

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP154-2017
Radicación No. 48128
(Aprobado Acta No.007).

Bogotá D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de **PAULA ALEJANDRA AGUIRRE OCAMPO**, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga de 10 de marzo de 2016, que revocó la decisión absolutoria emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Tuluá de 10 de agosto de 2015, al hallarla penalmente responsable del delito de homicidio agravado en grado de tentativa, y en consecuencia, la condenó a la pena principal de 262.5 meses

de prisión y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de 20 años.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Fueron resumidos por el juzgador de segunda instancia de la siguiente manera¹:

*«La Fiscalía 34 Seccional de esta ciudad, acusó formalmente a la ciudadana PAULA ALEJANDRA AGUIRRE OCAMPO, por la conducta punible de **TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO**, según hechos ocurridos el 6 de junio de 2013, cuando la central de radio de la Policía Nacional informa acerca de una persona de sexo masculino, que ingresa a la clínica María Ángel de esta ciudad, herido al parecer por arma de fuego y que proviene del municipio de Riofrio, de inmediato el grupo de actos urgentes de turno de URI CTI, se dirige hasta dichas instalaciones para realizar las diligencias respectivas, solicitan su historia clínica y mediante información de las unidades de policía que lo transportaron, logran identificarlo como DEIMER MIGUEL PUERTA RICARDO, a quien intentaron entrevistar para tener conocimiento de los hechos, pero fue imposible debido a que fue intervenido quirúrgicamente por la gravedad de las heridas, posteriormente fueron informados por parte de los uniformados que lo trasladaron, que el herido cuando lo recogieron en la vía pública cerca del puente del río Cauca, aun se encontraba consciente y textualmente les manifestó (sic) que habían sido los de la SIJIN que lo habían agredido, en la dicha clínica (sic) se hallaban funcionarios de esta dependencia quienes desvirtuaron esta versión, aduciendo que esta persona había sido llevada en horas de la noche hasta dichas instalaciones por una patrulla de Infancia y Adolescencia, con el fin de identificar y verificar antecedentes, y donde una vez realizada esta diligencia, la misma patrulla que lo llevo hasta allí, llenó la salida en el libro y se fueron con esta persona a eso de las 21:00 horas, desconociendo su destino, la patrulla era conformada por los uniformados **PAULA ANDREA** (sic) **AGUIRRE OCAMPO**, JOSE ADOLFO CAICEDO LIBREROS y OMAR ANDRES CORTES ALVEAR, patrulleros activos de la Policía Nacional de la Unidad.*

¹ Cfr. Folio 250 de la carpeta de segunda instancia.

de Infancia y Adolescencia, donde según el personal de la SIJIN, y el pt. JOSE ADOLFO CAICEDO LIBREROS, asumió la responsabilidad en el caso.

Se practicó prueba de residuos de disparo a estos tres integrantes y se les solicita la entrega de las armas de dotación (pistolas SIG SAUER N° SP0100734, SP0152656 y SP 0100824, todas con dos proveedores y quince cartuchos), con el fin de solicitar experticia técnica, siendo entregadas por él Armerillo de la Policía, debidamente embaladas, rotuladas y sometidas a cadena de custodia».

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Mediante audiencia reservada, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Tuluá, el 14 de junio de 2013, impartió orden de captura contra los tres policías indiciados², José Adolfo Caicedo Libreros, Omar Andrés Cortes Alvear y PAULA ALEJANDRA AGUIRRE OCAMPO, como presuntos coautores del punible de tentativa de homicidio agravado.

El 17 de junio siguiente se legalizaron las aprehensiones de los gendarmes anteriormente mencionados, a quienes se les formuló imputación por el punible de tentativa de homicidio con circunstancias de agravación y se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad³.

² Cfr. Folios 2 y 3 de la carpeta 1.

³ Cfr. Folios 15 a 16 *ibidem*.

La audiencia de formulación de acusación se surtió el 9 de octubre de 2013⁴ convocando a juicio a los tres policías procesados por la presunta comisión, a título de coautores, del delito que les fue imputado. El 18 de mayo de 2014, los acusados José Adolfo Caicedo Libreros y Omar Andrés Cortes Alvear celebraron un preacuerdo con la Fiscalía mediante el cual se les eliminaron las circunstancias de agravación punitiva y se les endilgó responsabilidad como coautores del delito de tentativa de homicidio⁵.

El 21 de noviembre de 2014, tras la ruptura de la unidad procesal, se realizó la audiencia preparatoria⁶ en la que PAULA ALEJANDRA AGUIRRE OCAMPO estuvo defendida por su abogada suplente. En dicho acto, el juez ordenó todas las pruebas solicitadas por el ente acusador, mientras que las requeridas por la defensora fueron rechazadas en su integridad por haber omitido la requerida motivación respecto de su conducencia, pertinencia y utilidad al momento de solicitarlas, y no haber hecho el descubrimiento probatorio exigido en la norma.

El juicio oral y público contra la procesada se llevó a cabo el 5 de febrero⁷, 18 de marzo⁸ y 7⁹ y 8¹⁰ de mayo de 2015. La procesada estuvo defendida por un nuevo defensor de

⁴ Cfr. Actas sin foliatura obrantes en la carpeta 1.

⁵ Cfr. Folio 48 *ibidem*.

⁶ Cfr. Folios 65 y 66 *ibidem*.

⁷ Cfr. Folio 80 *ibidem*.

⁸ Cfr. Folios 140 a 141 *ibidem*.

⁹ Cfr. Folios 149 y 150 *ibidem*.

¹⁰ Cfr. Folios 152 y 153 *ibidem*.

confianza, quien solicitó la nulidad procesal a partir de la audiencia preparatoria por violación a los derechos a la defensa técnica y a la igualdad de armas, solicitud que fue denegada por el juzgador.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Tuluá emitió fallo absolutorio de primera instancia el 10 de agosto de 2015¹¹ al advertir dudas acerca de la materialidad de la conducta endilgada a la enjuiciada.

Apelado el fallo por el ente acusador y por el representante del ministerio público, la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga el 10 de marzo de 2016 revocó la decisión del *a quo*, y en su lugar, condenó a AGUIRRE OCAMPO a la pena principal de 262.5 meses de prisión y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de 20 años¹².

Contra la decisión de segundo grado el defensor de la acusada interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, el cual fue admitido por la Sala mediante auto de 24 de junio de 2016¹³.

LA DEMANDA

¹¹ Cfr. Folios 161 y 162 *ibidem*.

¹² Cfr. Folios 249 a 286 *ibidem*.

¹³ Cfr. Folios 5 y 6 de la carpeta de la Corte.

Con fundamento en la causal segunda de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor de PAULA ALEJANDRA AGUIRRE OCAMPO formula un cargo único contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, pues considera que la decisión revocatoria proferida por el juez de segundo nivel desconoció abiertamente la garantía del derecho a la defensa técnica que le asistía a su representada.

Con el fin de respaldar su solicitud, el censor cita ampliamente los pronunciamientos de la Sala sobre el derecho a la defensa técnica, la igualdad de armas, las etapas de la audiencia preparatoria y menciona varios casos en los que se ha declarado la nulidad de lo actuado por ignorancia o desconocimiento del sistema penal acusatorio.

Asegura que la abogada defensora que representó a su asistida durante la audiencia preparatoria de 21 de noviembre de 2014, carecía de la preparación jurídica, procedimental y probatoria necesarias, así como de las habilidades y conocimientos mínimos para litigar en el sistema penal acusatorio, sumiendo a la patrullera AGUIRRE OCAMPO en una indefensión equivalente a la ausencia física de un abogado, lo que para él se evidencia en sus intervenciones.

Esgrime que en la fase de observaciones al descubrimiento probatorio de la fiscalía, al concedérsele el uso de la palabra, la letrada afirmó que pese a haber recibido la totalidad de la carpeta del ente acusador el 13 de

noviembre de 2014, hasta el día de la audiencia que cursaba, es decir, el 21 del mismo mes y año, fue que pudo «*estudiar un poco más a fondo*» los documentos¹⁴.

