

## **NULIDAD** - Derecho de defensa, técnica en casación

Auto Casación	
FECHA	: 05/12/2007
PROCESO	: 28638

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala ha tenido oportunidad de reiterar que el recurso extraordinario de casación no ha perdido las características que lo identifican como un medio de impugnación de la sentencia de segunda instancia, esencialmente reglado, independientemente de que hoy día se ejerza como un mecanismo de control constitucional y legal, en procura de corregir el agravio inferido a los sujetos procesales y, además, de garantizar la efectividad de los derechos humanos de conformidad con el bloque de constitucionalidad(1).

Si lo pretendido es acusar nulidad por afectación sustancial de la garantía del derecho de defensa, en su aspecto técnico, de acuerdo con la causal segunda de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante debe probar que el sujeto pasivo de la acción penal no estuvo asistido por un profesional del derecho, o que habiendo contado con abogado, éste no ejerció un real despliegue de argumentos tendientes a beneficiar la condición de imputado en todo el decurso de la investigación y trámite procedimental, principalmente en lo que se refiere a la controversia de la acusación y obtención de una decisión lo más favorable posible a sus intereses o que los funcionarios judiciales de alguna manera obstaculizaron la labor defensiva.

Entre los derechos inherentes al imputado, de conformidad con la garantía procesal contenida en el artículo 8° del estatuto procesal de 2004, ciertamente está el de ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado y tener comunicación privada con él antes de comparecer frente a las autoridades.

La designación del defensor procede desde el momento de la captura si hubiere lugar a ella, desde la formulación de la imputación, o, incluso, desde la comunicación que de esa situación le haga la fiscalía, pero, en todo caso, el imputado deberá contar con asistencia letrada desde la primera audiencia a la que fuere citado, bien sea que lo haya nombrado libremente o, en su defecto, que hubiese sido asignado por el sistema nacional de defensoría pública (artículos 118 y 119 *ibídem*).

Una vez acepta la designación, sin más formalidades, el defensor cuenta con diversas prerrogativas para el cumplimiento de su encargo, como las

contenidas en los artículos 124 y 125, en concordancia con los artículos 267 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Su presencia, sin embargo, es imperiosa en todas aquellas actuaciones en las que se vean involucrados los intereses del imputado o acusado, como las audiencias de formulación de imputación, formulación de acusación, preparatoria y, desde luego, de juicio oral.

Con estos instrumentos normativos el legislador en general pretende que la defensa técnica despliegue una actividad eficaz orientada a preservar la libertad del inculcado, mediante el ejercicio discrecional de mecanismos defensivos legalmente válidos para "refutar la tipicidad de la conducta, establecer la justificación de la misma o la inculpabilidad del imputado y primordialmente en orden a contrarrestar el sustento fáctico y jurídico de la acusación, en forma tal que dicha dinámica se haga manifiesta en la confrontación de las pruebas aportadas por la Fiscalía y en la reclamación de las propias que se pretendan hacer valer en el juicio"(2).

El casacionista en este caso acusa vulneración del derecho de defensa técnica, con fundamento en que el defensor que lo antecedió "desconocía totalmente" el procedimiento consagrado en la Ley 906 de 2004, en tanto que en la audiencia preparatoria, a pesar de haber enunciado correctamente las pruebas que pretendía hacer valer en el juicio oral y público, no las solicitó como lo dispone el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal y, por ello, no "probó su teoría propuesta por falta de soporte probatorio", con resultados negativos para los intereses del señor (.....), aún cuando reconoce que "las mínimas pruebas que se decretaron para la defensa, fue prácticamente porque algo atinó a decir en las solicitudes probatorias"(3).

El reproche, como puede observarse, está edificado sobre la base de descalificar la idoneidad profesional del defensor público que actuó durante el trámite de la actuación procesal. No alega ausencia parcial o total del defensor, tampoco falta de actividad en desarrollo de la función que le fuera discernida, ni obstaculización de los actos de defensa por parte de los funcionarios judiciales. Su inconformidad se dirige a cuestionar "la ignorancia" del defensor que lo antecedió en la defensa de los intereses del procesado.

