técnica

Le explicará el significado de algunas expresiones técnicas que escuchará durante el debate. Si el acusado no conoce una sala de juicio, sería conveniente que el defensor acompañe al acusado y le indique donde estarán sentados ellos, dónde lo hará el juez, la ubicación del fiscal, etc. Igualmente, en caso de rendir declaración donde estará sentado.

c. Comportamiento y comunicación con defensor

Deberá advertirle con claridad cuál debe ser su comportamiento en la sala, donde deberá ser respetuoso con todos, acatar las ordenes del juez que preside el juicio y quien tiene el poder de disciplina sobre los presentes a la audiencia; pero sobre todo,

que durante la audiencia él podrá comunicarse con el defensor, siempre y cuando no interrumpa la realización del juicio, en caso de surgir un aspecto urgente, pues como su abogado es fundamental que concentrado en todo lo que sucede en el debate.

c. Deber de comparecencia

No podrá omitirse señalar las consecuencias de su incomparecencia a juicio, recuérdele que una causal para solicitarse una medida de aseguramiento es justamente la probabilidad de no comparecer al proceso o de obstruir el debido ejercicio de la justicia (Art. 308 numeral 3). Entonces, si el acusado encontrándose en libertad no comparece justificadamente, habrá que advertirle la necesidad de comunicarse a la mayor brevedad y –de ser posible- aporte un comprobante de la situación (ejemplo, sufrió un problema de salud importante –constancia del centro hospitalario donde fue atendido- etc.), a fin de acreditar la existencia de una causal suficiente y no causar perjuicio al procesado.

d. Si va a declarar o abstenerse

En la Unidad Temática III se desarrolló este tema, pero para el momento del debate es preciso puntualizar:

a. No olvide nunca que el derecho de defensa material del acusado le permite ser oído no solo en el momento inicial del debate.

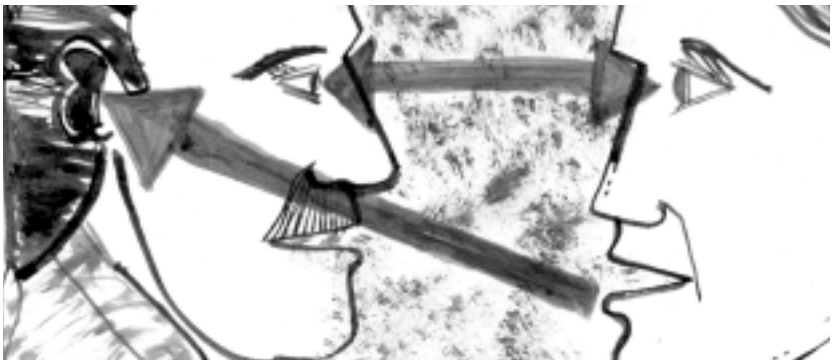
Cuando el juez al momento de la instalación del juicio oral le advierte que tiene derecho a guardar silencio es decir a declarar o abstenerse de hacerlo,(Art.367) solo le reitera una garantía fundamental del acusado, pudiendo en consecuencia hacer uso de ella en cualquier momento del debate oral. Significa lo anterior que puede el defendido manifestar al juez que es su deseo en ese momento acogerse a su derecho de abstención y posteriormente cuando se ha evacuado la prueba de cargo, optar según la estrategia de defensiva por declarar. Debe quedar claro entonces que esa inicial manifestación no conlleva que el derecho a declarar ha fenecido. Una razón adicional estriba en que técnica y jurídicamente en esa etapa del juicio, aún no existe prueba en su contra y en consecuencia no sabríamos de que se defiende.

Al diseñar la estrategia de defensa el abogado puede determinar que no es conveniente que el acusado declare al inicio el debate, sino luego, por diversas razones, verbigracia:

- Es conveniente primero escuchar al ofendido, ver que tanta credibilidad tiene su declaración.
- Mejor declarar después del perito, quien dará toda una explicación técnica que facilitará la declaración del acusado.
- O simplemente, el procesado es una persona tan nerviosa que es conveniente que declare, pero mejor cuando se familiarice un poco con la diligencia.

b. El acusado tiene derecho a declarar cuantas veces sea necesario durante el debate

La otra circunstancia que debe hacerse valer es la posibilidad de declarar por parte del acusado cuantas veces sean necesarias en ejercicio de su defensa material, siempre y cuando lo haga sobre aspectos diversos no es posible se le niegue su derecho a declarar, a ser oído, a defenderse.



Además recuerde:

1. Si se va a utilizar una prueba material durante su declaración, el defensor debe tener seguridad de que el acusado entiende lo que debe manifestar sobre el particular, no debe ser sorprendido con respuestas contraproducentes para la propia defensa.
2. Familiarice al acusado con las preguntas que con toda probabilidad se le harán, dando recomendaciones precisas no solo del contenido, sino de la forma de responder. En este punto tenga cuidado de que todo resulte lo más cómodo y espontáneo posible, no aconseje utilizar vocabulario muy técnico o confuso para el procesado, pues puede olvidar la expresión y entrar en crisis en mitad del interrogatorio.

d. Otros extremos

Acordarán cualquier otro detalle de interés para la defensa, por ejemplo:

1. Si el defensor ha considerado contraproducente que el ofendido o un testigo en particular observe al acusado antes de ingresar al debate o mientras se recibe su declaración, deberá ponerse de acuerdo con su patrocinado para tomar las previsiones necesarias.
2. Si el acusado va a colaborar llevando a algunos testigos al juicio.
3. Si es conveniente que vista de una forma determinada.
4. Enfatice al acusado que durante la audiencia no estará solo, que usted como defensor estará atento sobre cualquier situación irregular o nociva, para auxiliarlo en la medida de sus posibilidades.

3.3.2. Entrevista con testigos y peritos

En el caso de los testigos y peritos se reiteran las recomendaciones dadas antes para el caso de los acusados, igual debemos tomar tiempo suficiente para entrevistarnos, ubicarlos en la sala de juicio, prepararlos para las preguntas que se le podrán efectuar, su apariencia en juicio, etcétera.

El defensor deberá siempre tener presente el deber de lealtad, así como el secreto profesional hacia su patrocinado, de manera que al testigo o perito se le comunicará lo absolutamente necesario para asegurar el éxito de su intervención en juicio.

- Deberá recibirlo de forma cordial, realizando una breve introducción sobre la razón de la entrevista, que desea que se sienta cómodo, que no es intención del defensor presionarlo ni coaccionarlo para que diga falte a la verdad, dígale que pretende conocer lo que sabe de los hechos.

  Deberá tener presente si en el caso de ese testigo exis-

te alguna situación especial de prevención: en razón del parentesco, amistad íntima o cualquier privilegio legal. Si le asistiera el derecho de abstención se le explicará en qué consiste, cuáles preguntas se le harán, sobre que temas podría responder etc.

- Se supone que el defensor ya conoce la información que podría aportar ese testigo o perito en el debate, si lo ha hecho repasará los eventos medulares para la defensa, si no ha tenido oportunidad de dialogar y este es su primer encuentro, con la guía de trabajo en mano, primero escuchará lo que el testigo conoce de los hechos, luego le irá preguntando sobre los temas que usted ya ha definido interesan a la defensa, para valorar su utilidad para el juicio; igualmente le formulará los cuestionamientos que con probabilidad formulará el fiscal, para valorar sus respuestas y hacer las recomendaciones necesarias (por supuesto sin inducirlo a mentir).

Con sumo cuidado el abogado valorará la idoneidad de cada testigo o perito:

- Conoce muy bien los hechos y se expresa con fluidez.
- No tiene mucha claridad sobre lo ocurrido pero goza de mucha credibilidad, tiene un discurso carismático y fluido.
- Conoce los hechos, pero es una persona muy nerviosa y tiene un relato confuso.
- Conoce los hechos, pero relata más de la cuenta.

Esta valoración preliminar al juicio oral, a los testigos y peritos tiene varios propósitos:

a) Advertir cualquier situación desfavorable del testigo o perito (buscando con él las respuestas que puedan rehabilitar sus puntos débiles).
b) Ofrece seguridad y fortalece la relación con el abogado, quien aprovechará este encuentro para darle recomendaciones (use sus propias palabras, vea al juez cuando conteste, no responda inmediatamente ante una objeción, vista de manera apropiada para presentarse en la sala, escuche con atención la pregunta, no discuta con el juez ni las otras partes, pida que se formule de nuevo la pregunta si no la entendió, si no sabe la respuesta diga con tranquilidad que no sabe, limítese a contestar lo preguntado, que sea pausado al contestar etc.) y establecer rutinas de comunicación (expresiones que denotan la necesidad de que amplíe su relato, o que deban ser explicadas para mayor comprensión, su lenguaje o comunicación no verbal, posibles demostraciones de situaciones fácticas relevantes, uso de gráficas etc.).
c) Aporta una información fundamental para el interrogatorio: a quién puedo preguntar en detalle, a quién solo usaré para reforzar otra declaración, qué temas domina más un testigo y qué otros, que situación le altera o molesta, etcétera.
d) Incluso con esa información el defensor podría decidir la mejor estrategia para la presentación o el orden ha seguir durante la práctica de las pruebas que se ofrece. El Código claramente posibilita que las partes establezcan el orden en que los testigos serán examinados. (Art. 390)

Así por ejemplo, el Defensor tiene varios testigos y no desea descartar ninguno, pero en el trabajo de entrevistas previas a juicio detectó que uno de ellos tiene dificultad para expresarse (es muy nervioso) otro, en cambio, es ecuánime y tiene un manejo completo de la situación; como defensor podría solicitar se evacue primero el testimonio de quien goza de excelen-

tes atributos como testigo, y a quien posiblemente se someterá a un interrogatorio más exhaustivo con la enorme ventaja de proyectar credibilidad; luego, podrá deponer ese testigo nervioso cuya misión sea solo la de reforzar o completar otros aspectos del acontecimiento.

