

LA PLUMA INVITADA

LA DEFENSA PÚBLICA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Magister PORFIRIO SALAZAR
Defensor Público



I

El Sistema Penal Acusatorio regulado por la Ley 63 del año 2008 constituye un cambio profundo de naturaleza instrumental referido a la forma de concebir el juzgamiento, dado el caso de que

plantea la separación de funciones como principio rector en relación al rol de los intervinientes. Así, la defensa adquiere el contenido de un principio y de una parte indispensable en un sistema de juzgamiento sostenido en principios, reglas y garantías.

Si el Ministerio Público recaba elementos de convicción o elementos materiales (que tienen el carácter de evidencias sin ser pruebas todavía) que originan una investigación penal y tiene como facultad potestativa la imputación como señala el artículo 280 del Código de Procedimiento Penal, la defensa tiene un rol activo en la consecución de elementos que ayuden a su teoría del caso, si se trata de juicio oral propiamente tal, o bien debe desplegar actos que contribuyan a esclarecer ante cuál tipo penal estamos realmente, en el caso de las audiencias preliminares.

El asunto es complejo si atendemos la falta de recursos de las Defensorías Públicas en Latinoamérica y la incidencia de una cultura carcelaria en la población que favorece ideológicamente la preponderancia del fiscal en el abanico de intervinientes y de funciones.

Debemos recordar que en el Sistema Inquisitivo el Ministerio Público recababa las pruebas (rige el Principio de la Permanencia de la Prueba), dirige la investigación y decretaba medidas cautelares como la detención preventiva, siendo el caso que el influjo de la defensa técnica fuera precaria por cuanto era el fiscal quien además de investigar y recoger elementos de convicción vinculantes al delito tenía la fuerza propositiva de decretar medidas de aseguramiento cautelar, que se traducían en un alto porcentaje de detenciones. En cambio, en el sistema adversarial de tipo acusatorio, la defensa puede hacer variar esta situación hacia un lado más garantista, por cuanto debe buscar elementos de convicción y en la etapa de juicio debe aportar pruebas que se integren a su teoría del caso.

En efecto, la defensa técnica en el Sistema Acusatorio constituye un principio y una regla, consignada en el artículo 10 de la excerta legal citada, que la define como defensa inviolable e irrenunciable, proponiendo que el imputado si es abogado pueda asumirla.

La defensa técnica es, además, una parte o un interviniente en la relación procesal de tipo penal, que busca el esclarecimiento de los hechos catalogados como delitos, en respuesta a la necesidad de seguridad social y paz comunitaria a fin de que se garanticen derechos y prerrogativas que animan el Estado Social de Derecho.

La defensa opera como principio y es definida de manera palmaria en el artículo 98 de la ley 63 cuando se expresa que se trata de un derecho que

tiene toda persona a nombrar un abogado que le represente desde el momento en que se le señale en cualquier acto de investigación o acto procesal como posible autor o partícipe.

El artículo 99 regula lo que atañe a la designación de la defensa pública, lo que recae en el Fiscal de la causa, el Juez o tribunal competente si la persona manifiesta que no puede nombrar un abogado. Este asunto representa una proposición sui géneris por cuanto la contraparte, para este caso el Fiscal, debe asignar un defensor público si el indiciado no cuenta con uno ni puede costearlo, situación que prevé inconvenientes, pues quien asigna, el Fiscal, deberá enfrentarse a él en una relación litigiosa no siempre fácil, por cuanto la investigación de delitos propone la investigación de actos humanos, que busca la defensa de bienes jurídicos tutelados en el contexto de una sociedad de clases cerradamente conservadora y que asume como cierto el trato diferencial de esos bienes jurídicos tutelados que el derecho define y defiende a través de todo un andamiaje de poder: jueces, magistrados, fiscales, defensores, policías y demás autoridades judiciales.

Es decir, el Sistema Acusatorio propone una justicia horizontal, pero la Teoría del delito es decididamente vertical porque bienes jurídicos como la vida y la propiedad son tutelados gradualmente distintos a otros bienes como la libertad y el honor.

Como el mundo entero no se ha librado aún de la sociedad de clases, ello plantea que no todos los bienes jurídicos tutelados tengan el mismo nivel de protección, pero también indica que dentro de un sistema adversarial el fiscal cuenta con más medios que la defensa a la hora de gestionar sus funciones, precisamente porque la sociedad reclama que los bienes o valores que el derecho penal defiende no caigan en saco roto, sino más bien que el Estado cuente con medios coercitivos efectivos y personal originario y de apoyo (fiscales y policía

judicial) a fin de que esos bienes jurídicos sean protegidos y que además a los transgresores de la ley se les sancione ejemplarmente, con motivaciones siempre sociales que llenen las expectativas de los asociados que creen en reglas, reglamentos, leyes formales hasta la Constitución Política, pues dichos instrumentos jurídicos han de velar por la conservación de la paz social y de la convivencia en general.

II

Pensemos en un sujeto que ha sido aprehendido por la policía en caso de flagrancia y ha sido detenido inmediatamente después de haber cometido el ilícito y mantiene en su poder un elemento de ostensibilidad (verbigracia, el bolso arrebatado a la señora).

El defensor debe estar atento a qué categoría jurídica pertenece esa acción humana, es decir, debe estar atento a cuál delito corresponde esta situación penal que adquiere, en cuanto llega a conocimiento del fiscal, la necesidad de una calificación justa, exacta y adecuada, pues de ello dependerá (quiero decir, del dominio que tengan los defensores sobre el tema de la Teoría del delito) qué tipo penal será el investigado, si de antemano sabemos que todo tipo penal cuenta con elementos integradores del delito así como elementos descriptivos de la conducta y de los sujetos activo y pasivo, de forma que el defensor debe tener la capacidad de definir qué conducta se adscribe al código penal que lo define, para poder iniciar las otras discusiones posteriores como la que se relaciona a la medida cautelar y al plazo de la investigación.

El defensor debe tener un rol activo e internalizar todos los elementos de la carpeta fiscal a fin de poder rebatir la calificación jurídica del delito si le es muy adversa a su cliente. De la calificación jurídica dependerá la imputación como acto de comunicación al indiciado de que se le adelanta una inves-

tigación penal en su contra. Si es un defensor que desconoce la Teoría del delito tendrá graves dificultades a la hora de rebatirle al fiscal sobre cuál tipo penal recae la conducta investigada, asunto gravísimo porque de esa calificación punitiva podrían depender tópicos como el plazo, las medidas de protección, si es que cabe su imposición, y la medidas cautelares.

Cuando nos referimos a la Teoría del delito queremos revitalizar tres tonalidades conceptuales: la primera de ellas se refiere al aspecto filosófico que anima el Código Penal, sus referentes doctrinales, sus finalidades, su causa gnoseológica como *origen de un conocimiento técnico y específico*; la segunda tonalidad conceptual hace referencia al manejo eficiente y sistemático de títulos, capítulos y el articulado, para poder reconocer los tipos penales y diferenciarlos, y la tercera hace referencia al poder de subsunción que debe hacer el defensor de la situación fáctica sobre si se ajusta en todo, no en parte, al tipo penal que ha imputado el Fiscal.

Cuando el defensor tiene poder de argumentar en dirección a demostrar que de una simple lectura se deriva un tipo penal distinto al que ha señalado el Fiscal, ha ganado la primera batalla. Si no lo logra porque la situación es demasiado clara, o se trata de un fiscal inteligente con muchos recursos intelectivos, debe apuntar entonces a otro tema: el del aseguramiento cautelar, lo cual supone un dominio absoluto de los artículos 222, 227 y 237

de la ley 63 del 2008.

La defensa pública en el Sistema Acusatorio deberá atender dos reconocimientos primordiales: el primero, de tipo conceptual: un dominio intelectual y pragmático del Código Penal y del Código de Procedimiento desde las órbitas filosófica, cultural y antropológica le será útil a su finalidad. El segundo reconocimiento importante hace referencia a la idea de trabajo corporativo e interdisciplinario, lo cual será una estrategia siempre necesaria por cuanto la complejidad del acusatorio, desenvuelto en fases, requerirá que las tareas sean asumidas por varios defensores, quienes deberán contribuir a la causa del indiciado bajo los parámetros de una labor desarrollada en grupo y en equipo.

Estimo conveniente sugerir a los litigantes que estudien a profundidad el derecho sustantivo penal así como el llamado derecho adjetivo, y que desarrollen las herramientas de la lengua y del discurso verbal y escrito, pues la oralidad más que un principio es una regla de operatividad, que debe ser asumida por todas las partes del proceso. Si las ideas son fecundas, pero existe incapacidad de verbalizarlas, ello podría acarrear la derrota en una causa que debió ser manejada no sólo con suficiente dominio de la teoría procesal penal en general, sino también con conocimiento del idioma como código que expresa maneras de pensar, de ser y de sentir.