Y que, luego de ello, presentó como observación, que la fiscalía, cuando realizó el descubrimiento del material probatorio, «*no entregó la cadena de custodia de los elementos mencionados en el escrito de acusación*», lo que resultaba apenas obvio pues lo que se le entregaba era la fotocopia de los documentos originales en donde reposaba la cadena de custodia¹⁵.

Igualmente señala que al concedérsele el uso de la palabra para que procediera a realizar su descubrimiento probatorio, la defensora expresó «*No su Señoría, aun no voy a hacer el descubrimiento*»¹⁶, incumpliendo con la ineludible obligación que le impone el numeral 2º del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, con lo cual se auto-descalificó para realizar las solicitudes probatorias que resultaban pertinentes y necesarias para demostrar la teoría defensiva del caso, evidenciando nuevamente que carecía por completo de las habilidades y de los conocimientos que demanda la litigación en el sistema acusatorio.

El demandante también sostiene que en la etapa de enunciaciones y solicitudes probatorias, la apoderada se mostró vacilante y confusa, por cuanto realiza observaciones al descubrimiento probatorio de la fiscalía, que obliga a que

¹⁴ Cfr. folio 348 a 350 de la carpeta.

¹⁵ Cfr. Folio 351 de la carpeta.

¹⁶ Cfr. Folio 353 de la carpeta.

el juez proceda a recordarle que esa es una fase ya superada, y que lo que debe hacer en ese momento es enunciar y sustentar, indicando la pertinencia y la conducencia de la totalidad de las pruebas que va a desarrollar en el juicio oral. Este proceder es para el censor revelador de la carencia de habilidades y conocimientos que el litigio en el sistema adversarial demanda.

Advierte asimismo, que la abogada no se encontraba preparada para enunciar y solicitar las pruebas, por cuanto requirió dos minutos de receso mientras las buscaba, y al señalar cada una de las pruebas, omitió sustentar su conducencia, pertinencia y utilidad, toda vez, que se limitó a mencionarlas sin explicar el contenido de ellas o lo que pretendía demostrar.

También destaca, que cuando el juez le preguntó a la letrada si tenía pruebas testimoniales, en un primer momento no recordó el nombre del investigador que había sido contratado por la familia de la procesada y a quien pretendía llamar al juicio, y solicitó el testimonio de quienes ya habían sido requeridos por la Fiscalía, vale decir, testigos comunes, pese a lo cual, la defensora olvidó sustentar su conducencia, pertinencia y utilidad, y omitió expresar una argumentación completa y suficiente que explicara por qué las atestaciones de estos testigos, que eran funcionarios de policía judicial, servían a la teoría del caso de la defensa y, por lo tanto, era imperativo interrogarlos directamente.

La deplorable argumentación dada, expresa el actor, le permitió a la fiscalía oponerse a las solicitudes probatorias de la defensa, invocando la ausencia de argumentación sobre la pertinencia y conducencia de las mismas, y la omisión de descubrimiento probatorio.

Resalta que con posterioridad a la etapa de estipulaciones probatorias, la defensora solicitó una nueva prueba testimonial, la del capitán Ramón David Vergel, sin tener claridad sobre quién era el testigo y sin aclarar su conducencia, pertinencia y utilidad, perdiendo la oportunidad de que se esclareciera si la justicia penal militar emitió, por los mismos hechos, pronunciamiento favorable para la procesada.

Y cuando el juez le dio el uso de la palabra a la apoderada, para que se expresara respecto de la solicitud de la fiscalía de para que se negaran las pruebas solicitadas por la defensa, afirmó que después del «nombramiento» iba a proceder a *“practicar la conducencia y la pertinencia, y correrles el traslado de cada una de las pruebas (sic)”*; y que cuando el juez le corrió el traslado de la negación de la práctica de los medios de convicción por ella solicitados, contestó que no tenía ninguna objeción.

Sostiene que con la primera afirmación dada por la defensa¹⁷, puso nuevamente de manifiesto la ignorancia acerca de la dinámica propia de la audiencia preparatoria,

¹⁷ *Ibidem*: “Que lo que iba a hacer era hacer el nombramiento, después de esto practicar la conducencia y la pertinencia y correrles el traslado de cada una de las pruebas”

toda vez que para ella, primero se realizaba el "nombramiento", luego "practicar la conducencia y la pertinencia", y finalmente, "correrles el traslado de cada una de las pruebas"; es decir, una audiencia preparatoria completamente al revés¹⁸.

Por último, recuerda que la decisión de rechazo, inadmisión o decreto de pruebas admite los recursos de reposición y apelación que la abogada en cuestión no interpuso, evidenciando nuevamente su carencia de las habilidades y conocimientos que demanda la litigación en el sistema acusatorio y de la preparación jurídica en aspectos procedimentales y probatorios básicos.

Para el censor, la actuación de la defensora durante la audiencia preparatoria produjo que la procesada afrontara el juicio sin una sola prueba que soportara su teoría del caso, es decir, sin una sola prueba de descargo que asegurara el contradictorio, razón por la cual jamás tuvo la oportunidad de refutar la hipótesis acusatoria en el juicio.

Aduce circunstancias relevantes que evidenciarían la violación del derecho a la defensa, tales como como la solicitud de nulidad que por este motivo realizó el defensor que sucedió a la defensora que intervino en la audiencia preparatoria, y en la que el juez definió que dicho debate debía ser planteado por el defensor en los alegatos de conclusión; y el reconocimiento por parte del *a quo* de la precaria asistencia

¹⁸ Cfr. Folio 395 de la carpeta.

jurídica de la procesada, al punto de afirmar que *«si bien es cierto hubo poca técnica podíamos llamar en ciertas situaciones, siempre la ciudadana acusada ha estado representada por abogados de confianza...»*¹⁹.

Afirma que aunque el juez de conocimiento fue consciente de la violación del derecho a la defensa y percibió la ignorancia de la defensora acerca de la estructura y dinámica del sistema, no procedió como garante de los derechos fundamentales.

Señala que un ejemplo del conocimiento del juez acerca de la indefensión en la que se hallaba la procesada, es que ante la solicitud de aplazamiento de la audiencia de juicio oral que realizó la nueva defensa, reconoció que *«Verificado, entonces, que la defensa, tal como se observa en la audiencia preparatoria, prácticamente quedó acéfala de pruebas y solamente ofrece, en este momento, el testimonio de la acusada [...] vamos a coordinar la fecha más cercana que podamos encontrar dentro de nuestra agenda»*²⁰.

Respecto de la repercusión que las equivocaciones de la defensa en la audiencia preparatoria produjo en la sentencia de segunda instancia, el libelista advierte, que la revocatoria del fallo de primer grado estribó exclusivamente en la declaración que la víctima hizo en el curso del juicio oral, a la que el juez plural le otorgó total credibilidad, tachando el amplio testimonio de AGUIRRE OCAMPO y omitiendo hacer

¹⁹ Cfr. Folio 410 de la carpeta.

²⁰ Cfr. Folio 419 de la carpeta.

mención a la situación de indefensión que padeció por ausencia de defensa técnica.

Afirma que la razón de la nulidad absoluta e insubsanable alegada se circunscribe a la actuación desastrosa de la jurista que obró como defensora en la audiencia preparatoria que afecta de invalidez la etapa de juzgamiento, por cuanto la legitimidad del juicio oral depende de la audiencia en la que se definen las bases probatorias que permitan confrontar la tesis acusatoria y defensiva.

Indica que la verdad declarada en el juicio no fue el resultado de la confrontación de tesis adversarias, sino la imposición de la única ventilada en el juicio, es decir, la tesis de la parte acusadora, razón por la cual la declaratoria de responsabilidad penal no puede reputarse legítima, puesto que la sospechosa no fue vencida en juicio, rodeada de garantías tales como la defensa técnica y la igualdad de armas.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia de sustentación del recurso extraordinario se realizaron las siguientes intervenciones:

1. El defensor

Aduce que fundamentó la demanda de casación en la violación del derecho a la defensa, tras evidenciar que la actuación desastrosa de la abogada que obró como defensora

de la patrullera procesada en la audiencia preparatoria, la dejó sumida en una indefensión equivalente a la ausencia física de un abogado para enfrentar el juicio oral.