- Si se tienen dudas respecto a la veracidad del dicho del testigo o perito, es importante informarle de las consecuencias legales de una declaración falsa.

- No olvide que además de los hechos resulta fundamental indagar sobre extremos que pueden afectar la credibilidad del testigo o perito y prepararlo para preguntas rutinarias, unas relativas a los hechos otras a su situación como deponente. Una clásica: *¿alguien le indicó lo que tenía que declarar en esta audiencia?*, o *¿siendo usted pariente de XX –el acusado- tiene algún interés en particular sobre el resultado de este debate?*

  Se debe preparar al testigo o perito para dar una respuesta correcta, en la segunda situación antes indicada, podría haber contestado:"*claro, es mi hermano, yo quiero que salga libre*", lo que no significa que la persona va a mentir, pero desde luego ya indicó su intención en el proceso; muy diferente sería si la persona responde: "*mi único interés es decir la verdad de lo que ocurrió*". El efecto sobre quienes reciben este testimonio es totalmente diferente.

  Otro ejemplo, el perito va a dar su declaración sobre tratamientos radiactivos para atacar el cáncer, es posible prever que el fiscal le va a preguntar qué estudios tiene en radiología, se sabe que la respuesta es que ninguno porque su conocimiento se ha dado básicamente por experiencia; el defensor debe destacar circunstancias que lo califiquen como perito, interrogando sobre: si ¿existe la especialidad de radiología en el país?, ¿qué otros profesionales de la medicina practican la radiología en el país?, ¿ha tenido denuncias o quejas en su labor profesional?, ¿el servicio que usted da es monitoreado por alguna persona o equipo médico?, etcétera, de manera que el no tener la especialidad no afecta en nada la credibilidad porque solo hay dos personas en el país con el conocimiento para manejar el instrumental y existe un control de calidad constante sobre los tratamientos.

A continuación una propuesta para esta entrevista, con datos que no debe omitir señalar al testigo o perito y espacio para planificar con calma nuestro interrogatorio en debate, dejando definidos los temas útiles para esa audiencia, además de otros datos, como los relativos a su credibilidad.

Información básica al testigo o perito
1. Explicación superficial respecto a proceso y hechos acusados.
2. Explicación del desarrollo y atribuciones de las partes durante el debate. Sus derechos y obligaciones.
3. Explicación de la ubicación espacial dentro de la sala de debate de las diferentes partes.
4. Explicación respecto a prevenciones.
5. Respecto de su declaración: • Actitud mientras declara.

NOMBRE _____

Relación con el acusado _____

Relación con víctima _____

Acreditación _____

Tema (s) de interrogatorio:

_____

_____

_____

_____

Uso de prueba documental o material durante su deposición

_____

_____

Observaciones

_____

_____

En una situación ideal, el defensor con un proyecto de interrogatorio durante esta entrevista le formularía al testigo o perito las preguntas que hará en debate, pero muchas veces esto no es posible, asegúrese al menos de que conoce lo que al testigo le consta y va a contestar.

3.4. Analice de forma global su estrategia de defensa

Si realmente se ha trabajado la estrategia de defensa, con seguridad el defensor podrá proyectar varios de sus alegatos, así sucede cuando hay defectos en la acusación, cuando interesa discutir aspectos técnicos como la existencia o no de un error de prohibición, la autoría o cualquier otro. Este análisis global equivale a un borrador de lo que serán los alegatos finales, que se alimentará sobre todo, de la evacuación de la prueba durante el debate.

Mientras se desarrolla el debate se irán reacomodando ideas, agregando observaciones o eliminando otras, en un sistema donde por lo general se le da la palabra para formular los alegatos finales de forma inmediata luego de concluida el periodo probatorio, siempre será importante contar con un esquema básico donde con indicación de los preceptos legales correspondientes, citas de doctrina y jurisprudencia, el abogado puede concluir con un alegato claro, convincente, ordenado y bien fundamentado.

3.5. Elabore guía para el debate

En un debate oral no es posible prever con exactitud lo que ocurrirá, no obstante es indispensable contar con un instrumento de trabajo durante el desarrollo de esta audiencia oral y pública. Esta guía definitivamente es básica, pues abstrae al abogado de todo el ambiente generado en la sala de juicio, donde a causa del nerviosismo, la ansiedad, el disgusto o cualquier otra emoción, podrían pasarse por alto aspectos medulares de la defensa.

La guía debe contener:

a. Hechos acreditados

Los hechos acreditados irán surgiendo del debate, no obstante, algunos se podrán adelantar. El defensor confeccionará la lista (según su estrategia de defensa) con indicación de la prueba que acredita dicha situación. Los hechos acreditados se irán enumerando y se aconseja que sean en orden cronológico. En el caso hipotético: Que el día... Marina Durán fue encontrada sin vida en su casa de habitación, ubicada en ....LO ACREDITA: informe policial, autopsia, los testigos...

b. Hechos no acreditados

Recuerde se puede no acreditar un hecho por falta de prueba, por ilicitud de la prueba o por falta de credibilidad. En esta sección irá enumerando cada uno de esos eventos que fueron utilizados por el fiscal para sostener la acusación, pero que finalmente no cuentan con respaldo probatorio.

c. La Prueba testimonial o pericial

Da verdadera pena encontrar abogados que al enfrentar un interrogatorio o contrainterrogatorio no saben quien es el testigo que tienen frente, desconocen lo que le consta, efectúan largos silencios tratando de estructurar sus preguntas, reiteran cuestionamientos, abogados que a la primera llamada de atención del Juez, desisten de su intervención y que incluso, en casos que podríamos calificar como caóticos, caen en el absurdo de formular preguntas que incriminan a su representado, para la indignación o casi siempre mofa, de quienes lo acompañan en la audiencia.

Si bien lo que sucede en la audiencia del juicio puede resultar sorpresivo, el conocimiento, estudio e investigación realizada por el abogado durante la tramitación del proceso, aporta suficiente información para planificar las líneas básicas de un interrogatorio.

El defensor deberá ir considerando uno a uno los testigos propuestos y:

- Definir de acuerdo a su estrategia de defensa lo que podría aportar cada testigo a su teoría del caso o al debate, es decir, determine objetivos. Recuerde, solo se puede utilizar como prueba aquello que el testigo o perito ha declarado durante el debate (salvo los casos de prueba anticipada o de las estipulaciones); y que debido los principios de inmediatez y contradicción de esta fase, interesa además, la forma en que se declare u otros aspectos conexos relativos a su credibilidad o suficiencia probatoria. En otras palabras, el trabajo con un testigo X se puede dirigir al interrogatorio o contrainterrogatorio sobre sus conocimientos en los hechos A, B y C. En otros, quizá solo interese indagar sobre los vínculos con la víctima

(dependencia laboral, parentesco, etcétera) para atacar su credibilidad.

- Claros los objetivos de la defensa con cada testigo o perito, se planteará de qué forma alcanzar esos propósitos, distinguiendo entre quienes fueron ofrecidos por la defensa y quienes por la contraparte:

I. Testigos o peritos de descargo

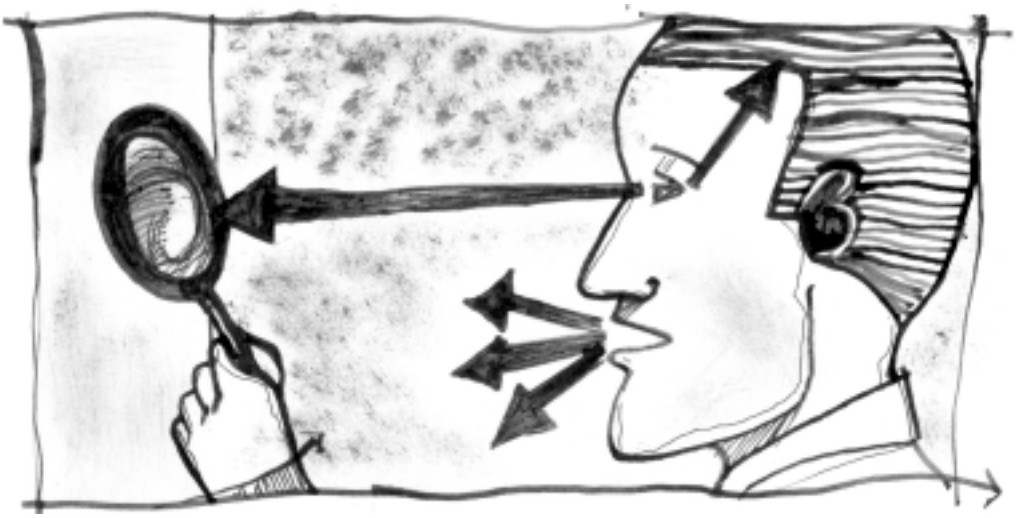
El interrogatorio está en manos de la defensa, fue quien lo ofreció y quien deberá explotar al máximo la información en beneficio para su patrocinado:

1. Desglose los temas objeto de interrogatorio y ordénelos.
2. Elabore un listado de preguntas guías, por tema, siguiendo una secuencia lógica en su formulación, aclarando cualquier término técnico, puntualizando en lugares, fechas, personas, de acuerdo a los intereses de la defensa. Si se utilizan términos especializados asegúrese de conocer su significado.
3. Si se van a utilizar evidencias materiales o documentales, asegúrese de que sea incorporada legalmente y si es posible, cerciorese que el testigo o perito conoce como utilizar esa evidencia o documento en su intervención.

