

RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
NÚMERO DE PROCESO	: 45790
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: <a href="#">SP490-2016</a>
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 27/01/2016
DELITOS	: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones
FUENTE FORMAL	: •Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. / •Convención Americana sobre Derechos Humanos. / Constitución Política de Colombia de 1991 art. 29, 116, 250, 251 / Ley 74 de 1968 / Ley 16 de 1972 / Ley 906 de 2004 art. 8-e, 355-2, 457 / Acto Legislativo 03 de 2002 art. 4

**TEMA: DERECHO DE DEFENSA** - Garantía de rango constitucional / **DEFENSA TÉCNICA** - Garantía intangible, permanente y real

«El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho del sujeto pasivo de la acción penal a la asistencia letrada, cualificada o científica como presupuesto esencial del debido proceso penal, cuando indica que: “[...] Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; [...]”. Por su parte, el artículo 8º, numeral e), del código procesal de 2004, consagra a favor del procesado el derecho a ser asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado. Esa garantía igualmente se encuentra reconocida en tratados internacionales ratificados por el Congreso de la República que, en virtud del artículo 93 superior, “prevalecen en el orden interno”, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobados por las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente.

En relación a la importancia y características de la defensa técnica en materia penal, la Corte Constitucional ha advertido que “... hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses”, agregando que de esta última se exige “..., en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida a asegurar no solo el respeto por las garantías del acusado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas a derecho”.

En la misma línea, esta Corporación ha reiterado que la defensa técnica “constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial,...” y que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente. “La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio; material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva y finalmente la

permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones”.

Por resultar particularmente de interés para el asunto bajo examen, en relación a la segunda de tales características se trae a colación el fallo de casación del 11 de julio de 2007, rad. 26827, en el cual se aseveró que:

“El carácter obligatorio de la defensa técnica, sin embargo, no es suficiente para que en el proceso penal pueda reputarse como cabalmente satisfecha la respectiva garantía constitucional, pues además debe ser efectiva, es decir, no basta con que al imputado se le de la oportunidad de contar con un abogado que lo asista y lo represente en la investigación y en el juicio, sino que debe ser real o material, esto es, traducida y perceptible en actos de gestión que la vivifiquen,...”».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de igualdad de armas: relación con el derecho a la defensa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio adversarial: facultades y obligaciones de la defensa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Defensa técnica: rol del abogado defensor

«Mediante el Acto Legislativo No 03 del 19 de diciembre de 2002 se introdujeron sendas modificaciones a los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, cuyo objetivo fue el de permitir la adopción de un sistema de enjuiciamiento penal de naturaleza acusatoria, tal y como expresamente se reconoció en el artículo 4º, no obstante la introducción de algunas peculiaridades como son: a) la adversarialidad es matizada porque, a más de la fiscalía y la defensa, en el proceso intervienen el Ministerio Público y las víctimas; b) el rol del juez no se corresponde con el de un “mero árbitro” ya que debe propender por la aplicación de la justicia material y por la defensa de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes; c) la fiscalía continúa adscrita a la rama judicial y ejerce algunas funciones de ese orden; y d) se mantiene una concepción fuerte del principio de legalidad y la disponibilidad excepcional de la acción penal siempre está sujeta a decisión judicial, entre otras.

La introducción del principio adversarial trajo consigo el de igualdad de armas y éste, a su vez, necesariamente incide en el ámbito y en la función de la defensa técnica, tal y como lo ha precisado el tratadista italiano Luigi Ferrajoli:

“Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel de contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos.

La primera de estas dos condiciones exige que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público. (...)”

Además, en su obra cumbre “Derecho y razón”, dilucidó con precisión la importancia de la labor del defensor en la construcción de la prueba como medio para obtener un conocimiento fiable de los hechos en los procesos adversariales:

“La principal condición epistemológica de la prueba en los sistemas acusatorios en los que se desplaza la carga de aquélla sobre la acusación es “la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado

infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas. La defensa, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes...”

En el mismo sentido, nuestro tribunal constitucional determinó los contornos que adquirió la asistencia cualificada en materia penal a partir de las características del procedimiento acusatorio acogido en el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004. Así lo explicó en la sentencia C-127 de 2011:

“En relación con el derecho a la defensa técnica, conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de “igualdad de armas”, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es particularmente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales. Para la Corte, el principio de igualdad de armas “constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”.

Por último, esta Corte de Casación desde años atrás ya había aclarado lo concerniente al rol del defensor técnico en el vigente sistema procesal de marcada tendencia acusatoria y sus diferencias con el que antes regía, así:

“(…), 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”».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Defensa técnica: desconocimiento de la mecánica propia del nuevo sistema, evento en que se vulnera el derecho

/ **SISTEMA PENAL ACUSATORIO**- Defensa técnica: nulidad, actos de impericia o torpeza

«Como quiera que el demandante plantea como cargo único la violación al derecho a una defensa técnica efectiva que determinó la inadmisión de pruebas pertinentes y útiles en la demostración de los hechos materia de acusación y que, en consecuencia, evitó que al juicio se introdujera una visión histórica que refutara la teoría del caso de la fiscalía y que potencialmente generara una decisión de inocencia y no de responsabilidad penal; forzoso resulta presentar un recuento de lo ocurrido en la audiencia preparatoria, especialmente de aquellas partes en las que intervino el entonces defensor de CJCP, con el objeto de verificar los argumentos de la demanda y, luego, definir las consecuencias jurídicas que correspondan.

[...]

Se concluye que a pesar que la estrategia manifiesta de la defensa desde la audiencia preparatoria consistió en incorporar pruebas testimoniales y documentales que refutaban la acusación; la ignorancia y la falta de aptitud del abogado que ejerció la defensa en aquella audiencia, en relación al debido proceso probatorio contemplado en la Ley 906 de 2004 y a las más elementales nociones del régimen de las pruebas y de los recursos judiciales, impidió que la verdad declarada en la sentencia fuera el resultado de la confrontación de las tesis de dos adversarios, imponiéndose así la única ventilada en el juicio que, obviamente, fue la acusatoria. De esa manera, la ineffectividad de la defensa material prácticamente anuló las posibilidades de controversia y por esa vía se desvirtuó el fundamento epistemológico de un sistema procesal de corte acusatorio, como el colombiano.

En las circunstancias anotadas queda evidenciada una vulneración flagrante al derecho a la defensa técnica del acusado, la cual ocurrió no por la ausencia absoluta de un profesional del derecho ni por la inexistencia de actos positivos de gestión, sino porque su ejercicio durante la fase trascendental de preparación del juicio oral, en la cual se definían las bases probatorias que permitirían confrontar las tesis de la acusación y de la defensa, estuvo a cargo de un abogado que carecía de las mínimas habilidades y conocimientos para litigar en el sistema acusatorio adoptado por la Ley 906 de 2004. Es decir, a pesar de la presencia formal de un profesional del derecho y de la realización de algunas actuaciones, éstas fueron tan torpes, tan estultas y tan manifiestamente equivocadas que dejaron en una indefensión material al acusado que extendió sus efectos al posterior desarrollo del juicio y, eventualmente, a la definición del proceso.

No sobra precisar que, tal y como lo advirtió la delegada del Ministerio Público, en el presente evento la demanda de casación no consistió en un ejercicio de descalificación de la estrategia del abogado que lo antecedió en la defensa de CJCP, sino en la exposición de una serie de reparos a la actuación del defensor en la trascendental fase de preparación del juicio oral que frustraron la incorporación del soporte probatorio necesario de la táctica defensiva, los cuales tuvieron lugar debido a la ausencia de las habilidades y de los conocimientos que demanda la litigación en el sistema acusatorio, inclusive, algunas veces, de la preparación jurídica en aspectos procedimentales y probatorios básicos. Por ende, tampoco se está en presencia de meras omisiones que permitieran hablar de una inaceptable defensa pasiva; por el contrario, hubo actividad del letrado pero esta fue manifiestamente errónea y torpe».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez: deberes, salvaguardar los derechos de los sujetos e intervinientes, vulneración del derecho a la defensa técnica

«No puede dejarse a un lado que la violación al derecho a una defensa técnica fue el resultado de la ineptitud por parte del abogado que la ejerció, pero también de la falta de vigilancia y corrección de la juez de conocimiento en el aseguramiento de las garantías fundamentales del acusado. Recuérdese que son deberes del funcionario judicial el de salvaguardar los derechos de todos los intervinientes en el proceso dejando constancia, inclusive, del cumplimiento de esa garantía, y el de corregir los actos irregulares. En el asunto que se decide, la juez no garantizó ni una defensa técnica efectiva ni la igualdad de armas; muy a pesar que en sus múltiples requerimientos de aclaración al defensor, en sus constantes correcciones, en la concesión de tiempos adicionales para la preparación de aquél y hasta en su decisión de decretarle una prueba sin que hubiese cumplido los requisitos para su admisión, refulge que advirtió las irregularidades defensivas y no las evitó ni las corrigió adecuadamente».

**NULIDAD** - Defensa técnica: inadecuado ejercicio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia preparatoria: derecho de defensa técnica

«El derecho del acusado CJCP a una defensa técnica real únicamente puede restablecerse mediante la anulación parcial del proceso, conforme lo establece el artículo 457 del C.P.P./2004, sin que esa lesión sea subsanable en virtud de los principios de instrumentalidad de las formas, de protección o de convalidación porque se trata de una garantía fundamental. Mucho menos es admisible sostener, como lo hace la fiscalía no recurrente, que la inexistencia material de la defensa técnica en la fase preparatoria se solventó con la activa intervención del defensor que asistió al juicio, pues olvida que el desarrollo de éste último en lo que hace a la práctica probatoria, viene delimitado por las decisiones adoptadas en la primera. Además, la presencia del defensor es presupuesto de validez de la audiencia preparatoria (art. 355, inc. 2º, ibídem) y aquella no puede entenderse como una mera condición óptica sino como la garantía de una representación experta, sin la cual se produce una indefensión equivalente a la ausencia física de un abogado».

**DEFENSA TÉCNICA** - Investigación disciplinaria al abogado negligente

«Se compulsarán copias de la presente actuación con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, con el objeto de que se investigue disciplinariamente al abogado que nominalmente ejerció la defensa técnica durante la audiencia preparatoria, por haber incumplido los deberes que la profesión le impone».

#### **JURISPRUDENCIA RELACIONADA:**

Rad: 26827 | Fecha: 11/07/2007 | Tema: DEFENSA TÉCNICA - Garantía intangible, permanente y real

Rad: C-127 | Fecha: 02/03/2011 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Principio adversarial: facultades y obligaciones de la defensa

---