Relaciona como actuaciones violatorias del derecho a la defensa técnica el no haber realizado el descubrimiento probatorio en la oportunidad legalmente destinada para tal efecto; no justificar las solicitudes probatorias en términos de pertinencia, conducencia y utilidad; y omitir interponer algún recurso contra el rechazo e inadmisión de las pruebas, mostrando su conformidad ante aquella determinación, todo lo cual lo lleva a deducir que la defensora no entendía la importancia de la audiencia preparatoria, del juicio oral, e incluso, de la trascendencia del derecho de defensa en la dinámica adversarial.

Solicita, en virtud de la imposibilidad de convalidación, la declaratoria de nulidad y, en consecuencia, requiere que se ordene la libertad provisional de la patrullera AGUIRRE OCAMPO.

2. El Fiscal delegado

Estima que la demanda de casación está llamada a prosperar, razón por la cual precisa la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria, por cuanto la actuación de la abogada sustituta de la acusada en dicha audiencia afectó el derecho de defensa en las reglas relativas al descubrimiento y la solicitud de pruebas.

Asegura que el desconocimiento de la técnica prevista en el sistema penal acusatorio se vio reflejado en las diferentes etapas exigidas en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, pues no obstante la procesada contó con la asistencia de diferentes profesionales del derecho, es evidente que la defensora que intervino en la audiencia preparatoria no contaba con los conocimientos suficientes para asumir su rol, ni la preparación necesaria para representar de manera idónea los intereses de su defendida.

Sustenta sus afirmaciones en las intervenciones de la letrada, en las que se evidencia el desconocimiento de las fases de la audiencia, tales como negarse a realizar el descubrimiento probatorio en la oportunidad señalada por el juez, y omitir hacer alusión a la pertinencia y conducencia de las pruebas en su momento, así como de la naturaleza del proceso adversarial, por cuanto se cumplió el juicio únicamente con las pruebas de la fiscalía y, en consecuencia, se eliminó toda posibilidad de defensa de la acusada para propender por una determinación diferente a la asumida por el Tribunal.

3. El Procurador delegado

Manifiesta que comparte el razonamiento realizado por el casacionista teniendo en cuenta que la defensa técnica no es una formalidad sino una garantía material que exige la actuación de un abogado con los conocimientos necesarios para amparar real y materialmente la causa del procesado.

Señala las mismas situaciones descritas en las anteriores intervenciones, las cuales evidencian que la profesional del derecho que asistió a la hoy condenada, no tenía la experiencia para intervenir en una audiencia preparatoria, por cuanto no identificaba los momentos procesales en los que debía realizar las observaciones probatorias y hacer las precisiones de conducencia y pertinencia de las pruebas, lo que condujo a la procesada a un juicio carente de elementos materiales probatorios y evidencia física defensiva, por lo que solicita casar la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Buga.

CONSIDERACIONES

Previo al examen del cargo propuesto, la Sala reitera que el recurso de casación se haya reglado en el Código de Procedimiento Penal como de naturaleza extraordinaria, que permite a las partes interesadas cuestionar ante la Corte Suprema de Justicia la total armonía de una sentencia de segundo nivel con el ordenamiento jurídico nacional y la correspondiente protección de derechos y garantías fundamentales durante el proceso, a fin de salvaguardar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios a estos inferidos, así como la unificación de la jurisprudencia²¹.

²¹ Cfr. *ibidem*, inciso 3° del art. 184.

En el presente asunto el recurrente formula un único cargo contra el fallo emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con sustento en la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 por violación al debido proceso, al considerar que el fallo del *ad quem* desconoció abiertamente la garantía del derecho a la defensa técnica que le asistía a PAULA ALEJANDRA AGUIRRE OCAMPO, en el entendido de que la profesional del derecho que la asistió en la audiencia preparatoria desconocía la estructura y dinámica de la misma.

Con el propósito de dar una respuesta clara al cargo admitido, la Sala estudiará la censura en tres acápites, así: (i) se referirá al derecho fundamental a la defensa técnica; (ii) se perfilarán las características de la audiencia preparatoria; (iii) se estudiará el caso concreto y; (iv) se hará alusión a las consecuencias de la prosperidad del cargo, que desde ya se anuncia.

1. El derecho fundamental a la defensa técnica (asistencia letrada)

La asistencia jurídica procesal por un profesional del derecho calificado, hace parte de las garantías fundamentales que se enmarcan en el artículo 29 de la Constitución Política nacional; en el canon 8, numeral e) de la Ley 906 de 2004; en el precepto 14, numeral e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²² y; en la

²² Artículo 14, numeral 3, literal d): "[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías

disposición 8ª, numeral 2º, literales d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³, pactos internacionales aprobados en el orden interno por las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente

Jurisprudencialmente²⁴, se ha reiterado que el derecho a la defensa *«constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial,...»*, que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente. La intangibilidad se predica de su carácter de irrenunciable, por cuanto debe el procesado designar un abogado de confianza y, en caso de que éste no pueda o no quiera, es obligación ineludible del Estado asignarle un defensor de oficio o público.

Es real o material cuando el actuar del defensor corresponde a actos tendientes a contrarrestar las teorías de la Fiscalía en el marco de un proceso adversarial, amparado por el principio de igualdad de armas, de manera tal, que no es garantía del derecho a la defensa la sola existencia nominal de un profesional del derecho²⁵.

mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a **defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección**; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.”

²³ Artículo 8º, numeral 2, literales d) y e): “(...) [d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de **ser asistido por un defensor** de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) **derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor** proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.”

²⁴ CSJ. SP. de 19 de octubre de 2006, Rad. 22432, reiterado en SP. de 11 de julio de 2007, Rad. 26827.

²⁵ *Ibidem*.

Se predica que el derecho a la asistencia letrada es permanente, pues debe ser ininterrumpido durante el transcurso del proceso, es decir, tanto en la investigación como en el juzgamiento. Por tanto, la no satisfacción de cualquiera de estas características, al ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido e impone la declaratoria de nulidad, una vez evidenciada y comprobada su trascendencia.

La violación al derecho a la defensa real o material, se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho.

En materia probatoria, se ha establecido que invocar la violación del derecho a la defensa en casación requiere que el demandante enuncie las pruebas que dejaron de practicarse por omisión del abogado defensor, con indicación de su pertinencia, conducencia y utilidad, así como la exposición de una debida argumentación tendiente a

evidenciar la posibilidad de haber sacado adelante una defensa más favorable al procesado²⁶.

En jurisprudencia reciente²⁷, esta Corporación advirtió que la falta de aptitud del abogado en la solicitud de pruebas en el curso de la audiencia preparatoria genera por sí misma una vulneración inadmisibile al derecho de defensa por cuanto:

«[...] [impide] que la verdad declarada en la sentencia [sea] el resultado de la confrontación de las tesis de dos adversarios, imponiéndose así la única ventilada en el juicio que, obviamente, [es] la acusatoria. De esa manera, la ineffectividad de la defensa material prácticamente anula las posibilidades de controversia y por esa vía se desvirtúa el fundamento epistemológico de un sistema procesal de corte acusatorio, como el colombiano».

En este sentido, la legitimidad del fallo depende de la verdad procesal de sus presupuestos, los que a su vez se derivan de la paridad de las partes en el contradictorio, es decir, de la puesta a prueba de sus teorías del caso, a través de su efectiva exposición a refutaciones y a contrapruebas, producidas por una defensa dotada de poderes análogos a los de la acusación.

La Sala, de tiempo atrás, ha dilucidado el rol del defensor en el nuevo sistema penal acusatorio, y lo ha contrastado con el de la Ley 600 de 2000, así²⁸:

²⁶ Cfr. CSJ. SP de 22 de abril de 2009, Radicado 26975; CSJ. SP de 14 de noviembre de 2002, Radicado 15640; y CSJ. AP de 12 de marzo de 2001, Radicado 16463.