II. Testigos o peritos de la contraparte

En este caso corresponderá al defensor el contrainterrogatorio, básicamente mediante preguntas cerradas, aunque también es viable realizar algunas de tipo abierto. De la totalidad de aspectos que pueden interesar a la defensa, es posible que el fiscal abordara en su interrogatorio varias de las preguntas proyectadas, no las reitere, salvo que sea indispensable aclarar alguna situación.

Con seguridad cualquier proyecto o guía de interrogatorio (o contrainterrogatorio) en debate variará, ya sea por las propias manifestaciones del testigo (que al contestar una pregunta, abarca otra) o de otras partes del proceso, que en sus intervenciones cuestionan sobre aspectos de interés para todas las partes del proceso; o simplemente porque escuchando el testigo en la audiencia surgen otros cuestionamientos no incluidos en la guía; o porque después de escucharlo se decidió no profundizar en el interrogatorio porque podría resultar contraproducente.



Esta guía ofrece varias ventajas:

- Nos permite llevar un interrogatorio o contrainterrogatorio ordenado, en atención a la teoría del caso y estrategia de defensa.
- Asegura que los temas medulares de la estrategia de defensa sean abarcados.
- Denota un trabajo profesional y responsable frente a su oponente, acusado, testigos y juez, pues evidencia dominio del caso; evitando intervenciones reiterativas e improvisadas, con respuestas que en algunos casos constituyen material en perjuicio del acusado.

d. Los alegatos de la contraparte

Cuando el fiscal concluye el defensor prestará atención a sus argumentaciones y anotará en este espacio de alegatos de la contraparte, cualquier circunstancia que no haya considerado al momento de analizar de forma global la estrategia de la defensa (borrador de alegatos finales), en caso de contar con argumentos para refutar sus afirmaciones.

4. El debate oral

Los sistemas procesales modernos optan por la oralidad como un instrumento que permite garantizar determinados principios básicos del juicio oral: la inmediación, la concentración, la contradicción y la publicidad.

El artículo 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 29 y 228 de la Constitución Política, y varias disposiciones del Código artículos: 8, 9, 10, 15, 16, 17, 18, 374, 375,377,378,379 entre otros, garantizan varios de los principios señalados. Se contempla incluso como un derecho del imputado, asi se consagra en el artículo 8 literal k, cuando refiere que tiene derecho a *"tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan*

arrojar luz sobre los hechos objeto del debate."

La oralidad es un medio de comunicación, es utilizar la palabra hablada, no escrita, como canal de comunicación entre las partes y el juez; es además, el medio de expresión de los diferentes órganos de prueba. "Obsérvese que, en el fondo, el mecanismo es simple: si se utiliza la palabra hablada, las personas deben estar presentes (inmediación) y, además, se comunican de un modo que es fácilmente controlable por otras personas (publicidad)." [22] De igual forma con los principios de contradicción y concentración. Las partes deben tener la oportunidad de controvertir las pruebas y sus respectivas posturas, su mayor dinamismo se da al lado de la oralidad, cuando toda la prueba y demás actuaciones de los sujetos ocurren de forma sucesiva en un solo acto, o en varios, con intervalos muy cortos; a fin de ser observados, escuchados y analizados sin mayores interrupciones para adquirir la verdad y redefinir el conflicto.[23]

Las líneas que siguen ofrecen recomendaciones puntuales respecto de su función como abogado defensor, en uso de la oralidad y los demás principios que inspiran el moderno juicio oral, con ese propósito se detallarán según el desarrollo del debate; de previo, se mencionan algunos aspectos sobre los cuales deberá tener dominio el defensor para una actuación adecuada.

4.1. Nociones previas

4.1.1. Continuidad y suspensiones del debate

Los artículos 17 y 454 del Código establecen que la práctica de las pruebas y el debate se deberán realizar de forma continua, si es posible en un mismo día, si no se harán en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez lo suspenda excepcionalmente hasta por un término de treinta días.

La idea en la continuidad es evitar que las percepciones del juez sean modificadas u olvidadas con el paso del tiempo, por esa circunstancia existe una preocupación por garantizar que la resolución de la litis se hará en el tiempo menor, luego de practicada la prueba y escuchados los alegatos. No obstante, la práctica forense demuestra que en ocasiones es imposible realizar un juicio en una sola audiencia, pues se dan situaciones especiales que motivan suspensiones. De todas formas si las suspensiones o dilaciones del juicio oral llegaren a afectar la memoria de lo sucedido en la audiencia ésta deberá repetirse, tal como lo prevé el inciso final del art. 454 del Código. La defensa debe estar atenta a ir evaluando tal eventualidad y si es del caso solicitar al repetición de la audiencia. Bajo la norma en comento nada impide que sean las partes quienes postulen tal reconstrucción, si estiman que los efectos y resultados de las pruebas practicadas se han visto afectados por las suspensiones.

En otras latitudes incluso se consagra el principio de identidad física del juez, para garantizar que quien profiera el fallo sea la misma persona ante quien desfilaron las pruebas y las alegaciones de las partes; pese a no encontrarse expresamente contemplado en el proyecto, con aplicación de los principios ya mencionados y de una interpretación sistémica, perfectamente la defensa o cualquier parte podrían solicitar la repetición del juicio oral, cuando por cualquier causa se rompe esa presencia continua del funcionario, que garantiza una decisión acorde con la inmediación .

[22] BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, p. 96 y 97; y agrega: "Esta simpleza no ha sido siempre reconocida y aún hoy se escucha a quienes, sin fundamento alguno, afirman que el juicio oral es más complicado, más difícil de realizar que el juicio escrito..."
[23] BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, p.100 y 101

Sobre el asunto la defensa debe evaluar:

a. Causales de suspensión

En otros ordenamientos las causales de suspensión se encuentran expresamente previstas, por lo general tienen que ver con:

- Motivos de enfermedad: del acusado, fiscal, juez, etcétera. Es obvio que no será cualquier dolencia la que pueda justificar dicha situación.
- A causa de medios probatorios por recaudar:cuando no compareció al debate un testigo del que consta que fue debidamente citado y resulta fundamental para resolver el proceso. En este caso podrá hacer uso de las facultades concedidas en los arts. 8 literal k, 125 numeral 6 y 384, y solicitar la aprehensión y conducción de los testigos para garantizar su comparecencia, situación que justificaría un pedimento de suspensión de debate.
- Cuando se dan cambios que puedan afectar el derecho de defensa: en algunos ordenamientos se permite la ampliación de la acusación o el cambio en la calificación jurídica por parte del fiscal, lo que permite solicitar al defensor una suspensión de la audiencia para preparar su defensa (si debe poner a declarar al acusado, si debe efectuar un nuevo ofrecimiento de prueba, etc.). El Código sobre el punto es claro al disponer en su art. 448 que el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado la condena, criterios que enmarcan la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, como garantía para el derecho defensa.
- Es posible igualmente que la defensa deba requerir suspensión del juicio, cuando sobreviene un elemento material probatorio muy significativo, que no fue advertido antes siempre y cuando se acredite que la falta de descubrimiento, no lo fue por causas imputables a la parte afectada. (Art. 454).

Podría ocurrir que programado un debate y verificada la concurrencia de las partes e incluso de la prueba, el defensor de confianza del acusado no se presenta, motivo por el que se solicitan los servicios de la Defensa Pública para que asuma el juicio, en la eventualidad de que esta situación ocurra se podría recomendar, sin que sea el afán entorpecer la administración de justicia, solo garantizar el derecho de defensa de la persona que requiere el servicio:

Verificar que a la persona se le hizo la prevención de que estaba en el derecho de designar otro defensor particular de su confianza.

Si el acusado quiere los servicios de la Defensa Pública, entonces, el defensor deberá solicitar la suspensión por el tiempo necesario (podrá ir de horas hasta varios días) para estudiar el caso y acordar con su representado las acciones en juicio.

b. Plazo de suspensión

A pesar de que el artículo 17 del Código señala el plazo máximo de 30 días para la suspensión de la audiencia, el artículo 454 indica que la suspensión será ordenada por el tiempo que dure el fenómeno que la ha motivado; lo que podría interpretarse en el sentido de que podría ordenarse por dos días, quince, etcétera, según la situación, pero no por un plazo mayor de un mes.