Una tal censura no puede encontrar acogida en sede extraordinaria de casación, en tanto la jurisprudencia de esta Corte, de tiempo atrás, ha rechazado en forma radical que se presente un argumento de esta naturaleza para discutir la eficacia de la defensa técnica, pues no es aceptable que:

"...profesionales del derecho entren a postular mejores estrategias defensivas que las asumidas por quien tuvo a cargo durante el trámite judicial la representación de los intereses del procesado, habida cuenta que el ejercicio de profesiones liberales como lo es la del derecho, parte de la

base del respeto del conocimiento que cada persona tenga de las materias de las que se ocupa, sin que sea posible determinar en forma acertada o por lo menos irrefutable frente a cada asunto cuál hubiera sido la más afortunada estrategia defensiva, pues cada individuo especializado en estos temas, tiene de acuerdo a su formación académica, experiencia y personalidad misma, su propia forma de enfrentar sus deberes como tal"(4).

El actor, como atrás se indicó, simplemente muestra una discrepancia con el estilo de su antecesor, su capacidad profesional y su conocimiento del nuevo sistema penal acusatorio diseñado en la Ley 906 de 2004, pero no ofrece argumentos sólidos que indiquen a la Sala la real afectación de la defensa técnica, ni mucho menos que por causa de ello se hubiese causado un perjuicio evidente a los intereses del procesado.

Auto Casación	
FECHA	: 28/11/2007
PROCESO	: 28439

El tercer dislate se estructuró al haber dejado huérfana toda argumentación indispensable cuando se acude a la violación del derecho de defensa; por tanto, ha afirmando la Sala(1) que la precitada garantía como emanación del Estado Social de Derecho vincula principios superiores con el sistema de derecho penal vigente, en donde se amparan legalidad, debido proceso, derecho de defensa, entre otros, postulados.

Luego, tal garantía es un matiz en donde fluyen, por ejemplo, diversos preceptos como el artículo 29 constitucional en relación sustancial con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, Num. 3, Lit. d), aprobado por la Ley 74 de 1968 y la Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8º, Num. 2, Lits. d) y e), ratificada por la Ley 16 de 1972. En consecuencia, garantizado se encuentra el aludido derecho, sólo resta que cuando él se vea afectado, los intervinientes en el proceso penal, demuestren a la judicatura, el vicio alegado: exclusivamente enunciándolo no se logra trascender en el ataque y, menos aún, cuando se ignora indicar, plasmar y desarrollar un precepto del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal convocado a regular el proceso; como los atrás citados.

Se deberá demostrar: i) si se trata de vulneración al derecho de defensa técnico o material, ii) desde qué momento o acto procesal se surtió, iii) cómo se generó tal afectación, iv) por qué el vicio no fue convalidado, v) indicar sus fundamentos, vi) especificar las normas que se estimen fueron

infringidas, vii) determinar de qué manera la irregularidad denunciada repercutió en el proceso, viii) señalar desde qué acto procesal se requiere la declaratoria de nulidad, ix) ordenar el ataque de acuerdo a la cobertura de lesión cuando se tiene plurales cargos y x) establecer la trascendencia de la afectación.

En el presente ataque todos éstos supuestos temáticos fueron relegados, olvidados e ignorados, por ello, la demanda es un simple memorial de instancia, alejada del propio debate que debe adecuarse en sede extraordinaria.

Observa la Sala que la defensora, sin que hubiese realizado un mínimo esfuerzo argumentativo para demostrar en sede casacional el vicio alegado, se queja de que la apelación no hubiere sido favorable a sus pretensiones, cuando lo obvio, jurídico y lógico era aplicarle todos los beneficios a su prohijado.