²⁷ Cfr. CSJ. SP de 27 de enero de 2016, Radicado 45790.

²⁸ Fallo del 11 de julio de 2007, Rad. 26827.

«(...) es evidente que frente al procedimiento reglado en la Ley 906 de 2004, lo dicho por la jurisprudencia en materia de defensa técnica, en cuanto a que la táctica o estrategia concebida por el abogado "...según su fuero interno, capacitación, estilo y actitud ética...", bien puede consistir en asumir una actitud simplemente pasiva, silenciosa, expectante, debe ser revisado y matizado frente al nuevo ordenamiento procedimental. Una consideración como la aludida, no cabe duda, era admisible en el modelo de enjuiciamiento anterior, de corte mixto, en el que el acusador tenía la obligación constitucional y legal de "investigación integral" e imparcial, es decir, de escudriñar con igual celo lo desfavorable como favorable al procesado; en el que el juez gozaba en forma plena de la facultad o iniciativa probatoria con la misma finalidad, y en el que, por lo mismo, el procesado "...podía permanecer inactivo en el proceso, al tanto de lo que sobre su responsabilidad penal decidieran el fiscal y el juez de la causa.

Pero, en un sistema con tendencia acusatoria, adversarial, en el que la verdad acerca de los hechos no es monopolio del Estado, sino que debe construirse entre las partes, a las que se garantiza la igualdad de armas, y quienes llegan con visiones distintas de lo sucedido a debatirlas en un juicio regido por los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración y el respeto a las garantías fundamentales, con el fin de convencer al juez, tercero imparcial, de su posición jurídica, no es siempre acertado sostener que la defensa técnica se desarrolla en forma válida, efectiva y eficaz con una actitud de inercia, de simple complacencia o indiferencia ante la acusación de la Fiscalía.. (negritas agregadas).

De manera, que el derecho a la asistencia letrada pretende evitar desequilibrios entre los contradictores que puedan generar como resultado la indefensión y, en consecuencia, desde la óptica adversarial, promueve que las partes en contienda se opongan mutuamente a las pretensiones sustentadas del contrario.

Finalmente, el derecho a la asistencia letrada debe tenerse como cercenado cuando la defensa ejercida en concreto se revela determinante de indefensión, puesto que su estatus fundamental impide reducirlo a la simple designación de un abogado que represente los intereses, si redundando en una manifiesta ausencia de asistencia efectiva.

2. La audiencia preparatoria

El derecho a la defensa se halla inescindiblemente vinculado con el derecho a probar, por ello, la justeza y la legitimidad de la sentencia es inconcebible al margen de la existencia de una posibilidad real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos; en este sentido, el derecho que le asiste a la defensa a solicitar y a que le decreten las pruebas requeridas, constituye un presupuesto inexcusable del derecho al juicio justo.

La audiencia preparatoria es, justamente, el acto procesal por excelencia para realizar las solicitudes de las pruebas que habrán de practicarse en el juicio oral. Por tal motivo, la legislación exige que el procesado deba estar asistido durante esta diligencia por un profesional del derecho, que, como se ha dicho en el apartado anterior, debe ser idóneo para la representación de los intereses que se le confían, lo cual implica, entre otras cualidades, que sea depositario de los conocimientos y las habilidades necesarias para asegurar que el juicio será un escenario contradictorio, en el que su representado pueda ejercitar plenamente el

derecho a la defensa, bien sea por medio de la práctica de la prueba postulada y admitida en la audiencia preparatoria o, confrontando y contradiciendo las arrimadas por su contraparte.

Esta cualificación del defensor resulta relevante si se tiene en consideración que no basta con que se mencione la prueba que se desea practicar, sino que es necesario que se justifique su conducencia y pertinencia, por cuanto la norma legal establece las reglas que debe observar el juez respecto de las solicitudes probatorias que se realizan en la audiencia preparatoria, entre las que se encuentra, que su decreto esté condicionado a que éstas se refieran a los hechos de la acusación, y que se adecúen a las reglas de pertinencia y admisibilidad, lo cual hace inexorable una argumentación en tal sentido por parte del defensor.

En efecto, de conformidad con el artículo 355 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 2004, para la celebración de la audiencia preparatoria, es indispensable la presencia del fiscal, del defensor y del juez, por cuanto la secuencia de actos que éste último dirige buscan garantizar el derecho de las partes a conocer y controvertir las pruebas, motivo por el cual el juez debe velar porque su descubrimiento sea completo, pues su conocimiento se hace necesario para la adecuada preparación del juicio oral.

Seguidamente, las partes procederán a realizar la enunciación probatoria, que tiene como objeto el permitir el conocimiento de la contraparte, que faculte la etapa

siguiente, donde se establece qué, de todo lo enunciado anteriormente, habrá de llevarse a juicio para soportar la teoría del caso de cada una de las partes. Por ello, la fiscalía y la defensa tienen la obligación de solicitar al juez de conocimiento la admisión de los medios de prueba que pretenden hacer valer en el debate oral y público, con mención expresa de su pertinencia y conducencia, luego de lo cual el juez decide qué pruebas decreta y cuáles excluye.

La Sala, en auto de 21 de noviembre de 2012, destacó la importancia del descubrimiento probatorio²⁹:

«[...] el descubrimiento probatorio constituye parte de la esencia del sistema adversarial consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, y por tal motivo la fiscalía y la defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus averiguaciones y que pretendan sean decretadas como pruebas y practicadas en el juicio oral en sustento de sus argumentaciones, permitiendo de esa manera que la contraparte conozca oportunamente cuáles son los instrumentos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, elaborar las distintas estrategias propias de la labor encomendada en procura del éxito de sus pretensiones.» (Negritas agregadas).

Así, el correcto y oportuno descubrimiento probatorio por parte de la fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, y de la defensa en la vista preparatoria, constituye una condición *sine qua non* para la admisibilidad de la prueba por el juez, por cuanto el artículo 346 de la Ley 906 de 2004 le impone la obligación de rechazar todos los elementos probatorios y evidencia física que no sean

²⁹ Cfr. CSJ AP de 21 noviembre 2012, Radicado 39948.

descubiertos en la oportunidad legalmente establecida; es decir, no se pueden aducir al proceso, controvertirse o practicarse durante el juicio oral.

A su turno, el canon 139 señala el deber de rechazar de plano los *«actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos»*, y el artículo 359 *ibidem* dispone *«la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba»*.

Así mismo, el artículo 375 de la misma ley, establece las pautas para determinar la pertinencia de las pruebas solicitadas, y resalta la necesidad de que las mismas se refieran *«directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta»*, requisitos o condicionamientos que se deben respetar al resolver las solicitudes probatorias incoadas en la audiencia preparatoria.

Finalmente, es del caso resaltar que la Corporación ha decantado, respecto los presupuestos normativos de la prueba requerida, lo siguiente³⁰:

*«... la prueba es **conducente** cuando ostenta la aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento; es **pertinente** cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la*

³⁰ Cfr. CSJ. AP. 9 de septiembre de 2015, Rad. 46107.

*investigación o el juzgamiento; es **racional** cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, por último, es **útil** cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario.»*

3. El caso concreto

En el presente asunto el recurrente formula como único cargo la violación del derecho a la defensa técnica por parte de la defensora que la asistió a PAULA ALEJANDRA AGUIRRE OCAMPO en la audiencia preparatoria de 21 de noviembre de 2014 ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá, quien al omitir realizar el descubrimiento probatorio, dio paso a la inadmisión de pruebas pertinentes, conducentes y útiles tendientes a refutar la teoría inculpatoria de la fiscalía en el juicio oral y público. Para tal efecto, indispensable resulta presentar un recuento de lo ocurrido en dicho acto procesal, concretamente, en las partes en que intervino la entonces apoderada.