En todo caso, el plazo de treinta días pareciera ex-

cesivo si se considera que mientras transcurre, el juez a cargo del proceso, se ocupa de resolver otra cantidad de asuntos, lo que podría afectar la percepción o memoria de la prueba y actuaciones dadas en el debate.

El Código no aclara qué sucede si se supera el plazo de treinta días (si el debate se anula y hay que repetirlo; o si solo genera alguna responsabilidad de tipo administrativa); tampoco especifica si ese plazo de treinta días es total o comienzan a correr los treinta días cada vez que se suspende el debate. Situaciones objeto de reflexión en atención al debido proceso y al derecho de defensa, sería inconcebible admitir que un proceso inicie y perdure por varios meses amparados en la posibilidad de suspensión, sería una burla al principio de concentración. Tampoco amparados en este principio es posible admitir que iniciado un juicio oral, el mismo tenga que continuarse sin interrupción hasta terminarlo, aunque eso suceda en la madrugada del día siguiente o en días no laborables, siempre que se aluda a la concentración se utilizan como parámetro, los horarios de los despachos judiciales.

c. Se debe garantizar la identidad de los juzgadores y de la defensa técnica

Desde la óptica del defensor cuando se da una suspensión no es recomendable admitir cambios de defensor, así como de juez. Del defensor solo se podría admitir la sustitución para continuar en una continuación del debate cuando no se ha evacuado ninguna prueba, de lo contrario podría estar faltando a sus deberes profesionales, no tuvo la oportunidad de interrogar, de apreciar directamente la prueba y eso le imposibilita para realizar una labor eficiente. En ese caso se podría aconsejar el solicitar al tribunal anular el debate para reiniciar otro, con el propósito de estar presente durante la evacuación de toda la prueba y porque el criterio profesional (la estrategia) puede variar, el defensor anterior pudo poner a declarar al acusado y ahora, el nuevo abogado considera que no es conveniente hacerlo.

Respecto del juez resulta primordial que sea la misma persona que inició el debate, solo de esa forma conoce la prueba, elementos con los cuales deberá emitir una resolución, si no lo hiciera violentaría el principio de identidad física del juzgador, los jueces que recibieron la totalidad de la prueba son los que deberán emitir sentencia, garantía sin duda, del debido proceso.

4.1.2. La publicidad

A través de la publicidad se da un control público de la gestión de los jueces, porque cualquier ciudadano puede observar su actuación así como las evidencias consideradas para emitir su fallo. Por otra parte, los testigos y peritos pueden sentirse intimidados ante la posibilidad de mentir, cuando puede revelarse la falsedad de su dicho.

En esa línea el artículo 18 del Código dispone que toda actuación procesal será pública, teniendo acceso no solo los sujetos procesales, sino los medios de comunicación y la comunidad en general; pero se establecen algunas excepciones donde la ausencia de publicidad se podrá disponer respecto a determinadas declaraciones testimoniales o periciales, aunque también podría ocurrir para la totalidad de un juicio, de acuerdo a la naturaleza del proceso, situación que el juez deberá motivar

por sería excepcional a los principios del juicio oral. Esta excepción a la publicidad nunca podrá implicar la exclusión de la defensa técnica, ni la participación del acusado.[24]

Entre las causales mencionadas figuran:

- **Peligro a las personas**

  Cuando el juez considere que con la publicidad se pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes entre los cuales sin duda, se encuentra el acusado deberá decretarse la privacidad de la audiencia. Entonces, cuando el defensor detecte la existencia de un motivo de peligro para su patrocinado, quien por ejemplo, decidió declarar y poner en evidencia una serie de circunstancias y personas peligrosas, deberá formular la solicitud al juez. (Art. 18)

Figura dentro de las excepciones, cuando se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir, garantía acorde con el Código de la Niñez y Adolescencia (artículo 114.b), en un intento por evitar la revictimación de estas personas, sobre todo cuando tienen la condición de víctimas en el proceso.

- **Afectación a la seguridad nacional**

  El supuesto clásico es cuando en el proceso se discute un secreto político, económico o militar, cuya revelación incluso puede significar la comisión del delito de espionaje sancionado en el artículo 463 del Código Penal. (Art.- 150 del Código)

Se mencionan otras como cuando sea factible un menoscabo del derecho de defensa o se comprometa el éxito de la investigación, (Art 18), o cuando se pueda perjudicar o afectar la imparcialidad de del juez o los intereses de la justicia. (Art. 152)

El Código en el artículo 151 solo menciona la posibilidad de que el fiscal gestione la restricción de la publicidad, pero en atención al principio de igualdad procesal (Artículo 4 del Código) e imparcialidad en el ejercicio de sus cargos (artículo 5 del Código) no se le podría negar esta posibilidad a la defensa.

4.2. Desarrollo del debate

4.2.1. Inicio o apertura del juicio oral

La instalación del juicio oral por parte del juez es una resolución que anuncia oficialmente el inicio del juicio, previa verificación de la presencia de todos sujetos

[24] Sobre el particular ver artículos 149 y siguientes del Código de Procedimiento Penal

procesales. El defensor se mantendrá en silencio al lado de su patrocinado.

Es importante insistir en la necesidad de luchar por la presencia del acusado en el juicio oral, y en ello los defensores tendrán enorme responsabilidad, pues en el Código se garantiza la presencia del acusado privado de libertad, (a quien la autoridad jurisdiccional deberá trasladar de su centro de detención a la audiencia), no así cuando está en libertad.

En ese sentido, es conveniente que el defensor verifique que a su representado en realidad se le convocó a la audiencia, si no constara dicha notificación debería solicitar la suspensión o reprogramación del debate, pues de lo contrario se afectaría el derecho de defensa material del procesado; igualmente cuando aunque sí fuera convocado tuviera un motivo de fuerza mayor que le impidiera su asistencia, después de todo el artículo 8 literal k del Código le garantiza su presencia en el juicio como uno de sus derechos de defensa. Esta gestión deberá hacerla en este momento procesal (una vez que el juez abre el juicio), si el juez deniega la solicitud, el defensor presentará de inmediato el recurso de reposición por violación al derecho de defensa.

4.2.2. Trámite de incidentes

En el Código no aparece señalada una sección específica para trámites incidentales, ya mencionamos antes el ejemplo de la recusación, si presentes en la sala de juicio uno de los jueces intervinientes tiene un motivo de recusación, el defensor deberá presentar sus alegatos. Que bien pudo sobrevenir con el decurso del proceso durante el juicio (con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación, su escenario natural). Se recomienda este momento procesal pues aún no se le ha cedido la palabra al acusado y tampoco se ha evacuado prueba, dando oportunidad de corregir la situación.

Pero además de recusaciones en este momento el defensor podría plantear otros incidentes como:

- El defensor acaba de conocer que el testigo XX no se puede presentar a juicio pues se encuentra hospitalizado, situación en la cual de conformidad con el artículo 386 del Código podría hacer la solicitud al tribunal para que dicha declaración sea practicada en el centro hospitalario.

- El acusado murió, el defensor se acaba de enterar razón por la que en este instante deberá informar al tribunal y solicitar la preclusión del proceso. (Art.332)

- El acusado fue detenido por otro proceso y hasta ahora conoce de su detención, el defensor deberá solicitar la suspensión del debate para diligenciar su respectivo traslado al juicio.

- Se negocio un preacuerdo con el fiscal (art. 351), se presenta al juez, quien procedería al realizar el control de legalidad.

- Presentar prueba para mejor resolver. El código prevé audiencias donde las partes efectúan sus ofrecimientos de prueba, no obstante, debido al derecho de defensa, que implica el derecho a ser oído en todo momento, el acusado nunca podría perder la oportunidad de presentar prueba de descargo y ofrecerla aún en esta fase procesal. Sin embargo, deberá tratarse de prueba que

antes fue imposible de conocer o localizar por la defensa, de lo contrario se podría rechazar considerando que se trata de una maniobra desleal, por esa circunstancia el defensor deberá argumentar muy bien el motivo de su presentación en ese momento y desde luego, qué aspecto de trascendencia para el proceso, se dirige a acreditar (Art. 344 inciso final y 346).

Cuando se trata de prueba testimonial, ejemplo, el día en que ocurrieron los hechos el acusado indica que paso la noche con la señora JJ, de quien solo conocía su primer nombre y al parecer viajó al interior del país por lo que no ha podido localizarla. Resuelta que para el día del juicio aparece la mujer, el defensor luego de analizar su testimonio decide que es un testimonio medular, lo ofrecerá en ese instante y si es posible de una vez solicitará a la mujer que se presente el día del juicio con un documento de identificación, así cuando hace el ofrecimiento al tribunal de esta prueba para mejor resolver, ya se tendrá la ventaja que dicho ofrecimiento no significará un retraso del proceso. En términos simulares si la prueba fuera de otro tipo y la defensa tuviera oportunidad de presentarla de una vez, se trate de prueba documental, evidencias materiales, etcétera.

- Uno de los testigos fue citado en un juicio de varios días para el segundo, pero él por razones laborales debe salir del país ese mismo día, de una vez se solicita al tribunal un cambio en el orden de evacuación de la prueba para recibir esa declaración primero.

