

**DEFENSA**  
**JURISPRUDENCIA SALA PENAL**

**GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ**

**Magistrado Ponente**

## DEFENSA

No hay carencia de defensa adecuada cuando el defensor no solicita la absolución por cuanto la realidad probatoria no lo permite o porque su honrada convicción moral lo lleva a la conclusión de la responsabilidad de su defendido.

El "ius puniendi" como potestad del Estado supone en éste el poder de adelantar, por intermedio del órgano competente, todas las diligencias tendientes al esclarecimiento del hecho presuntamente delictuoso en orden a establecer si en verdad existió, si entraña ilicitud sancionable penalmente, quién lo cometió y en qué circunstancias, todo con miras a imponer al responsable la condigna pena por su conducta reprochable.

Por su parte el sindicato tiene derecho a explicar su comportamiento y a que le sea valorado de acuerdo con la realidad procesal y dentro de los estrictos límites de lo justo.

Su defensa debe tener entonces, fundamentalmente ese objetivo, pudiendo aprovechar en su favor las deficiencias de la investigación y guardar silencio, si lo prefiere o manifestar que ignora los hechos o que no le constan, pero no desorientar maliciosamente la averiguación o tergiversar sus resultados.

Dentro de este planteamiento de lo que debe ser el derecho de defensa correctamente ejercido, cabe perfectamente la hipótesis de que un apoderado o defensor, ante la realidad procesal adversa a su representado, prescindida de ——— recurrir de decisiones proferidas en su contra, o llegue a solicitar, inclusive, su condenación,

pero en las circunstancias que más lo beneficien, sin que por eso pueda hablarse de falta de asistencia y técnica, ni, por lo mismo, de nulidad por menoscabo del derecho de defensa.

Estas consideraciones encuentran respaldo en la naturaleza de la profesión de la abogacía, que es de **medio** y no de **resultado**, y en la forma como el estatuto del Abogado concibe el ejercicio profesional de éste, que no es otra que la de una colaboración con la justicia y un compromiso con la verdad.

Las siguientes normas del Decreto 196 de 1971 sacan avantes esas apreciaciones:

Artículo 1o.— "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 2o.— "La principal misión del abogado es defender en **justicia** los derechos de la sociedad y de los particulares. . .".

Artículo 47.— "Son deberes del abogado: . . . 2) Colaborar **lealmente** en la recta y cumplida administración de justicia. . . 4) Obrar con **absoluta lealtad y honradez** en sus relaciones con los clientes".

Artículo 51.— "Son faltas contra la recta administración de justicia: . . . 2) **Promover, a sabiendas, una causa manifiestamente injusta**".

Artículo 52.— "Son faltas contra la lealtad debida a la administración de justicia: . . . 4) El uso a **sabiendas**, de

pruebas falsas o la desfiguración o amaño de las pruebas”.

Artículo 53.— “Constituyen faltas de lealtad con el cliente: 1) No expresarle su franca y completa opinión acerca del asunto consultado o encomendado. 2) **Garantizarle que de ser encargado de la gestión, habrá de obtener un resultado favorable**”. (las subrayas no pertenecen a los textos)

Por modo que el correcto proceder del abogado radica en prometer a su cliente vincular toda su capacidad profesional en la búsqueda y logro de una justa decisión para su caso que consulte a la vez sus intereses y los de la justicia, y así ha de explicárselo con honradez y claridad.

Cuando se trata de convenir o pactar sus servicios, puede éticamente excusarse de hacerlo, si advierte que la realidad de la causa que trata de encomendársele no le permitiría en ningún caso colmar las pretensiones exonerativas de su cliente.

Pero cuando se está en presencia de la defensa oficiosa le corresponde enfrentarla, salvo que proceda alguna de las excusas que establece la ley (art. 117 del C. de P.P.), y cumplirá, como se dejó dicho, con orientar su actividad hacia la debida explicación de la conducta del procesado y la obtención de la definición más favorable para su situación jurídica.

No hay carencia de defensa adecuada cuando el defensor no solicita la absolución por cuanto la realidad probatoria no lo permite o porque su honrada convicción moral lo lleva a la conclusión de la responsabilidad de su defendido. Se cumplen los fines de la asistencia legal, en ese supuesto, si se

procura la decisión más benéfica, con honestidad profesional y lealtad hacia el cliente y la justicia.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2a. Instancia. Abril 12 de 1984.

Magistrado Ponente:  
Dr. DARIO VELASQUEZ GAVIRIA

### EL EXSECRETARIO COMO DEFENSOR

**La validez de las actuaciones cumplidas por el Secretario que fue del juzgado, ya como defensor del procesado, no impide, sin embargo, que las considere violatorias de la ética profesional del abogado, por disponerlo así la prohibición contenida en el artículo 40 del Decreto 196 de 1971, conforme al cual en ningún caso podrá el abogado actuar en relación con asuntos en los cuales hubiere intervenido en ejercicio de funciones oficiales.**

La circunstancia de haber actuado en el proceso como Secretario u Oficial Mayor o con cualquier otro oficio subalterno, no está erigida como causal de nulidad de los procesos en los que, dejados esos empleos, tales personas ejercen luego los cargos de apoderados o de defensores, sanción que la ley ha reservado, expresamente, para los actos realizados en la intervención de quienes tienen otras calidades, los Senadores, Representantes, Diputados, Concejales, Consejeros Intendenciales y Comisariales, por ejemplo, quienes no pueden quebrantar las incompatibilidades que les comprenden sin producir la nulidad de las actuaciones en las que hubiesen intervenido y la de las decisiones de autoridad generadas en tales actuaciones, nulidad que cualquier persona o el Ministerio Público puede pedir que se

declare ante la autoridad competente (artículo 4o. de la Ley 11 de 1973)

La validez de las actuaciones cumplidas por el Secretario que fue del juzgado, ya como defensor del procesado, no impide, sin embargo, que las considere violatorias de la ética profesional del abogado, por disponerlo así la prohibición contenida en el artículo 40 del Decreto 196 de 1971, conforme al cual en ningún caso podrá el abogado actuar en relación con asuntos en los cuales hubiere **intervenido** en ejercicio de funciones oficiales (subraya la Sala), del mismo modo que es conducta del funcionario que atenta contra la eficacia de la administración de justicia la cumplida por el juez del conocimiento al permitir que litigara ante él una persona, como el ex-Secretario, que no estaba autorizada para ello, tal como lo establece el numeral 17 del artículo 95 del Decreto 250 de 1970, comportamientos uno y otro que deben ser disciplinariamente investigados.

Corte Suprema de Justicia. Casación. Junio 13 de 1984.

Magistrado Ponente:  
Dr. DANTE L FIORILLO PORRAS

Salvamento de Voto:  
Dr GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ

### SALVAMENTO DE VOTO

El cargo tercero, en opinión del suscrito, debió prosperar en el sentido indicado por el recurrente. La mayoría de la Sala ha estimado que el "ejercicio ilegal de la abogacía", cuando ésta se apoya en el desconocimiento de una de las incompatibilidades previstas por la ley, salvo lo relacionado con los miembros de corporaciones

públicas (Ley 11 de 1973 — 4), no invalida el trámite y, por tanto, debe reconocerse su absoluta idoneidad.

No lo entiendo así. Creo que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades tiene un valor tal que sobre la expresa conminación de la nulidad o de la inexistencia de lo actuado, para tomar determinaciones en este mismo sentido, cuando aparece su quebrantamiento. La naturaleza de estos frenos económicos, morales y jurídicos, de suyo tan graves y trascendentales como que, en algunos casos lleva al campo penal (artículo 144 y ss.) y siempre al contravencional (Decretos 250 de 1970 y 522 de 1971), permite advertir que el más seguro de sus correctivos para mantener y provocar su acatamiento, se traduce en impedir que la burla de sus restricciones y prohibiciones, pueda tener algún asomo o resultado de eficacia. De poco sirve, en este campo, castigar al que se ha olvidado de esos preceptos, si se deja incólume el acto realizado. Este, en múltiples casos, daña a terceros, resarcimiento que sólo es posible si se obliga a retrotraer la actuación cumplida. De no, el infractor quedaría satisfecho y hasta recompensado, pues la sanción personal de índole moral o patrimonial, aparecería como considerablemente menor a los lucros o provechos buscados u obtenidos con la ilegal operación.

La Ley 11 de 1973 consignó lo de la nulidad para enfatizar lo que se tenía por principio y desarrollo normal del precepto. En otras palabras, con o sin esta norma, la invalidación de lo actuado, cuando se contraviene el régimen de inhabilidades o incompatibilidades, es deducción obvia. Esta singularización no puede desconocer, en el artículo 413 del Decreto 196 de

1971, un igual efecto para otras inhabilidades distintas a las consagradas en la mencionada ley, y que en este estatuto, por lo que a él atañe, se indican en el artículo 39.

La valoración lógica de esta cuestión es la siguiente: si la incompatibilidad de los senadores, representantes, diputados, concejales, consejeros, intendentes y comisarios, implica en su desconocimiento, la invalidez de lo actuado, las demás incompatibilidades, señaladas en el artículo 413 y equiparadas a las de la Ley 11 de 1973, deben comportar igual tratamiento, máxime cuando la doctrina general jurídica se dirige a tomar esta consecuencia, así no la determine el correspondiente estatuto.

En consecuencia, la causal invocada debió hacerse refluir hacia la casación del proceso, pues no se entiende que el ejercicio ilegal de la abogacía, por violación de incompatibilidades, deje supérstite el procedimiento y lo consolide como válido. ¿Qué se diría entonces, de suceso similar, en este terreno, si la defensa se hubiera realizado por abogado suspendido o excluido de la profesión (41 = 3) o que litigó sin autorización legal (43 = 1), situaciones que tampoco comprometen al menos expresamente, como lo exige la Sala, la nulidad del procedimiento?

Esto indica que los aspectos del artículo 41 del Decreto 196 de 1971, salvo la previsión del numeral 4o., en donde el rigor interpretativo puede y debe atemperarse un poco, merecen ser estimados, en su quebranto, como que originan la invalidación de lo actuado.

GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ  
Magistrado

## FACTORES QUE PUEDEN AFECTAR LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

**La exacerbación partidista, ciertamente, es uno de los factores que más pueden afectar la correcta administración de justicia y que menos se corrige con medidas meramente procesales, cuando la intervención judicial se mantiene en el propio ámbito de la agitación banderiza.**

La exacerbación partidista, ciertamente, es uno de los factores que más pueden afectar la correcta administración de justicia y que menos se corrige con medidas meramente procesales, cuando la intervención judicial se mantiene en el propio ámbito de la agitación banderiza. Su presencia obstaculiza la labor forense por todos los medios disponibles, sean éstos lícitos o se caractericen de ilegítimos. Penetra su malsano efecto hasta las fuentes mismas de información de la verdad, hasta convertirlas, por su contaminación, en cosa ineficaz; impide y retarda la actuación de los funcionarios; y, por último, trata y hasta consigue deteriorar la decisión adoptada así ésta la más acertada y justa. Esta situación empeora cuando el medio en que estas fuerzas se desatan, se muestra provinciano, simple o fácil a la labor proselitista que amenaza o recompensa, y cuando carece de un desarrollo cultural, económico, religioso, crítico, policlasista, o muestra insuficiente auge de los medios de comunicación, que contrarreste su nociva influencia. La complejidad del asunto, que varía de naturaleza, forma, intensidad y alcance, recomienda alejarse de criterios estáticos o generales, al punto de constituir apreciaciones invariables para todos los casos y para todas las épocas. Unos y otras, por sus especiales pecu-

liaridades, pueden llevar a introducir modificaciones o variantes en valoraciones que, en apariencia, podrían tomarse como reglas inflexibles para resolver cuestiones afines o similares. De ahí que lo más prudente, como pauta para la Corte, sea examinar el caso concreto, con. . . . . todos sus perfiles circunstanciales (características de los hechos, estado del proceso, condiciones personales de los funcionarios, ambiente, posición de las partes y contrapartes, calidades de los medios de comunicación, etc.) para no fundar la opinión en conceptos demasiado amplios o demasiado severos, cerradamente tradicionales o insólitamente innovadores, que, por uno u otro aspecto, malinterpretan la realidad, en vez de acompasarse con ésta. No debe mirarse como desvío conceptual, como traición reprochable a juicios consagrados, como desorientación y anarquía de pensamiento, lo que aparenta ser variación y cambio de parecer, cuando se trata de un estudio

más particularizante y profundo de los hechos y por ello, con más entidad y esencia.

Esto indica, además, que la interpretación que en un momento dado toma la Sala sobre esta clase de cuestiones, al principio de la instrucción o en las primeras fases del juzgamiento, bien puede y debe mudarse si con el adelantamiento del proceso devienen circunstancias que permiten advertir no sólo la necesidad sino la conveniencia de sustituir a los jueces llamados a conocer del asunto, por razón territorial o geográfica, en guarda de la eficacia, buen nombre e independencia de la administración de justicia, tan amenazados cuando se trata de sopesar la resonancia de la pasión política.

Corte Suprema de Justicia. Concepto.  
Cambio Radicación. Mayo 17 de 1984  
Magistrado Ponente:  
Dr. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