Pues bien, una vez realizada la identificación de las partes, el juez le solicitó a la defensora que manifestara las observaciones pertinentes en torno al descubrimiento probatorio realizado por la fiscalía en la vista anterior³¹, a lo que contestó que hasta el día de la audiencia que se desarrollaba -21 de noviembre-, tuvo la oportunidad de revisar la carpeta que le fue entregada el 13 de noviembre, así lo adujo la letrada³²:

«[...]Su señoría quiero manifestar que para la fecha... aproximadamente hace dos meses deje una copia de entrega de

³¹ Cfr. Record 1:40 de la Audiencia Preparatoria.

³² Cfr. Record 2:12 *ibidem*.

los documentos a la fiscalía para que se me hiciera entrega de toda la carpeta. Tal como consta el acta del jueves 13 del presente mes se me entregó dicha carpeta y hasta ahora pues obviamente he tenido la oportunidad hasta hoy 21 de leer y estudiar un poco más a fondo los cuadernos que me hizo muy amablemente entrega el señor fiscal, haciendo el descubrimiento real que se hizo del día 13 del presente mes, por ende su señoría la observación desde el día que deje radicada, incoada la solicitud para que la fiscalía me descubriera y me entregara dicho material. Por otra parte, observa esta defensa que la fiscalía no ha entregado la cadena de custodia de los elementos anteriormente mencionados en el escrito de acusación, asaltando a esta defensa de cómo ha sido, de cómo fue la recolección... o más bien, hallazgo, recolección y embalaje de los mismos elementos que más adelante pretende esta defensa hacer valer su señoría. [...] Entonces señor juez atendiendo a esa argumentación, las dos observaciones que hace esta defensa: uno es que el expediente se me hizo entrega de la totalidad el jueves de la semana pasada, es decir el 13 del presente mes, y que viene incompleta la carpeta de la cadena de custodia... o que la fiscalía manifieste en esta audiencia si esas cadenas de custodia no existen, o si es que la carpeta que se nos entregó como se manifestó en aquella oportunidad... que la fiscalía manifieste si hay o no hay cadena de custodia.»

Con el fin de tener mayor claridad sobre los elementos materiales probatorios, el juez le pregunta a la defensora si tiene todos los elementos que la fiscalía descubrió en la audiencia de acusación³³, a lo que responde: «No su señoría», por lo que cuestiona nuevamente cuáles le faltaban, a lo que ella asevera que «la práctica de pruebas de residuos de disparo en éste caso a la señorita Paula Aguirre [...]»³⁴, sin embargo, ante la ausencia de claridad afirma posteriormente que lo que le falta es «el comprobante de dotación de las armas asignadas»³⁵.

³³ Cfr. Record 11:46 *Ibidem*.

³⁴ Cfr. Record 12:25 *ibidem*.

³⁵ Cfr. Record 14:07 *ibidem*.

Superada esa fase, el presidente de la audiencia anuncia la continuación del procedimiento que para la audiencia preparatoria dispone el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, e interroga a la apoderada si hará el descubrimiento probatorio, a lo que ésta contestó: *«No Su Señoría, aún no voy a hacer el descubrimiento»*³⁶.

Seguidamente, el juez dispone la enunciación, por parte de la fiscalía y de la defensa, de la totalidad de las pruebas que harán hacer valer en la audiencia de juicio oral, con indicación de la pertinencia, conducencia y utilidad de las mismas³⁷. En su oportunidad, la defensa manifestó:

*«Su señoría, frente al rol que usted cumple, para verificar que el descubrimiento sea lo más completo posible como rector de este proceso, deseo dejar constancia en audio, y por ende en el acta de esta audiencia, que dentro de la audiencia de acusación se realizó el descubrimiento por parte de la Fiscalía, pero en el audio en el minuto 21 [...] segundo 39, uno de los defensores manifiesta que alguna de las pruebas que se leyeron en el texto y que son parte fundamental de la acusación no se descubrieron por parte de la fiscalía, entre ellas por nombrar algunas: la absorción atómica tomada a los acusados, entre ellos, la de mi prohijada, pero incluso señor juez, se me mencionan armas y vainillas, pero lo que es extraño... no se mencionó en el escrito de acusación el proyectil del cual más adelante en un peritazgo aparece un estudio. Corrido el traslado por parte del señor juez de la referente observación del defensor, el señor fiscal respondió en el minuto 23 según 10 lo siguiente: esto es un procedimiento de partes...»*³⁸

³⁶ Cfr. Record 17:10 *ibídem*.

³⁷ Cfr. Record 17:26 y 24:29 *ibídem*.

³⁸ Cfr. Record 24:45 *ibídem*.

Una vez interrumpida la exposición de la letrada, el juez le dice:

*«Doctora, pero es que ya pasamos ese aspecto, ese acápite ya se desarrolló, ya lo de las observaciones está. Estamos en lo puntual. ¿Qué pruebas va a presentar usted en la audiencia de juicio oral? Enúncielas y sustente su fundamentación **indicando la pertinencia y conducencia**. Ya estamos en lo previsto en el artículo 356, numeral tercero, donde usted tiene que enunciar la totalidad de las pruebas que va a desarrollar en juicio oral. Ya sus observaciones, sus constancias quedaron ya finiquitadas en el numeral primero.»³⁹.*

Defensora: Ya, Su Señoría⁴⁰... Su Señoría, solicito dos minuticos de receso mientras busco acá la, la la...las pruebas»⁴¹. (Destacado de la Sala).

Transcurrido más del tiempo requerido por la letrada para *buscar las pruebas*, arguye finalmente:

«Su Señoría, esta defensa quiere hacer valer los siguientes elementos: un CD, eh, donde contiene la grabación del CEADE. Eh... Su Señoría, un CD donde contiene las fases lunares para esa fecha de los hechos. Su Señoría, fotos en la cual se deja ver el lugar de los hechos, que está en un CD realizado por un investigador que la familia de la acusada contrató. La presentación... la reconstrucción del lugar de los hechos mediante un plano topográfico donde allí deja ver en qué posición quedó el vehículo en qué posición estaba mi prohijada, donde quiero hacer ver a ésta audiencia de que mi prohijada no tuvo o no pudo observar lo que sucedía, por la posición del vehículo y en el momento donde ella se encontraba sentada para la fecha de los hechos.⁴² El informe ejecutivo FPJ3, Su Señoría... Acta de inspección del lugar de los hechos FPJ9...Investigador de campo FPJ11... La epicrisis, eh, dada por el...La epicrisis del paciente Deimer "Migal" Puerta Ricardo. Esos son los elementos Su Señoría, con el cual quiero demostrar la inocencia de mi prohijada

³⁹ Cfr. Record 26:22 *ibídem*.

⁴⁰ Cfr. Record 26:57 *ibídem*.

⁴¹ Cfr. Record 27:55 *ibídem*.

⁴² Cfr. Record 33:55 *ibídem*.

y esclarecer la realidad de los hechos. Por eso, Su Señoría, le solicito que tenga en cuenta estos elementos»⁴³.

Finalizada la intervención anterior, el juez procede a preguntarle a la defensora si tiene pruebas testimoniales⁴⁴ a lo que responde⁴⁵:

«Defensora: Eh, sí, señor. Su Señoría, quiero llamar a declarar al... al investigador que se contrató por parte de la familia, eh...»⁴⁶

Juez: ¿Cómo se llama?

Defensora: Eh... Disculpe, Su Señoría, eh... Verifico el nombre...⁴⁷. Su Señoría, José Gregorio Vinasco, topógrafo»⁴⁸.

En este momento, la jurista cierra su carpeta, sujeta la de la Fiscalía y comienza a leer del escrito de acusación, y prosigue con su intervención.

«Su Señoría, solicito que se llame a declarar a...a la investigadora Amparo Yampuezán Bastidas y Jorge Andrés Franco, funcionarios del CTI de la ciudad, quienes elaboraron el formato único de noticia criminal, informe ejecutivo... para así presentarlo en juicio y determinar qué actividades realizaron para la presente fecha»⁴⁹.

Solicito que se llame a declarar al subintendente Pulo Andrés Piedrahita quien fungía como comandante para la fecha de los hechos en la unidad de infancia y adolescencia, al mando de los acusados para la fecha de los hechos. Solicito que se llame a declarar al señor Deimer Miguel Puertas Ricardo víctima de la presunta tentativa de homicidio por parte de mi prohilada y solicito que se llame a declarar al patrullero Daniel Estaban Valdez quien realizó el formato de primer respondiente sobre los hechos. Solicito que se llame a declarar el balístico forense, el

⁴³ Cfr. Record 35:35 *ibídem*.