- Presentar cláusula de exclusión de prueba. Si bien existe una audiencia diseñada para discutir la licitud de la prueba, en ocasiones el defensor llega a conocer el motivo de la ilicitud solo en etapas posteriores al proceso. Siempre que se trate de un defecto absoluto la posibilidad de impugnar nunca precluye, aún cuando en la audiencia preparatoria a juicio hubiera planteado la impugnación y se declarara sin lugar, pareciera que al defensor siempre le asistirá la posibilidad de invocarla nuevamente, sobre todo si en ese instante, cuenta con mayores argumentos para su gestión (artículos 23, 359 del Código).

Estas son algunas situaciones de las muchas que se podrán alegar y que el Defensor planteará con su respectivo fundamento, si el juez declarara sin lugar estas gestiones, no olvidar que tiene oportunidad de presentar recurso de reposición contra dichas decisiones (artículo 359 del Código).

4.2.3. Alegación inicial o declaración del acusado

Una vez instalado el juicio, el juez se dirigirá al acusado y le informará sobre su derecho de declarar o de abstenerse de hacerlo, asimismo, sin apremio ni juramento, le concederá la palabra para que se declare inocente o culpable, pudiendo aceptar la culpabilidad de unos hechos y la inocencia por otros, o simplemente permanecer en abstención lo que según el Código (artículo 367) se entenderá como manifestación de inocencia. Sobre este acto el defensor ya ha debido asesorar a su representado (tal y como se había comentado).

Si fueran varios acusados y varios defensores, en ocasiones es conveniente reunirse para planificar la estrategia para mantener posiciones que puedan beneficiar los intereses de todos, o al menos los de unos respecto a otros. Esto es parte del trabajo previo que debió realizar el abogado. Pero si los intereses fueran antagónicos y

son varios los acusados, es conveniente esperar este momento para observar que van a declarar los otros, sobre todo cuando al primero que se le da la palabra es a nuestro representado. Si fuera preciso luego una declaración, así se solicitará al juez para que le escuche.

Si el acusado decide declararse culpable, el juez deberá verificar que su dicho es libre, voluntario y debidamente informado por su abogado, si detectará algún desconocimiento o quebranto de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y seguirá el proceso como si se manifestará inocente. (Art. 368)

En el Código se mencionan manifestaciones de culpabilidad preacordadas entre la defensa y la Fiscalía (artículos 348-354), de nuevo es importante que la defensa haga ver la necesidad de aceptar esta manifestaciones solo si en el juicio oral se encuentra presente el acusado, pues a él le asiste el derecho de retractarse de esas manifestaciones o alegar que se vio engañado, presionado o de cualquier otra forma obligado a aceptarlo. Si está expuesto a la imposición de una pena casi automática, como mínimo tiene derecho a estar presente, solo en persona el juez podrá materializar su control de legalidad.

En el caso de las manifestaciones preacordadas indica el Código (artículo 351) que el juez no podrá poner una pena superior a la solicitada por la Fiscalía, en ese sentido tenga presente el defensor, que a contrario sensu nada impide que el abogado solicite al juez no solo extremos menores a los acordados, incluso la posibilidad de otorgar a su representado beneficios como el de ejecución condicional de la pena, por supuesto argumentando debidamente su petición, no es ninguna deslealtad, es puro ejercicio de la defensa técnica.

4.2.4. Presentación del caso

Si no hay manifestación de culpabilidad el fiscal procede a la presentación de su caso, luego la defensa también podrá hacerlo lo que significa que para esta es opcional. (Art. 371). Presentación que se denomina alegato de apertura o declaración inicial.

Con el propósito de eliminar la improvisación se recomienda que el defensor elabore las líneas básicas de su alegato inicial.

El defensor es un profesional que con una adecuada preparación está en capacidad de visualizar y reaccionar con éxito en debate, como un verdadero asesor y representante del procesado, en ese sentido, al momento de planear la estrategia de defensa para el debate deberá definir el tema central de su defensa, de utilidad para dar contenido a su alegato inicial, la línea de intervención respecto a la prueba y -en principio- la base de su alegato conclusivo. No obstante, al momento de presentarla en su alegato inicial deberá ser muy cauteloso, limitarse a manifestar sólo lo indispensable, sin mayores detalles, sólo aludirá a aquellos aspectos necesarios y sobre los cuales tiene certeza se reproducirán en debate. Será una intervención con las siguientes características: concreta, clara e impactante, un alegato con la suficiente información para ubicar al juez en la pretensión de la defensa.

Recuerde que su presentación será la primera oportunidad para dirigirse al juez (salvo si ha presentado alguna incidencia), su relato debe ser congruente, claro y persuasivo, atacará la posición del fiscal de acuerdo a su estrategia de defensa, mencionando lo que con seguridad se acreditará o no, con la práctica de la prue-

ba durante el debate, incluirá un cierre de impacto generalmente dirigido a la petición principal, de absolución, recalificación de los hechos, etcétera.

Más que exhibirse durante la presentación del caso, el defensor debe abogar siempre por la prudencia, pues dependiendo de la estrategia de defensa resultará contraproducente exponer todo lo que la defensa piensa hacer o alegar. Por esa razón es mejor hacer una exposición breve, después de todo, el contenido de este alegato de apertura no condiciona –en cuanto a su argumentos- el alegato conclusivo del defensor, aunque sí deberá haber consecuencia entre uno y otro.

Como se dijo es el primer contacto con el juzgador quien espera una historia, unos hechos relevantes, el anuncio de cómo los probará y su incidencia jurídico penal, por ello se sugiere siempre presentar esa declaración inicial, para dar una panorámica de los hechos o la evidencia diferente a la del Fiscal. No desaproveche ésta única ocasión de interesar al Juez en su teoría del caso. Se dirigirá siempre al juez, preferiblemente de pie y las notas preparatorias de este alegato, solo se utilizarán para ayudar a la memoria del abogado, no es conveniente que las lea, es importante que el tono de voz sea suficientemente alto como para escucharse con claridad, hable despacio y como se indicó, sea concreto en su intervención. Nunca está demás un ensayo respecto del alegato de apertura, esta práctica le dará seguridad y fluidez en su intervención.

4.2.5. Práctica de la prueba

Al comenzar a evacuar la prueba el defensor deberá tener todo lo que necesita de manera ordenada y al alcance:

a. Su guía para el debate.
b. A la vista el esquema de los hechos acreditados y no acreditados.
c. A la vista el índice completo del registro de las actuaciones.
d. Sus códigos o leyes necesarias.

4.2.5.1. Prueba testimonial

El defensor se debe preparar para la practica de la prueba testimonial, desde dominar cualquier ansiedad o nerviosismo al enfrentar un interrogatorio o contrainterrogatorio, e incluso, para saber conducirse ante llamados de atención por parte del juez, y no desanimarse, descontrolarse o declinar dando por concluida su intervención. No asumirá actitudes irrespetuosas, utilizará un lenguaje accesible al testigo, procurará que sus preguntas sean claras, se asegurará de registrar toda la información que está proporcionando el testigo, manejará las directrices del interrogatorio, contrainterrogatorio y para reaccionar frente a objeciones.

Varias recomendaciones prácticas:

- **Lleve su guía del debate**

No se confié en su memoria. Tenga a mano el proyecto de interrogatorio o contrainterrogatorio. Anote allí todo lo que considere relevante en el espacio previsto para evacuar este tipo de prueba, no solo el relato o la respuesta que da a las preguntas, sino otra información como lo confuso de su declaración, si estaba más pendiente del fiscal o de la víctima que de sus respuestas etcétera, luego seleccionará lo que utilizará en sus alegatos finales, ya sea fortaleciendo su lista de hechos acreditados o no acreditados o el borrador de alegato final.

• Asegure el registro de sus intervenciones

Debido a que la oralidad es la característica de este sistema, por lo general se diseñan mecanismos que aseguren el contenido de las audiencias, así por ejemplo, se recurre con frecuencia a la grabación. No obstante, en ocasiones por dificultades técnicas, en otras por problemas presupuestarios o administrativos, no es posible garantizar este servicio, recurriéndose a las actas que un funcionario del despacho va levantado de la audiencia. Aunque resulte imposible verificar que absolutamente todo lo dicho se consigne, vigile al menos que lo fundamental para efecto de su defensa, si se consignó, en ese sentido podría solicitar que se lea como quedo consignado en el acto lo dicho por el testigo, por ejemplo.

• Sobre la ubicación de los testigos

Se harán pasar uno a uno los testigos, es importante que la defensa verifique que los testigos se encuentran en un lugar diferente a la sala de juicio donde se irán pasando, sin permitir la comunicación entre los testigos evacuados y los pendientes.

En el Código (Arts.393 y 396) se menciona que los testigos permanecerán a disposición del juez durante el término que éste determine (sin exceder la práctica de la prueba) para aclarar o adicionar su testimonio, de manera que si se diera la situación, es importante preguntar si estuvo en contacto con personas relacionadas con el juicio, si se le dio alguna recomendación especial, esto si fuera prueba de cargo; si fuera de descargo, prepararlos para interrogatorios similares, sobre todo si el debate es de varios días. Recuerde, que pueden permanecer en la sala la víctima, el acusado cuando decide declarar y los testigos y peritos que debido al rol desempeñado en la preparación de la investigación se requiera de su presencia ininterrumpida bien sea en apoyo a la fiscalía o la defensa.

• Sobre la ubicación del acusado

Ya se indicó que el acusado siempre deberá permanecer al lado del defensor, de manera que puedan tener cualquier comunicación (sin entorpecer el desarrollo del debate). En ocasiones el juez a solicitud del fiscal podría disponer que el acusado salga de la sala de debate[25], si se accediera a dicha petición, el defensor solicitará que el acusado se ubique en un lugar donde se le garantice escuchar la declaración, se les recomienda que antes de dar por concluida su deposición soliciten permiso para dialogar brevemente con el acusado para determinar si es necesario detallar algún aspecto en el interrogatorio o contrainterrogatorio.[26]

• Sobre su ubicación en la sala de debate

En principio se mantendrá al lado del acusado, pero puede moverse o permanecer sentado, asuma la posición que más cómodo lo haga sentir, pero nunca dé la espalda al juez, ni al testigo, perito o acusado al momento de interrogar o contrainterrogar, tampoco se ponga en medio del juez y el deponente; el juez debe escuchar lo que se pregunta y lo que se responde, también el deponente tendrá que captar los cuestionamientos. Considere que deberá tomar nota de lo que arroje la prueba.

[25] Esta ha sido una medida adoptada con alguna frecuencia en los Tribunales de Costa Rica, en procesos relativos a delitos sexuales donde el ofendido es un menor.
[26] Ver artículo 8 inciso k) del Código de Procedimiento Penal.

- **Sobre las prevenciones de ley**

Cada testigo pasará y será juramentado, aquí el defensor estará atento a las prevenciones legales no solo en atención al parentesco o secreto profesional con el procesado, sino también de aquellas situaciones que puedan resultar perjudiciales para el acusado y que además se refiere a testigos "sospechosos", es decir, que con su declaración dan un relato autoincriminatorio, para que se le prevenga de su derecho de declarar o de abstenerse de hacerlo.

- **Evite señalamiento en la sala**

En algunas ocasiones se llega a juicio y el fiscal no ha diligenciado la práctica de un reconocimiento, cuando las circunstancias del proceso perfectamente lo ameritaban (Art.252,253) .En estos casos resulta frecuente interrogar a los ofendidos o testigos respecto a las personas presentes en la sala de audiencia, para que indiquen si alguno de los presentes fue la persona que cometió el hecho. Es obvio que por la ubicación de los intervinientes, en ocasiones, hasta por su vestimenta se reconozca con toda facilidad a quien figura como acusado en el proceso; motivo por el cual, antes de que ese testigo pase a declarar el defensor podría solicitar al juez permiso para que su patrocinado salga de la sala y el defensor permanezca en su representación, evitando este tipo de señalamientos. Por supuesto que esta recomendación también se da cuando ya el defensor ha previsto la posibilidad de solicitar un reconocimiento, que cumpla desde luego con las exigencias legales, como la intervención de personas con rasgos físicos similares al procesado, en rueda de personas donde el acusado pueda escoger con libertad su lugar, y otra serie de formalidades diseñadas para garantizar la objetividad y legitimidad de la diligencia.

- **Esté alerta con prueba para mejor resolver**

Antes se aludió a la prueba para mejor resolver, cómo al iniciar al debate podría la defensa tener que recurrir a este tipo de ofrecimientos, sin duda, con mayor razón, también podrían darse durante el desarrollo del juicio por diversas circunstancias. Por ejemplo, el defensor no puedo hacer el ofrecimiento de prueba antes porque el acusado se negaba a declarar y solo mediante su deposición tendrían sentido determinadas pruebas, en estos casos, el defensor puede hacer la solicitud de prueba para mejor resolver en el momento en que el acusado, testigo o perito hacen referencia a ese nuevo elemento de prueba, el defensor puede esperar a que concluya la declaración o en el mismo instante en que el deponente menciona esa nueva prueba, podrá solicitar la palabra al juez y efectuar el ofrecimiento, indicando desde luego: dónde se localiza, que información aportará en la resolución de la caso. En estos supuestos de prueba para mejor resolver no olvidar interrogar al deponente que menciona esa nueva prueba, indicar las razones por las cuales no había indicado su existencia, para combatir cualquier negativa que tilde de desleal dicho ofrecimiento; enfatizando por el contrario, el derecho de defensa y los principios en torno a la prueba como el principio de amplitud de la misma.

- Solicite suspensiones o prorrogas justificadas y necesarias cuando lo estime necesario en ejercicio del derecho de defensa. (art. 8 literal i.)

- **Utilice apoyos visuales**

Al realizar un interrogatorio o contrainterrogatorio siempre será de utilidad usar apoyos visuales, es un instrumento que aporta valiosa información y claridad a los relatos. Dos testigos pueden estar diciendo la verdad, pero resulta que la estimación de tamaño, peso o distancia es diferente en cada uno, de manera que si se usa una pizarra donde cada quien dibuje sus apreciaciones o se les proporciona un diagrama donde se ubiquen; esto clarificará sus relatos. Antes se indicó que sobre el uso de estas herramientas es fundamental preparar al testigo para ver si es capaz de trazar un dibujo o es preferible ayudarle con un diagrama.

- **En el interrogatorio. Utilice las objeciones cuando sea necesario**

Ya se han dado recomendaciones respecto del interrogatorio y en el artículo 392 del Código se encuentran también algunas reglas para el examen de los testigos , instrucciones que deberá tomar en cuenta el defensor, por ejemplo, se exige que toda pregunta verse sobre los hechos, es decir, el cuestionamiento ha de ser pertinente, en ese sentido el defensor tendrá cuidado de mencionar en la presentación del caso los datos necesarios para dar base a preguntas que luego pueden tener el riesgo de excluirse por considerarse irrelevantes o fuera de contexto.

El defensor permanecerá alerta al interrogatorio de la contraparte, no solo para controlar la información que se brinda, no caer en reiteraciones en el contrainterrogatorio, sino para intervenir objetando las preguntas de la Fiscalía cuando sean reiterativas, impertinentes, sugestivas, capciosas, especulativas, de referencia, argumentativas u ofensivas para el deponente.

Recomendaciones:

- Cuando interrogue y aprecie que el testigo no ha entendido la pregunta, esté listo para reformularla.
- Si plantea una pregunta y el testigo responde sobre otro aspecto, que eso no distraiga su atención, reitere la pregunta original aclarando cualquier diferencia para aclarar su pretensión.
- Si el testigo se niega a contestar o es evasivo, podrá solicitarle al juez recordar al testigo que se encuentra bajo juramento y que si falta a la verdad está expuesto a un proceso penal (en algunas ocasiones el juez permite que el defensor o fiscal efectúe este tipo de recordatorios de forma directa); situación que obviamente intimida al testigo, pero lo cierto es que también lo anima a decir la verdad, al recordar la trascendencia de su actuación y la solemnidad y respecto que merece una audiencia judicial.
- Si formula una pregunta y el fiscal la objeta, dándole la razón el juez que preside la audiencia, solicite reformularla (si se ha tachado de capciosa, sugestiva o argumentativa), o solicite dirigirse al juez para aclarar el detalle que interesa a la defensa. Ante una objeción nunca dé por concluido su interrogatorio.
- Si por alguna circunstancia usted se ha opuesto a la presentación de determinado testigo o perito, por ejemplo se efectúo un ofrecimiento como prueba para mejor resolver de un médico psiquiátra, la fiscalía lo ofrece e indica que incluso está en ese momento a disposición. Usted debe-

ría oponerse a dicha admisión alegando que existe una deslealtad pues para la defensa resulta sorpresivo dicho ofrecimiento y no cuenta con la preparación para enfrentar un contrainterrogatorio con ese perito. Presente la impugnación de la decisión, si no se accede a ello, este será un motivo para una eventual impugnación posterior (apelación o casación) es conveniente que la defensa no lo interrogue, para evitar legitimar el ofrecimiento y fortalecer el argumento de afectación al derecho de defensa.

- Si el testigo es irrespetuoso con el defensor al interrogarlo o contrainterrogarlo, diríjase al juez quien ostenta el poder disciplinario dentro de la sala para que llame la atención, no es conveniente que se involucre en una discusión en medio del debate.

- **En el contrainterrogatorio**

Su propósito es refutar en todo o en parte lo que el testigo ha contestado en el interrogatorio (art. 393 literal a) . Los aspectos que se podrían utilizar para impugnar la credibilidad del testigo, según el art. 403 serían: "1) Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio. 2) Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración. 3) Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo. 4) Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías. 5) Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad. 6) Contradicciones en el contenido de la declaración." Sobre ellos precisamente debe planificar su contrainterrogatorio para impugnar su credibilidad.

Por otra parte, esos serán los extremos sobre los que deberá preparar los testigos de la defensa, a fin de enfrentar el contrainterrogatorio del Fiscal.

Recuerde, el defensor no siempre está obligado a contrainterrogar puede ser que las preguntas planificadas ya se efectuaron, o simplemente que resulte un testigo tan peligroso a los intereses de la defensa que es mejor no cuestionarlo más, pues podría afectar nuestros intereses; o que se trate de una declaración sin trascendencia para el proceso, en la cual no vale la pena invertir más tiempo, o que simplemente no fue creíble o no afecta nuestra teoría del caso.

4.2.5.2. Prueba pericial

Se reitera en lo que sea aplicable lo ya mencionado respecto de los testigos. La prueba pericial es necesaria cuando para la resolución del proceso se requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos. (art. 405). En el Código contiene una serie de previsiones que van desde quien puede desempeñarse como perito, el número de peritos que pueden intervenir en un proceso, la obligatoriedad del cargo, impedimentos y recusaciones, presentación de informes y entre otros, instrucciones para interrogar y contrainterrogar (artículos 405 a 423), los cuales deberán considerarse por el defensor al momento de planificar sus intervenciones, se hace imprescindible que el defensor se asesore por otros peritos o testigos expertos para abordar correctamente la evacuación de esta prueba, no olvidar que el artículo 406 del Código faculta la presencia ininterrumpida de peritos para apoyar a la defensa cuando se requiera su asesoría, de manera que al evacuar una prueba pericial la defensa podría contar con la colaboración de un perito que permanezca a su lado; para lo cual, desde luego deberá hacer la solicitud expresa al juez.

4.2.5.3. Prueba documental

Como prueba documental hoy no solo se hace referencia a los textos manuscritos, mecanografiados o impresos, sino que acorde con los tiempos, también se incluyen grabaciones magnetofónicas, discos, películas cinematográficas, fotografías, ecografías y otros similares, señalados en el artículo 424 del Código.

El Defensor estará atento a todo lo que tiene que ver con la licitud de este tipo de prueba, en el Código (Art. 426) se enumeran varios métodos de autenticación e identificación, se menciona: "1. Reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido. 2. Reconocimiento de la parte contra la cual se aduce. 3. Mediante certificación expedida por la entidad certificadora de firmas digitales de personas naturales o jurídicas. 4. Mediante informe de experto en la respectiva disciplina sugerida en el artículo 424." No obstante, recuerde que los alegatos sobre su licitud van más allá, como sucede cuando se ofrece un documento producto de un allanamiento ilegal, o facilitado por alguien que gozaba del derecho de abstención y a quien no se le hizo tal prevención, etcétera.

Antes en la audiencia preparatoria a juicio el defensor podrá haber realizado las objeciones u oposiciones por considerar ilícita una prueba documental ofrecida por el fiscal, por no cumplir con la autenticación u otra circunstancia, pero si eso no fue posible por no contar con la prueba de su alegato, podrá hacerlo luego en juicio cuando se acredite la causa de su ilicitud.

Por ejemplo, si se trata de un documento manuscrito supuestamente realizado por XX, quien en debate afirma que nunca lo ha visto y en consecuencia no es su autor, en ese mismo instante el defensor podrá presentar su incidencia solicitando sea excluido como medio probatorio. En caso inverso, si fuera el fiscal quien solicita la exclusión del documento como prueba dada la manifestación del testigo XX, la defensa en ese momento también podría solicitar como prueba para mejor resolver se realice un estudio grafológico para descartar o acreditar la autoría, dependiendo de la conveniencia o no dentro de su estrategia de defensa. Recuerde, la carga de la prueba es del fiscal, todo lo que no se acredite, no puede afectar la presunción de inocencia del acusado.

Es más, por estrategia en algunas ocasiones el defensor puede callar la existencia de un defecto absoluto, un vicio en la prueba que cualquiera podría apreciar, pero que el fiscal omite o ha pasado desapercibida y el defensor no alega en la audiencia preparatoria a juicio, ¿por qué?. Porque luego en los alegatos conclusivos –al ser un defecto absoluto por violación a derechos fundamentales o al debido proceso- podrá objetarlo sin posibilidad de que el fiscal busque otros medios probatorios sustitutivos. La prueba es un video donde el acusado acepta su responsabilidad en los hechos acusados, la grabación se realizo una vez detenido sin la presencia y asesoría de un abogado defensor; y aunque la investigación señalaba la existencia de otras evidencias sobre su responsabilidad, el fiscal se limitó al video, el cual si se hubiera atacado seguro habría implicado la evacuación de otra prueba imposible de refutar para la defensa.

En el nuevo sistema la incorporación de la prueba documental al debate se hace mediante su lectura, exhibición o proyección –según el tipo de documento-, de modo que todos los intervinientes de la audiencia conozcan su forma o contenido; y cuando se requiera el experto lo explicará (Art.431).

El defensor deberá conocer la prueba documental antes del debate, a fin de analizarla y observar su incidencia en la estrategia de defensa. Debido a que el debate es oral, la prueba documental deberá reproducirse en el juicio, no es posible solo indicar que la prueba documental consta de folio X a folio Y y que se da por incorporada, se debe hacer una alusión expresa a cada documento, por lo general el juez podrá autorizar que se ofrezca una sinopsis del elemento, pero si alguna de las partes lo requiere, se daría la lectura integral de la pieza, lo que se recomienda efectuar en puntos medulares de la defensa –si existieran-.

Es una práctica muy útil solicitar la incorporación de prueba documental cuando se esta evacuando un testigo o perito que puede referirse al documento, en estos casos el defensor antes de interrogar al acusado, testigo o perito respecto del documento primero solicitará la incorporación del documento, después de que el tribunal lo incorpora ya el defensor lo podrá utilizar, el defensor se dirige al documento y se lo muestra o pone a disposición al acusado, testigo o perito para realizar su interrogatorio o contrainterrogatorio. Por supuesto, siempre es importante conocer la reacción o respuesta al utilizar los documentos en el interrogatorio o contrainterrogatorio, lo mismo vale para cuando se trate de evidencias materiales. Una vez incorporado el documento al debate cualquiera de las partes lo puede utilizar en sus interrogatorios o contrainterrogatorios sin necesidad de solicitar en cada oportunidad se proceda a su incorporación, pues ya lo hizo el juez, por supuesto, al utilizarlo se pedirá permiso para hacer uso del documento, ya que en este momento, estas piezas están en manos del juez.

4.2.5.4. Inspecciones y otros medios probatorios

El Código alude a las inspecciones, pero lo cierto es que en la etapa de debate también es posible que se realicen careos, reconocimientos, reconstrucciones, intervenciones corporales y otras pericias, si del desarrollo del debate han surgido en calidad de pruebas para mejor resolver y se consideran necesarias para la resolución del proceso.

En cada una de estas pruebas deberá garantizarse el derecho de defensa, el derecho a intervenir y a sea interro-

gando o realizando observaciones en tutela del debido proceso, pero sobre todo de los derechos y garantías procesales del acusado.

4.2.6. Alegato conclusivo o final

4.2.6.1. Aspectos formales de la presentación

El defensor durante todo el debate, pero en especial cuando va a realizar su alegato conclusivo o final considerará al menos los siguientes factores:

a. Vestimenta

Use un vestuario discreto, cómodo y adecuado, el objeto de atención de la intervención del defensor será el contenido de su alegato, no su atuendo, sin embargo la presentación personal puede influir en la transmisión eficaz del mensaje al juez .

b. Lenguaje

El lenguaje utilizado por el defensor debe ser respetuoso, sencillo (nunca utilice palabras cuyo significado desconoce), claro (vocalice correctamente, termine las palabras, las frases o ideas que empieza), evite el uso de jergas populares o de muletillas. Use un tono moderado, suficiente para escucharlo con nitidez pero no tan alto como para irritar.

c. Cualidades de un alegato idóneo

Es aquel que llega a sus receptores de forma nítida, coherente; aquel que resulta convincente porque se cree en lo que se transmite, no es reiterativo, está debidamente argumentado (indicación precisa de pruebas –nombre de testigos, número de folios de prueba documental, entre otros-, citas legales y de doctrina), realícelo además, en orden cronológico.

El alegato idóneo es el relato capaz de captar la atención y convencer al receptor.

Demuestre manejo del proceso. Mantenga el contacto visual con todos los receptores de su alegato, pero de una forma natural –no fijando la atención en un punto e ignorando los otros receptores-, aún cuando se desplace dentro de la sala de audiencia.

Observe a quienes son su audiencia. Durante su alegato realice pausas, cambios de tono en su voz, use gestos naturales apropiados con las ideas que transmite, use frases interrogativas o preguntas retóricas, analogías, ejemplos, anécdotas o hechos de la actualidad que refuerce su idea, etcétera, para destacar puntos medulares de su estrategia de defensa, captar de manera especial la atención de sus receptores y evitar la monotonía.

d. Utilice sus notas de apoyo

Efectuado un borrador de alegato final que ha sido reelaborado en el desarrollo del juicio y en el tiempo disponible entre la evacuación de prueba y la exposición de la etapa conclusiva, es conveniente no apartarse del orden diseñado para evitar divagaciones, reiteraciones u omisiones en sus argumentos.

e. Otros

Domine sus nervios, aunque en ocasiones un relato emotivo y enérgico (sin ser arrogante), pero sobre todo auténtico puede tener excelente resultados. Hable de frente al juez. Es muy recomendable ensayar algunas ideas introductorias del alegato conclusivo, este consejo le dará soltura y confianza, precisamente en ese momento por lo general caracterizado por la ansiedad y el nerviosismo.

Prepare todos los elementos de apoyo visual que va a requerir en su exposición (pizarra, fotografías, retro-proyector, diapositivas, televisor, grabadora, etcétera), téngalos ordenados, asegúrese de que funcionan y de que sabe cómo y cuando utilizarlos. Si por ejemplo utiliza medios audiovisuales, verifique que la imagen corresponde con el contenido de su exposición, que la ayuda gráfica sea comprensible para su destinatario, que estén ordenadas según el relato, reduzca en ellas al mínimo el texto escrito y asegúrese de que no tiene faltas de ortografía, verifique que la imagen proyectada puede verse con nitidez, al dar la explicación diríjase al juez o audiencia y no a la pantalla, si no utiliza el proyector apague la luz mientras habla y entre otras recomendaciones que podrían darse, no obstruya con su cuerpo la imagen proyectada.

4.2.6.2. Aspectos de fondo de la presentación

Si el Defensor ha hecho uso de las guía de trabajo propuestas u otras diseñadas por el mismo para atender la planificación y el desarrollo del debate tendrá sin duda una enorme ventaja, respecto de quien al finalizar la evacuación de la prueba tiene que comenzar a pensar, se sugiere el siguiente orden:

a) Retome los hechos por los cuales se le acusó a su patrocinado.
b) Luego según su estrategia de defensa, puede pasar a enumerar realmente los hechos que sí quedaron acreditados y los que no, como un aspecto introductorio que da la bases de lo que luego desarrollará, por esa razón solo enumérelos.
   Retome la acusación, uno a uno los hechos, en cada uno hará las observaciones que evidencien la ausencia de prueba, la insuficiencia probatoria, la falta de credibilidad o la ilicitud de medio ofrecido por el fiscal; o sus errores (no describe ninguna conducta delictiva, su relato es confuso, no define la participación de los acusados, etcétera). El propósito es revelar las debilidades de la acusación. Provoca un excelente efecto ir enumerando los hechos en una pizarra u otra herramienta audiovisual, a medida que se descalifica cada circunstancia, ir también tachando la requisitoria.

Después de los hechos, si tiene alegatos respecto de la calificación jurídica detállelos, inicie indicando la exigencias del tipo penal, lo que se acredito y la conclusión (no se demostró el delito imputado, se acreditó otro, hay un concurso, quedó en grado de tentativa, etcétera).

c) Si ha presentado otra teoría del caso, descríbala con detalle, al lado del respaldo probatorio que ha logrado aportar durante el debate y las implicaciones jurídicas de su postura (teoría fáctica).

d) Finalmente, concrete sus pretensiones no olvide invocar la presunción de inocencia y la necesidad de alcanzar el grado de certeza para poder llegar a un juicio de condena. Tenga presente el respaldo jurídico (citas de ley –Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Constitución Política, instrumentos internacionales, etcétera), la jurisprudencia y si tuviera a disposición citas doctrinales para fortalecer su solicitud.

En ocasiones es preciso llevar peticiones subsidiarias así que prepárelas, es decir, aunque su petición principal es por ejemplo de absolución por legítima defensa, usted podría indicar que subsidiariamente en caso de que el juez no atienda los argumentos sobre falta de credibilidad de un factor probatorio básico –aunque usted está convencido de su no idoneidad como prueba-, sus deberes de defensa técnica le imponen realizar una petición en subsidio, consistente en el reconocimiento del exceso en la misma considerando .... (en ese momento da los fundamentos teóricos, jurisprudenciales y jurídicos de la petición).

4.2.6.3. Previsiones legales en torno a los alegatos de los sujetos procesales y decisión del fallo

Este podría señalarse como el momento culminante del debate, donde cada parte toma la palabra para exponer sus argumentos, su apoyo probatorio y desde luego, concretar las peticiones del caso.

El Código (artículo 442) contempla la petición de absolución perentoria por parte del defensor, que ocurre cuando los hechos acusados por el fiscal resultan manifiestamente atípicos, así, el juez después de escuchar al defensor resuelve sin necesidad de escuchar los alegatos de demás sujetos procesales. Previsión que llama la atención, ya que si es el fiscal quien ostenta la obligatoriedad de la persecución penal, sería él quien guiado por los principios de la legalidad e imparcialidad característicos de su función, quien debería efectuar dicha petición.

De no darse la petición de absolución perentoria, se contemplan los turnos para presentar los alegatos conclusivos: el fiscal, el representante legal de la víctima, el Ministerio Público y finalmente, la defensa. Indica el artículo 443 del Código, que solo el fiscal podrá controvertir los alegatos de la defensa, si eso ocurriera luego la defensa tendrá derecho de réplica, aunque limitado al tema discutido.

Una vez concluidos los alegatos finales, el juez declarará el debate terminado y podrá decretar un receso de hasta de dos horas para anunciar el sentido de su fallo,(art. 445) individualizando a cada uno de los enjuiciados, así como los cargos contenidos en la acusación, aludiendo a las solicitudes planteadas en los alegatos conclusivos, es decir, indicará el delito por el cual a la persona se encuentra culpable o inocente. Si el fallo fuera condenatorio el juez cederá la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refiera a las condiciones familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, se referirán a la probable determinación de la pena y la eventual concesión de algún beneficio. Si se estimare necesario el juez podría ampliar la información y solicitar a cualquier institución público o privada, los servicios de un experto a fin de individualizar la pena. Escuchados los

intervinientes el juez procederá a señalar día y hora (sin exceder de quince días calendario contados a partir de la terminación del juicio oral) –artículo 447 para proferir sentencia.

En el caso de la defensa al planificar el debate es importante que haya previsto tanto para el ofrecimiento de prueba, como para su práctica durante el debate, elementos que eventualmente le puedan ser de utilidad para argumentar respecto de la determinación de la pena, ante una eventual condena. También incluirá las razones por la cuales su representado se debe poner en libertad, cuando se encuentre detenido, como cuando pueda optar a la concesión de algún subrogado o beneficio. Si la situación fuera de un acusado que ha permanecido en libertad, las razones por las que puede permanecer en ese estado (no ha entorpecido la investigación, no existe peligro de fuga, etcétera). O si se tratara de un inimputable, las condiciones de la medida y la recomendación de un determinado centro de atención.

En estos alegatos de determinación de la pena, el defensor hará lo posible por destacar cualquier circunstancia familiar, laboral, médica, de su representado con el propósito de aportar el factor humano muchas veces desapercibido en la resolución de los conflictos jurídicos. Por ejemplo, si se va a mencionar un antecedente penal, explicar que ese hecho ocurrió en una época en la cual el acusado tenía serios problemas de drogadicción los cuales como se acreditó, ya no padece pues recibe tratamiento en la institución X... y más bien, ahora cuenta con estabilidad laboral y familiar. Siempre es posible destacar alguna circunstancia, aunque sea, en el peor de los casos para fundamentar la solicitud de la imposición de la pena mínima, si no hubiera otra alternativa.

Por el principio de congruencia entre acusación y sentencia, el acusado no puede declararse culpable por hechos diferentes a la acusación, ni por delitos en los cuales no se ha solicitado condena (artículo 448 del Código).

Si el acusado fuera absuelto de la totalidad de cargos señalados en la acusación, el juez dispondrá su libertad inmediata, si otro proceso pendiente no lo impide –salvo si se trata de delitos de competencia de los jueces especializados, donde la libertad se hace efectiva cuando esté en firme la sentencia-; asimismo, levantará todas la medidas cautelares impuestas (Art. 449).

BIBLIOGRAFÍA

BINDER, Alberto M., Introducción al derecho procesal penal, AD-HOC, S.R.L., 1ª edición, Buenos Aires, 1993.

CHAIN MORA, Gustavo, El ejercicio de la Defensa Pública: ¿una forma de caridad o de solidaridad?, en: Revista Defensa Pública, Nº 2, octubre, año 2002, San José, pp. 33 - 41.

CUELLAR, Jaime Bernal/ MONTEALEGRE LYNET , El proceso penal, Universidad Externado de Colombia, 4ª edición, Bogotá, 2002.

DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, Emilio, Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 1997.

HOUED VEGA, Mario / CRUZ CASTRO, Fernando, El Ministerio Público en la relación procesal, en: Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 39, San José, 1980.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Derecho Penal Comentado, Imprenta y Litografía Mundo, 1ª edición, San José, 1998.

MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editores del Puerto, S.R.L., 2ª reimpresión, Buenos Aires, 2002.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, Ética del abogado, Ediciones Librería del Profesional, 3ª edición, Bogotá, 2002.

MUERZA ESPARZA, Julio, Las partes en el proceso penal, en: Derecho Procesal Penal, Editorial Centro de Estudios, 4ª edición, Madrid, 1999, pp. 133-174.

ORGAZ, Alfredo, Las personas humanas, Editorial Hammulabi S.R.L., Buenos Aires, 2000.

OSSORIO, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina, 1982.

OSSORIO Y GALLARDO, Ángel, El alma de la toga, Valletta Ediciones, Argentina, 1997.

REYES MEDINA, César Augusto / SOLANILLA CHAVARRO, César Augusto / SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, Sistemas procesales y oralidad, Ediciones Nueva Jurídica, 1ª edición, Bogotá, 2003.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, El debido proceso penal, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición actualizada, Bogotá, 2001.