⁴⁴ Cfr. Record 37:14 *ibídem*.

⁴⁵ Cfr. Record 37:32 *ibídem*.

⁴⁶ Cfr. Record 37:22 Cd. No.

⁴⁷ Cfr. Record 37:33 Cd. No.

⁴⁸ Cfr. Record 37:53 Cd. No.

⁴⁹ Cfr. Record 38:29 *ibídem*.

señor José Nelson Pérez, investigador criminalístico séptimo del CTI, quien elaboró en informe de laboratorio para la fecha de los hechos»⁵⁰.

Una vez acordadas y manifestadas las estipulaciones probatorias al fallador, éste procede con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, con el propósito de que la procesada manifieste si acepta o no los cargos imputados, a lo que decide no aceptarlos⁵¹.

A continuación, con fundamento en los artículos 357 y 359 *eiusdem* el juez le concede el uso de la palabra a la fiscalía y la defensora para que indiquen si desean solicitar alguna prueba adicional o, si por el contrario, se sustentan en las ya requeridas⁵². En esta oportunidad la abogada expresa lo siguiente:

«Su señoría sí, de pronto en la solicitud que hice me faltó por nombrar al señor capitán Vergel, quien para la fecha de los hechos [...] era, es, o no sé si... para la fecha de los hechos era el juez penal militar y él fue el que inició la investigación penal... entonces por lo tanto su señoría solicito respetuosamente a este despacho que se llame a declarar al señor capitán Vergel, eh... capitán Ramón David Vergel, Juez Penal Militar de Tulucá.»⁵³.

Cuando el juez se disponía a determinar las pruebas proclamadas por la letrada y que se pretendían llevar a juicio, el fiscal pide el uso de la palabra y se opone a que las mismas

⁵⁰ Cfr. Record 39:10 *Ibidem*.

⁵¹ Cfr. Record 46:50 *ibidem*.

⁵² Cfr. Record 47:30 *ibidem*.

⁵³ Cfr. Record 48:09 *ibidem*.

sean decretadas⁵⁴ por cuanto la apoderada no realizó el descubrimiento probatorio ni su respectivo traslado⁵⁵, así como tampoco hizo referencia a su conducencia y pertinencia⁵⁶.

Ante la solicitud de la fiscalía, la apoderada, tras tener el uso de la palabra, expresó⁵⁷:

«Su señoría, por parte de esta defensa quiere manifestarle a este Tribunal que es cierto que lo que iba a hacer era hacer el nombramiento, después de esto practicar la conducencia y la pertinencia y correrles el traslado de cada una de las pruebas su señoría (sic).».

Finalmente, el juez compartió la posición y argumentación de la fiscalía⁵⁸ y procedió a rechazar todas y cada una de las pruebas solicitadas por la defensa⁵⁹, decisión con la que ésta última se conforma al decir *«su señoría no tengo ninguna objeción»*⁶⁰.

Finalizada la relación de las actuaciones desplegadas por la defensora en la audiencia preparatoria, procederá esta Sala a realizar las reflexiones pertinentes a la ausencia de defensa técnica.

⁵⁴ Cfr. Record 54:20 y 01:02:40 *ibídem*.

⁵⁵ Cfr. Record 56:20 *ibídem*.

⁵⁶ Cfr. Record 58:39 *ibídem*.

⁵⁷ Cfr. Record 01:03:26 *ibídem*.

⁵⁸ Cfr. Record 01:05:40 *ibídem*.

⁵⁹ Cfr. Record 01:07:41 *ibídem*.

⁶⁰ Cfr. Record 01:10:50 *ibídem*.

Respecto de las observaciones que debía realizar la defensa al descubrimiento probatorio de la fiscalía, la Corte evidencia su falta de preparación, en tanto no revisó los respectivos documentos con la debida antelación que la gravedad del caso demanda, sino que esta labor se desarrolló dentro de la misma audiencia preparatoria.

Recuerda la Sala que el artículo 175 de la Ley 906 de 2004 establece que la vista preparatoria debe iniciarse dentro de los 45 días siguientes a la audiencia de formulación de acusación, término más que prudente para que las partes la preparen adecuadamente. En el *sub judice*, el término que transcurrió entre uno y otro acto procesal se extendió más de un año -de 9 de octubre de 2013 a 21 de noviembre de 2014, por cuanto argumentar que la defensa no pudo estudiar el material procesal sino hasta el mismo día en que se llevó a cabo la audiencia, evidencia notablemente su falta de interés en el proceso y de una óptima preparación de la defensa de la acusada.

Aun cuando la jurista solo acudió a la audiencia preparatoria en calidad de apoderada suplente, su actuación es disciplinariamente contraria a la de un profesional del derecho diligente y acucioso, pues el hecho de que solo ocho días antes de la audiencia preparatoria se interesara en recoger la documentación que había solicitado hacía dos meses así lo revela.

De igual modo, la afirmación realizada por la letrada, según la cual *«la fiscalía no ha entregado la cadena de custodia de los elementos anteriormente mencionados en el escrito de acusación»*, le permite a la Sala advertir el desconocimiento que ésta tiene respecto de la materia, pues bien tiene decantado la Sala que la cadena de custodia⁶¹:

«... es el conjunto de procedimientos encaminados a asegurar y demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física. Está conformada, entonces, por los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren elementos de convicción durante las diferentes etapas del proceso; se inicia con la autoridad que recolecta los medios de prueba desde el momento en que se conoce la conducta punible, y finaliza con el juez de la causa y los diferentes servidores judiciales. Así, al momento de recolectar las evidencias -llamadas a convertirse en prueba en el juicio oral- es necesario registrar en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo.»

Entonces, es preciso decir, que si se le hizo entrega de las copias de la totalidad de las carpetas, lo preciso era que la mencionada cadena de custodia estuviera adjunta a los elementos materiales probatorios descubiertos tal y como el fiscal adujo en su momento que estaba.

En este mismo aspecto se logra vislumbrar nuevamente la falta de preparación del caso, de conocimiento y de pericia de la abogada, pues confunde la prueba documental no descubierta, al referirse en menos de cinco minutos a *«la práctica de pruebas de residuos de disparo en éste caso a la*

⁶¹ Cfr. CSJ SP de 17 de abril de 2013, Radicado 35.127.

señorita Paula Aguirre»⁶² y, seguidamente, al «*comprobante de dotación de las armas asignadas*», deprecando, finalmente, la falta de descubrimiento tan solo de la segunda de las mencionadas.

Ahora bien, la negativa de la defensa a realizar el descubrimiento material probatorio en la oportunidad que para tal efecto se halla prevista, y posteriormente pretender que se admitiera la incorporación de informes y fotografías durante el juicio oral y público, no sólo demuestra la falta de preparación de la diligencia, sino la ignorancia de la estructura y de las etapas del proceso adversarial, así como del concepto de descubrimiento probatorio y su esencialidad en el trámite penal.

En la oportunidad procesal correspondiente a la enunciación de las pruebas que las partes procesales pretendían practicar en el juicio, el juez, aduciendo motivos de celeridad, les solicitó que, paralelo a ello, indicaran su conducencia y pertinencia, a lo que la defensora respondió procediendo a leer unas observaciones al descubrimiento probatorio realizado por la fiscalía, razón que condujo al presidente del acto procesal a interrumpir tan improcedente actuar, y a orientarla a realizar la enunciación de las pruebas requeridas. Pese a ello, su nueva intervención corrió con la misma suerte, pues no disponía en el momento de las pruebas, por lo que se hizo necesario un receso. Tal situación

⁶² Cfr. Record 12:25 *ibídem*.

hace ostensible, una vez más, la falta de idoneidad de la defensora.

Una vez finalizado el receso, la letrada enunció las pruebas cuya práctica solicitaba en el juicio oral; sin embargo, su intervención no corresponde al nivel de un profesional del derecho con la capacitación y experticia que exige la tarea asignada, pues el desconocimiento de algunos de los nombres de los testigos, la prescindencia de indicar la conducencia, pertinencia y utilidad solicitada por el juez así lo demuestran.

Respecto de las pruebas testimoniales, menciona solamente a José Gregorio Vinasco como testigo único de la defensa, pero omite exponer su conducencia y pertinencia. Así mismo, con base en el escrito de acusación, la profesional solicita que se llame a declarar a testigos que en su oportunidad, la fiscalía había requerido como suyos, a saber, Amparo Yampuezán Bastidias, Jorge Andrés Franco, Paulo Andrés Piedrahita, la víctima Deimer Miguel Puertas Ricardo, el patrullero Daniel Estaban Valdez y el balístico forense José Nelson Pérez. En ese orden de ideas, queda claro que lo que pretendía la defensa era contar con más testigos directos o propios, pero dejó de lado dar cumplimiento a las exigencias jurisprudenciales para la solicitud de testigos comunes⁶³:

⁶³ Cfr. CSJ SP de 21 de mayo de 2014, Radicado 42864.

*«Insiste la Sala en que no es que le esté vedado al defensor acudir a la práctica del testimonio común, pero si lo hace debe tener en cuenta que **le asiste el deber de agotar una argumentación completa y suficiente que le permita entender al juez de la causa por qué el contrainterrogatorio no será idóneo ni suficiente para satisfacer las pretensiones probatorias, encaminadas a sustentar la teoría del caso.**».* (Destacado de la Corporación).

Igualmente, resalta la Sala que la defensora también omitió indicar la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas documentales que enunció, así como el testigo por medio del cual se pretendían introducir, Obsérvese:

(i) Un CD de la grabación del CAD, en el que omite referenciar su contenido y cuál es su incidencia dentro de la actuación penal, así como su importancia en el esclarecimiento de los hechos materia de investigación; (ii) un CD de las fases lunares, en el que olvida nuevamente mencionar cómo el mismo era apto jurídica y legalmente para demostrar alguno de los hechos; (iii) un CD con fotos del lugar de los hechos, pero prescinde exponer lo que quería demostrar en concreto; (iv) un plano topográfico que reconstruye los hechos; (v) el Informe Ejecutivo FPJ-3 de 7 de junio de 2013⁶⁴, en donde consta que la pistola Sig Sauer SP2022 N° SP0152656 pavonada, con dos proveedores para la misma y 30 cartuchos lote 76/10, se hallaba asignada al patrullero Caicedo Libreros José; que la pistola Sig Sauer SP2022, pavonada, calibre 9 mm N° SP0100734, color negra con dos proveedores para la misma y 30 cartuchos calibre 9 mm, lote 76/10, estaba asignada a la patrullera AGUIRRE

⁶⁴ Cfr. Folio 103 del cuaderno del proceso.

OCAMPO; información que fue objeto de estipulación por las partes y en la que pasó por alto mencionar al funcionario con el cual se pretendía introducir al proceso⁶⁵; (vi) el Acta de inspección al lugar de los hechos FPJ-9, de 7 de junio de 2013⁶⁶, sin que realice mención alguna del funcionario por medio de la cual se incorporará, o a la conducencia y pertinencia y; (vii) el Informe de investigador de campo FPJ-11 de 7 de junio de 2013, rendido por los funcionarios anteriormente mencionados, por medio del cual se realizaron sesenta fijaciones fotográficas al lugar de los acontecimientos, y con relación al cual la defensora omite mencionar su pertinencia, conducencia y utilidad.

Cabe resaltar, que de las pruebas enunciadas por la defensora solamente en la del plano topográfico se aprecia una somera argumentación respecto de su conducencia y pertinencia; sin embargo, omite indicar el funcionario con el cual arrimará la prueba al proceso, requisito exigido por la ley y respecto del cual la jurisprudencia de la Sala ha sido reiterativa en sostener que⁶⁷:

«Si bien para la época en que se introdujo la prueba en mención no había entrado a regir el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 429 de la Ley 906 de 2004, que regula la presentación en juicio de los documentos, el cual autoriza a que éstos sean ingresados «por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física», de tiempo atrás las decisiones de esta Corporación sobre el tema reconocían la

⁶⁵ Cfr. Folio 137 *ibídem*.

⁶⁶ Cfr. Folio 105 *ibídem*.

⁶⁷ Cfr. CSJ. AP. de 3 de septiembre de 2014, Rad. 41908 y AP. de 13 de julio de 2016, Rad. 48125.

necesidad de que el documento que se pretendiera aducir en juicio, lo fuera a través de un testigo de acreditación que debía declarar sobre dónde y cómo lo obtuvo, quién lo suscribe, si es original o copia y los datos generales relativos a su contenido, a fin de acreditar aspectos que permitan determinar su autenticidad y pertinencia.

Así expresó su criterio la Corte en CSJ SP, 21 Feb. 2007, Rad. 25920, donde señaló:

La manera de introducir las evidencias, objetos y documentos al juicio oral se cumple, básicamente, a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aportó dice que es.

Posteriormente, en CSJ SP, 21 Oct. 2009, Rad. 31001, reiteró:

Respalda esta conclusión el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, referido al contenido del escrito de acusación. Establece su numeral 5º, titulado descubrimiento probatorio, que un documento anexo al mismo deberá contener:

(...)

"d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación".

(...)

"g) Las declaraciones o deposiciones".

Salta a la vista, pues, la obligación de introducir al juicio los medios de conocimiento distintos a entrevistas o declaraciones juradas, a través de testigos de acreditación. De lo contrario, en el literal g) transcrito se habría impuesto igual condición a la prevista en el d), donde sí resulta necesaria pues respecto de los elementos materiales allí relacionados es indispensable la refrendación de su procedencia.».

Como si lo anterior fuese poco, luego de ser notificada del rechazo de las pruebas por ella solicitadas, la defensora no interpuso recurso alguno que permitiera salvaguardar la notable desigualdad de armas en el desarrollo del juicio oral, en tanto que no contaba con ningún elemento probatorio que

sustentara su teoría del caso, ni con el cual pudiera contra argumentar la versión de los hechos propuesta por la fiscalía.

Del mismo momento procesal, advierte la Sala que la profesional del derecho no conocía, no comprendía, o no entendía cada una de las fases preclusivas de la audiencia preparatoria, pues tras el alegato del fiscal respecto del rechazo de las pruebas, afirmó, que una vez realizara las solicitudes, observaciones y demás, procedería con el descubrimiento probatorio.

Su omisión, es demostrativa de su desconocimiento absoluto de las reglas relativas al descubrimiento probatorio, y una apropiada, clara y oportuna solicitud probatoria a favor de su asistida, con lo que ocasionó una evidente desigualdad respecto de las dos teorías del caso enfrentadas en el proceso penal, pues la tesis que la defensa presentara en el juicio oral carecería totalmente de sustento probatorio, afectando gravemente el derecho a la defensa de la enjuiciada.

Como puede observarse, no basta con el que la procesada se halle nominalmente asistida por un profesional del derecho, sino que se requiere que éste sea idóneo para el desempeño de su labor, pues solo de esta forma procurará una óptima defensa de sus intereses y dotará de legitimidad la determinación judicial, sin importar el sentido de ella.

En otras palabras, en el presente caso, pese a que PAULA ALEJANDRA AGUIRRE OCAMPO contó con la asistencia de una abogada defensora, las actuaciones que ésta realizó se tornaron torpes, desacertadas y abiertamente equivocadas, que la dejaron en una indefensión material que se extendió hasta el desarrollo del juicio oral y a la decisión del proceso.

En ese orden de ideas, es justo señalar, que la violación al derecho a la defensa técnica de la acusada es el resultado de la ineptitud por parte de la profesional del derecho, pero también de las demás partes e intervinientes dentro del proceso, por cuanto, con el fin de buscar celeridad, el juez y el agente del ministerio público⁶⁸ olvidaron efectuar la vigilancia y corrección de las garantías y derechos fundamentales de AGUIRRE OCAMPO. Recuérdese que conforme con las disposiciones de la Ley 906 de 2004, son deberes del juez: (i) ejercer los poderes disciplinarios y aplicar las medidas correccionales encaminadas a asegurar la eficiencia y transparencia de la administración de justicia⁶⁹; (ii) dejar constancia expresa de haber cumplido con las normas referentes a los derechos y garantías del imputado o acusado y de las víctimas⁷⁰; y (iii) corregir los actos irregulares⁷¹.

En el presente asunto es clara la falta de vigilancia y corrección por parte del juez de conocimiento y de la

⁶⁸ Constitución Política de Colombia Artículo 277.7 y Código Penal Artículo 111 literal f.

⁶⁹ Artículo 138.2 de la Ley 906 de 2004.

⁷⁰ Artículo 138.6 de la Ley 906 de 2004.

⁷¹ Artículo 138.3 de la Ley 906 de 2004.

representante del ministerio público respecto a la actuación de la abogada defensora. Incluso, el juez pone de manifiesto que es consciente de los errores cometidos al momento de sustentar su decisión de no decretar las pruebas, obsérvese:

«Brindado entonces ya, la argumentación de la Fiscalía, una vez ya decretada las pruebas de la Fiscalía, sin ninguna observación por parte de la defensa, al entendido que ya han sido decretadas estas pruebas, vamos entonces a resolver las que ha reclamado la defensa.»⁷²

La defensa a bien tuvo, en su momento procesal oportuno, cuando se le corrió traslado de lo reglado en el artículo 356 numeral segundo del Código de Procedimiento Penal, se sirviera descubrir los elementos materiales probatorios que tenía para hacer valer en juicio, manifestó que por el momento no los iba a descubrir cuando era el estadio procesal para haber trasladado esos elementos y esa evidencia a las partes que concurren a este acto público, más que todo a la fiscalía⁷³.

Luego, continuando con el trámite normal del artículo 356, se le dio la oportunidad para que conforme al numeral tercero del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, enunciara las pruebas que iba a hacer valer en juicio, se le requirió para que de una vez, a efectos de celeridad procesal, nos indicara la pertinencia, conducencia de las mismas, y simplemente se limitó a hacer referencia de lo que presuntamente iba a utilizar en juicio⁷⁴.

Luego, cuando se le dio nuevamente la oportunidad conforme al artículo 357 y 359 del Código de Procedimiento Penal, volvió a referir y hizo enunciación de varios testigos que deseaba se le fueran llamados a este juicio (sic). Desafortunadamente, tal como lo advierte el delegado fiscal y de acuerdo al direccionamiento de la Corte Suprema de Justicia, el descubrimiento tiene que ser realizado antes de enunciar las pruebas⁷⁵.

En este caso, adolece de ese factor el descubrimiento oportuno de las pruebas, al extremo de que ya se van a ordenar las mismas y ni siquiera se dio traslado al descubrimiento de la misma. De igual manera, existe poca o nada de fundamentación frente a los testimonios que la defensa pretende hacer valer en juicio (sic).⁷⁶

[...]

⁷² Cfr. Record 1:03:47 *ibídem*.

⁷³ Cfr. Record 1:04:10 *ibídem*.

⁷⁴ Cfr. Record 1:04:43 *ibídem*.

⁷⁵ Cfr. Record 1:05:18 *ibídem*.

⁷⁶ Cfr. Record 1:05:52 *ibídem*.

Deberá, entonces, supeditarse a lo que desarrolle la Fiscalía frente a lo que posiblemente pretendía la defensa entorno a esa iniciación previa de la justicia penal militar con el testimonio que presente [...] la Fiscalía sobre el secretario de ese despacho. Considera entonces el despacho... este estrado, que por el momento se encuentran infundadas o falta de motivación, las pruebas reclamadas por la defensa y por ello, no podrán ser admitidas en esta instancia procesal.»⁷⁷.

Debido a todo lo anterior, la Sala concluye que le asiste razón al defensor en su censura, más aun cuando resulta imposible aplicar el criterio de convalidación de las nulidades, pues en el entendido de que éste sana, con el consentimiento expreso o tácito del perjudicado las garantías fundamentales cuando en el transcurso del proceso se presente alguna irregularidad, puesto que los profesionales del derecho que siguieron a la defensora de la audiencia preparatoria, solicitaron expresa y constantemente durante su actuar, la nulidad desde aquella etapa procesal.

Lo anterior, le impone a la Corte otorgar una protección real al derecho de la procesada a ser vencida en juicio, con el pleno respeto de sus garantías fundamentales, entre ellas, la defensa material, razón por la cual se ordenará retrotraer la presente actuación a la audiencia preparatoria, tal y como lo ha solicitado el censor y los delegados de la fiscalía y del ministerio público para la casación penal. El cargo prospera.

Ahora bien, de la motivación del juez saltó a la vista que era consciente que la labor de la defensora no se ajustaba a los estándares legales ni constitucionales y, pese a ello, se

⁷⁷ Cfr. Record 1:07:41 *ibídem*.

abstuvo de intervenir, como era su deber, para garantizar una adecuada defensa para la procesada. Ello justifica que la Sala le haga un llamado de atención, extensivo al representante del ministerio público, pues como garante del derecho a la defensa (artículo 11, numeral 1, literal f) de la Ley 906 de 2004), debió advertir tan flagrante vulneración y requerir su restablecimiento.

Así mismo, se compulsarán copias de este proceso al Consejo Superior de la Judicatura, con el objeto de que se investigue disciplinariamente a la abogada que ejerció la defensa técnica durante el desarrollo de la audiencia preparatoria incumpliendo los deberes que la profesión el impone.

Debido a que en la actuación no existe constancia de que la procesada se halle privada de libertad, no se procederá a ordenar su excarcelación. De lo que sí existe certeza es de que en su contra se libró orden de captura por parte del Tribunal⁷⁸, razón por la cual se procederá a ordenar su cancelación.

Ahora bien, en el supuesto de que la acusada se encuentre materialmente privada de la libertad por cuenta de este proceso, se ordena librar la correspondiente boleta de libertad por el centro de servicios judiciales competente, debido a los efectos que la presente decisión tiene sobre los términos procesales, pues como quiera que las diligencias se

⁷⁸ Cfr. Folio 290 de la carpeta 1.

retrotraerán a la audiencia preparatoria, inclusive, se superan los términos máximos previstos en el numeral 5 del artículo 317 de la Ley 906 de 2004. Lo anterior en consideración a la solicitud hecha por el abogado defensor.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

Primero: Casar la sentencia condenatoria proferida contra PAULA ALEJANDRA AGUIRRE OCAMPO por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa.

Segundo: Decretar la nulidad de lo actuado en este proceso a partir de la audiencia preparatoria, inclusive.

Tercero: Ordenar la cancelación de la orden de captura librada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en razón de estas diligencias contra PAULA ALEJANDRA AGUIRRE OCAMPO. En el supuesto de que la procesada estuviere privada de libertad por cuenta de este proceso, se agotará el trámite establecido en la parte motiva de esta decisión.

Cuarto: Remitir el proceso al juzgado de origen, para que se reponga la actuación a partir de la preparación del

juicio oral, inclusive, salvaguardando las garantías debidas a las partes, especialmente, la defensa técnica de la acusada.

Quinto: Compulsar copias de la presente actuación ante el Consejo Seccional de la Judicatura competente, con el objeto de que se investigue disciplinariamente a la abogada que nominalmente ejerció la defensa técnica durante la audiencia preparatoria.

Sexto: Llamar la atención del funcionario que fungió como Juez Tercero Penal Municipal del Circuito de Tuluá el 21 de noviembre de 2014 y a la Procuradora Delegada en lo Penal que intervino en la audiencia preparatoria a que hace referencia la presente decisión, para que en lo sucesivo ejerzan una adecuada vigilancia y supervisión del cumplimiento de las garantías debidas a las partes e intervinientes en los procesos en que intervengan.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO


FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ


EYDER PATIÑO CABRERA


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria