

Proceso No 27283

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta N°136

Bogotá, D. C., agosto primero (1º) de dos mil siete (2007).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados Ómar Benjamín Díaz Vela y Pedro Higinio Piza Vela, condenados mediante sentencia proferida el 12 de diciembre de 2006 por el Tribunal Superior de Bogotá por medio de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Trece Penal del Circuito de la misma ciudad, imponiéndoles como pena principal prisión 16 años y 16 años y 6 meses, respectivamente, al encontrarlos penalmente responsables de la conducta punible de acceso carnal violento agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Los sucesos que dieron lugar a la sentencia de condena atacada por medio del recurso extraordinario ocurrieron a finales del mes de noviembre de 2005, en horas del mediodía en la ciudad de Bogotá, cuando la menor Y. C. V. V. fue accedida sexualmente en forma violenta por Ómar Benjamín Díaz Vela y Pedro Higinio Piza Vela.

2. La denuncia penal fue presentada por la víctima el 15 de febrero de 2006, quien narró haber sido invitada por Ómar Benjamín Díaz Vela a la panadería “Cindy”, establecimiento en el que departieron un rato y luego se desplazaron hasta la casa de éste a recoger algo. Una vez en el inmueble, el anfitrión invitó a la menor a seguir a la habitación ofreciéndole una cerveza que ésta no aceptó y en cambio trató de huir del lugar, pero Díaz Vela la alcanzó y agarrándola del cabello la arrastró hasta el cuarto para proceder a accederla carnalmente.

3. Posteriormente la denunciante informó que en los hechos además participó Pedro Higinio Piza Vela, quien también la accedió sexualmente. Como consecuencia de lo anterior la menor quedó en estado de embarazo.

4. A petición de la Fiscalía se celebró audiencia preliminar el 20 de febrero de 2006 ante el Juez 40 Penal Municipal con función de control de garantías, en la que atendiendo los argumentos y petición de la autoridad requirente se dispuso librar orden de captura en contra de Ómar Benjamín Díaz Vela.

5. Al ejecutarse la orden mencionada y ante el Juez 60 Penal Municipal con función de garantías, el 22 de febrero de 2006 se celebró la audiencia de legalización de captura, se le imputó a Ómar Benjamín Díaz Vela el delito de acceso carnal violento agravado (Código Penal, artículos 205 y 211-1-6) y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, al tenor de lo previsto en el artículo 307-A.1 de la Ley 906 de 2004.

6. En nueva audiencia preliminar, y una vez obtenida la información sobre la posible participación en los hechos de Pedro Higinio Piza Vela, el Juez 38 Penal Municipal con funciones de control de garantías libró orden de captura en contra del mencionado, la que una vez ejecutada derivó en la audiencia de legalización de captura, formulación de la imputación y medida de aseguramiento en términos similares a la del otro

imputado.

7. El Fiscal 17 Seccional presentó el 23 de marzo de 2006 escrito de acusación contra Ómar Benjamín Díaz Vela en el que señaló que los hechos se adecuaron con probabilidad de verdad al delito de acceso carnal violento de que trata el artículo 205 del Código Penal en concurrencia de las circunstancias de agravación descritas en el artículo 211 numerales 1, 2, y 6 ibídem, pues la conducta se cometió con el concurso de otra persona, parentesco entre el victimario y el abuelo de la ofendida, lo que impulsaba a ésta a depositar en éste su confianza, y por el embarazo que se produjo en la menor.

8. El mismo Fiscal procedió el 20 de abril de 2006 a presentar escrito de acusación contra Pedro Higinio Piza Vela, documento elaborado en similares términos al reseñado supra. Adicionalmente se solicitó dar aplicación al fenómeno de la conexidad procesal, razón por la cual el Juzgado 11 Penal del Circuito de Bogotá ordenó que el escrito fuera remitido al Juzgado 13 de la misma especialidad.

9. El 22 de junio de 2006 ante el Juzgado 13 Penal del Circuito se cumplió la audiencia preparatoria en la que además de unas estipulaciones probatorias fueron decretadas las pruebas peticionadas por la Fiscalía y negadas todas las de la defensa, decisión en contra de la cual no fueron presentados recursos.

10. El juicio oral fue abierto el 26 de julio del año pasado y, luego de practicar todas las pruebas pedidas por la Fiscalía, realizadas las diligencias propias del incidente de reparación, audiencia de verificación de pena y sentencia, finalmente, se profirió fallo condenatorio el 5 de octubre último.

11. El a quo encontró que de la prueba legalmente aportada al proceso surgía convencimiento de la responsabilidad de los procesados, más allá de toda duda, razón por la cual condenó a Ómar Benjamín Díaz Vela y Pedro Higinio Piza Vela como autores responsables de la conducta punible de acceso carnal violento agravado (Código

Penal, artículos 205 y 211-1-2-6) y les impuso las penas de prisión de 16 años y 16 años y 6 meses, respectivamente, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término similar.

12. El fallo anterior fue apelado por los defensores y los procesados, y el 12 de diciembre de 2006 el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó, pronunciamiento contra el cual los apoderados interpusieron el recurso de casación.

LAS DEMANDAS:

1. Presentada a nombre del procesado Pedro Higinio Piza Vela.

1.1. Cargo primero: la sentencia fue proferida en actuación viciada por desconocimiento a la garantía fundamental de la defensa técnica, porque el defensor del vinculado no ejerció adecuadamente el cargo para el cual fue designado al extremo que en el juicio no presentó su teoría del caso ni contravirtió las pruebas, tan sólo habló de manera “torpe e incoherente” durante escasos 3 minutos, a nombre de los dos acusados, quienes tienen intereses y situaciones probatorias incompatibles.

Pide declarar la nulidad de todo lo actuado.

1.2. Cargo segundo: El fallo incurrió en manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación y valoración de la prueba testimonial rendida por la menor ofendida Y. C. V. V. y la prueba pericial practicada en el juicio consistente en las entrevistas psicológicas sobre las que se fundó la condena.

Lo primero, porque a la ofendida no se le podía dar credibilidad en atención a las varias versiones que rindió durante el transcurso del proceso y por la imposibilidad física de Ómar Benjamín de accederla carnalmente sólo tal como ella lo relata, para posteriormente involucrar a Pedro Higinio a quien inicialmente no mencionó y sí lo hizo en la tercera

entrevista, sin ninguna relación sobre las circunstancias en las que ocurrieron los supuestos hechos. Y,

En relación con la segunda parte del reparo, afirma que a lo manifestado por la Psicóloga Teresita Durán no se le debió dar credibilidad porque su dictamen no se apoyó en ningún test o estudio del entorno social del cual pueda inferirse la veracidad de un testimonio.

Pide casar la sentencia y absolver a su defendido del cargo imputado.

2. Presentada a nombre del procesado Ómar Benjamín Díaz Vela.

2.1. Cargo primero: el fallo fue proferido en actuación viciada por irregularidad que afectó la garantía fundamental del derecho a la defensa técnica, porque el abogado que asumió la defensa de su asistido no podía al mismo tiempo representar a Pedro Higinio debido a que de conformidad con lo narrado por la víctima, surgieron intereses encontrados entre los sindicatos.

Critica que el defensor de Ómar Benjamín no presentó pruebas ni contravirtió las presentadas por la Fiscalía, denotando un total desconocimiento del nuevo sistema acusatorio.

Solicita casar la sentencia anulando la actuación sin precisar desde qué momento.

2.2. Cargo segundo: Manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre las cuales se ha fundamentado el fallo.

En este punto coincide el reparo con el segundo cargo presentado por el defensor de Pedro Higinio Piza Vela, esto es, critica la credibilidad que los jueces de instancia le otorgaron al testimonio rendido por la víctima Y. C. V. V. debido a las diferentes

posiciones que asumió en las entrevistas con ella practicadas.

Admitidas las demandas se convocó a audiencia pública de sustentación, que oportunamente se diligenció.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Intervención de los demandantes.

1.1. El apoderado de Pedro Higinio Piza Vela:

El representante judicial del procesado, básicamente, reitera en líneas generales el fundamento de los cargos presentados contra la sentencia demandada.

Sobre el primer cargo insiste en la inidoneidad del antiguo defensor para desempeñar el encargo y advierte que la tarjeta profesional por sí sola no prueba la capacidad profesional para intervenir en un proceso penal. Señala que si en un asunto concreto no es posible controvertir la prueba de cargo, al menos es exigible del profesional buscar una vía anticipada que permita el otorgamiento de beneficios a favor del procesado.

En cuanto a la valoración probatoria, que corresponde al segundo cargo, reitera que se incurrió en errores que califica de inocultables.

1.2. El apoderado de Ómar Benjamín Díaz Vela:

Repite lo reseñado en la demanda y, al unísono con el otro defensor, destaca que no hubo defensa técnica ni estrategia para ampararse frente a la acusación; adicionalmente, el fallo lo considera cimentado con manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba.

2. Intervención del Fiscal Delegado ante la Corte.

Expresa su conformidad con los recurrentes al resultar evidente la ausencia de defensa técnica la cual ha sufrido radicales cambios con la introducción del sistema acusatorio (Const. Pol., artículo 250 y Ley 906 de 2004, artículos 7, 115, 391, 375, 403-4, 125-4), preceptos que no puede desconocer la Fiscalía.

Reconoce el Fiscal Delegado que los peritazgos fueron presentados sin cumplir los términos procesales previstos para facilitar el contrainterrogatorio del defensor.

Consigna que no existió igualdad de armas, que a la verdad no se puede llegar de cualquier manera, que la defensa debe ser proactiva siendo en la actualidad inamisible una defensa pasiva, como se permitía en el pasado, de donde concluye que debe ser declarada la nulidad desde la audiencia preparatoria, momento en el que se inician los déficits de defensa.

3. Intervención de la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal.

Puntualiza sobre aspectos doctrinales y jurisprudenciales que desarrollan el derecho de defensa para concluir que sí hubo participaciones importantes del defensor, sobre todo en la primera audiencia; y en el juicio oral también hizo lo posible pero la a quo le negó con suficientes razones sus peticiones. Si bien considera que no es el defensor modelo dentro del sistema acusatorio colombiano, concluye que éste actuó bien y de acuerdo con la situación probatoria.

De conformidad con sus precisiones, estima que no hubo desconocimiento del derecho de defensa consagrado como principio y derecho fundamental en el artículo 29 Superior y en la normatividad de carácter internacional, y solicita no casar el fallo.

4. Representante de la víctima.

Sus planteamientos se limitan a coadyuvar las decisiones proferidas en las instancias.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Problemas jurídicos.

Los que debe examinar la Sala se concentran en las peticiones de la defensa, las cuales se dirigen a (i) cuestionar la actividad desplegada por el defensor que intervino en el proceso para establecer si la misma se ajusta a los estándares mínimos exigidos para reclamar la violación de tal derecho y (ii) determinar si el fallo está cimentado con manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba.

En lo que sigue, primero se determinará si existe nulidad por violación del derecho de defensa y, luego, de no existir la misma, se analizará el cargo referido a la valoración y apreciación probatoria.

3. El derecho de defensa.

El Contrato Social colombiano, en el que se consagra un Estado Social de Derecho, gobernado por valores, principios superiores, derechos fundamentales y deberes, destina con la mayor fuerza vinculante al proceso penal los preceptos referidos a la legalidad, el debido proceso y el derecho de defensa.

Este último, consagrado en el artículo 29 de la Constitución, adquiere una relevancia especial en materia penal por estar en juego la libertad de las personas¹, que se maximiza cuando diferentes instrumentos internacionales, que se vinculan a nuestro sistema normativo a partir de bloque de constitucionalidad, lo hacen imperativo mediante la asistencia jurídica de un letrado en el proceso: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, Num. 3, Lit. d), aprobado por la Ley 74 de 1968, establece que

“[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías 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”.

Y, la Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8º, Num. 2, Lits. d) y e), aprobada por la Ley 16 de 1972, estatuye que

“(...)[d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculcado 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 inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

Se debe tener presente que

“el ejercicio del derecho de defensa no se limita a la actividad que debe cumplir el abogado defensor –defensa técnica–, sino que se refiere también a las actividades de autodefensa que corresponden al inculcado –defensa material– las cuales confluyen con la labor desplegada por el abogado con el mismo objetivo: defender al imputado. El Código de Procedimiento Penal de 2000 (art. 137) le reconoce al procesado, los mismos derechos de su defensor, con excepción del recurso de casación. Es decir, lo autoriza para solicitar la práctica de pruebas, interponer recursos e intervenir personalmente en todos los casos en que lo autorice la ley. Además, la presencia del procesado es esencial en todas las diligencias en las que puede actuar directamente o

asistido por su abogado, como lo es la indagatoria, la reconstrucción de los hechos, etc”2.

Es importante destacar que el derecho de defensa comporta, entre otras prerrogativas, en los términos del artículo 8° de la nueva ley procesal, el derecho a ser oído y vencido en juicio, de modo que el derecho de defensa se compone

de un sistema interrelacionado de derechos y garantías que tienden a asegurar la “plena oportunidad de ser oído, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”3.

Como ha sido reiterado por la Corte, el derecho de defensa constituye un elemento medular del debido proceso4.

La oportunidad de conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan, así como la potestad a renunciar a algunos derechos, constituyen parte del núcleo esencial del derecho de defensa, según las previsiones de los literales h) y l) del artículo 8° del nuevo Código Procesal Penal.

Si bien es cierto que algunos derechos que se incorporan al derecho de defensa son renunciables (art. 8° lit. b y k, ibídem), cuando se acepta comparecer al juicio oral éste tiene que desarrollarse imperativamente a tono con sus características: público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda el acusado, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.

Cuando la defensa inopinadamente desatiende actuar de conformidad con el principio de

contradicción, bien porque no propone la práctica de pruebas o simplemente se mantiene silente ante las presentadas por la Fiscalía que buscan fundamentar los cargos o de alguna manera contribuyen al éxito de la acusación, se puede estar presentando una grave mengua del derecho de defensa y el juez está en la obligación de requerir al apoderado para que ejerza la función encomendada y advertir al acusado de las consecuencias de tal inactividad⁵.

En situaciones extremas el funcionario judicial puede y tiene que reclamar actividad y diligencia al defensor, y, de ser palmaria su colusión o incompetencia, dar amplias explicaciones al acusado para que si a bien lo tiene proceda a remover a su representante e inclusive aclararle que en todo caso puede reclamar que su protector dentro del proceso sea un letrado de la defensoría pública.

Y esto es así porque, como lo advirtiera tempranamente la doctrina especializada, el defensor tiene que actuar en igualdad de condiciones frente al acusador porque debe desarrollar labores similares aunque desde perspectivas diversas. En el antiguo esquema procesal podía limitarse a aprovechar las deficiencias del trabajo fiscal y demostrar la insuficiencia de la prueba de cargo⁶. Ahora su actividad no debe ser de mera expectativa sino proactiva para demostrar la tesis defensiva, pues

Si el artículo 267 de la Ley 906 de 2004, prevé que cualquier persona que sea informada o advierta que se le adelanta una investigación puede buscar asesoría de un abogado y por sí mismo o a través de éste "... buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga..." con el fin de utilizarlos en su defensa, esto quiere decir que el sistema, mas que sugerir, requiere del imputado, y/o su defensor, desde antes de la misma investigación, un comportamiento activo, que lo compromete con la indagación de lo que resulte favorable, sin que por ello se disminuya la presunción de inocencia.

De ahí que resulte importante dar a los términos “táctica” o “estrategia”, con los que suele aludirse a la forma de enfrentar la acusación, el significado que más les corresponde en estricto rigor dentro de la dinámica que implica el juicio en el nuevo esquema procesal penal, entendiendo que el primero es el “Método o sistema para ejecutar o conseguir algo. / Sistema especial que se emplea disimulada y hábilmente para conseguir un fin” (Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo primera edición), y el segundo “Arte, traza para dirigir un asunto. / En un proceso regulable, el conjunto de las reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento” (Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo primera edición), acepciones en las que la ausencia de actividad, la inercia, la quietud en desarrollo de la defensa técnica en el juicio no encuentran clara equivalencia⁷.

Es flagrante el desconocimiento de la igualdad de armas cuando quien asume la defensa técnica no conoce la dinámica del proceso pues con ello materialmente está impidiendo asegurar el contradictorio. No es suficiente que existan oportunidades procesales sino que debe propiciarse la paridad de los contradictores, de donde la presencia de un abogado en calidad de defensor no es suficiente ni per se determina la existencia de defensa y realización plena del principio contradictorio.

La defensa que se reclama desde la Constitución es aquella que permita la realización de un orden justo y éste sólo se consigue cuando el Estado garantiza que el derecho tenga realización y ejercicio con plena competencia, capacidad, idoneidad, recursos, disponibilidad de medios, etc., pues la persecución del delito no es posible adelantarla de cualquier modo y sin importar el sacrificio de los derechos fundamentales, toda vez que la dignidad de la persona impone que las sentencias de condena solamente podrán reputarse legítimas cuando el sospechoso fue vencido en un juicio rodeado de garantías, a través del cual el juez tiene que ser el principal patrocinador de las mismas.

Esta nueva concepción permite afirmar que el defensor no tiene como función la de

colaborar con la justicia para que produzca sentencias condenatorias, su actividad es absolutamente parcializada⁸, aunque tampoco puede falsificar las pruebas o manipular las percepciones de los testigos, pues en tal caso incurre en comportamiento punible. Su función es la de conseguir el mejor resultado posible para el acusado sin que ello signifique necesariamente la obtención de su absolución.

En síntesis: el defensor está obligado a utilizar con habilidad, que no habilidosamente, todos los mecanismos procesales, sustanciales y probatorios para que su representado resulte favorecido pues, como decía Calamndrei, el único límite que tiene el defensor para ejercer su defensa es el juego limpio porque la habilidad en la competición es lícita aunque no se permite hacer trampas.

Se resalta que, como lo tiene dicho la Sala⁹, el derecho de defensa constituye la excepción al principio de convalidación de actos irregulares. En caso de vulneración del derecho de defensa no opera la convalidación, de modo que para subsanar la vulneración de esa garantía superior se impone invalidar todo lo actuado. Tal línea jurisprudencial ya había sido enunciada en los siguientes términos:

Desde la óptica procesal, los actos irregulares, por regla general, son susceptibles de ser convalidados bajo ciertos condicionamientos, sin embargo, no es lo que ocurre con el derecho de defensa que constituye la excepción, en cuanto el legislador no admite que una trasgresión de esa índole transcurra impunemente. Lo anterior significa que la única manera de subsanar la irregularidad sustancial denunciada y comprobada es retrotraer el proceso y reconstruirlo con la guía y cumplimiento de los principios constitucionales, desde el momento en que éstos resultaron quebrantados¹⁰.

4. El caso concreto:

Encuentra la Sala que en el presente asunto se ha desconocido el derecho de defensa técnica. De tal punto se dio cuenta en forma aislada en la propia actuación, pues como

se puede notar en los registros, por ejemplo, la juez que profirió el auto que confirmó la medida de aseguramiento impuesta a uno de los procesados señaló que “el Despacho no encuentra clara la posición de la defensa”¹¹, denotando con ello que el asistente jurídico desconocía los términos conforme los cuales debía sustentar la impugnación que promovió en esa oportunidad.

Tal situación se hace irrefutable y palmaria en los siguientes escalones procesales definitorios del proceso: (i) en la audiencia preparatoria y, luego, (ii) en el juicio oral. Obsérvese:

En la inicial audiencia convocada como preparatoria, que finalmente se convirtió en formulación de acusación y decreto de la conexidad procesal de los asuntos que hasta ese momento se tramitaban en forma separada contra los procesados, el defensor no hizo reflexiones sobre el escrito de acusación. Cuando la juez lo interrogó para saber si tenía algo que decir expresó, primero, “no señora juez”¹² y luego de la intervención del Fiscal señaló que “la defensa tampoco”¹³ tenía observaciones sobre lo actuado. Sin pertinencia alguna decidió el defensor pronunciarse sobre la inasistencia al acto procesal de uno de los acusados.

En la audiencia preparatoria que aparece registrada en el CD N° 11, el defensor procedió a pedir pruebas sin que se hubiera llegado al momento procesal que correspondía¹⁴. Luego de la intervención del Fiscal, accede a pactar unas estipulaciones probatorias en las que prácticamente hace una declaratoria de responsabilidad de sus defendidos, adquiriendo un papel próximo al de acusador, pues las pruebas que peticiona, todas negadas, no se dirigían a complementar o explicar lo estipulado.

Cuando le correspondió el turno de ofrecer pruebas pretendió atacar la moralidad y comportamiento sexual de la víctima, asuntos cuya prueba y exposición en juicio está prohibida por afectar la dignidad de la ofendida. Las pruebas testimoniales que pretendía

introducir en el juicio oral el defensor estaban destinadas a demostrar el “comportamiento social de la niña y su actuar con los muchachos”¹⁵ y un dictamen de psicoanalista de la Universidad Nacional, las cuales, previa oposición razonada a las mismas por parte del Fiscal¹⁶, resultaron negadas por orden del juzgado.

Frente a la activa participación del Fiscal en contra de las pretensiones probatorias del defensor, éste no se opuso a ninguna de las iniciativas de quien llevaba la vocería del ente acusador¹⁷.

Cuando la a quo decretó todas las pruebas propuestas por la acusación y negó en su integridad las de la defensa, una vez le fue concedida la palabra al defensor para que manifestara si impugnaba lo resuelto, respondió: “No presento recursos”¹⁸. Esto da una clara idea que el defensor no sabía qué buscaba con sus pruebas y que el rechazo de las mismas no le significaba motivo de preocupación alguno, todo ello bajo una interpretación errónea de contar más adelante con ocasión de solicitarlas como se desprende de su comportamiento en el juicio oral, siendo este momento muestra de una debilidad inconcebible e inadmisibles en un juicio de partes contradictorio.

Y a lo largo del juicio oral se mantiene la defensa ausente, distante, sin compromiso, permitiendo impasiblemente que en contra de sus representados se edificara toda la prueba de cargo, pues teniendo elementos de juicio para participar del contradictorio se le ve impotente ante las reglas que debía respetar pero que por su desconocimiento se convirtieron en una barrera infranqueable que materialmente le impidieron pronunciarse en defensa de la causa encomendada.

Cuando el defensor se aventuró a contrainterrogar a un testigo, objetado debidamente por el Fiscal, resultó requerido por la a quo quien le dijo que si su intención era cuestionar la credibilidad del testigo se le exigía que lo hiciera de acuerdo con la normatividad procesal, momento en el que prefirió renunciar a la posibilidad de intervenir

no porque su deseo fuera guardar silencio o que nada tuviera que decir sino porque su incompetencia era manifiesta y el desconocimiento de la codificación procesal tangible¹⁹.

Posteriormente el defensor renunció a contrainterrogar al segundo testigo²⁰; frente al tercer deponente en forma precaria logró introducir cuatro preguntas sin poner atención a lo dicho por la testigo-perito respecto de que el dictamen había sido elaborado el día anterior a la diligencia que se estaba cumpliendo, de donde tenía fundamento normativo para atacar el incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 415 de la Ley 906 de 2004, pero mantuvo su postura, abatido, no hizo referencia alguna al incumplimiento de la norma citada²¹.

Como alarde de su vocación defensiva se pronuncia en contra de la comparecencia como testigo del padre de la víctima al señalarla como “parte interesada”, momento en el cual la juez de primer grado le recuerda que no se opuso al decreto de tal prueba y que la credibilidad de la exposición que se vierta le corresponde evaluarla es a ella²².

Seguidamente el defensor señaló no conocer el registro de nacimiento de la menor, de donde se desprende que ni siquiera conocía la carpeta que utilizaba la Fiscalía en el presente asunto²³, pues el delegado fiscal advirtió que el documento había hecho parte del descubrimiento.

Pretendió preguntar al padre de la víctima pero una vez recibe la primera objeción, oportunamente expresada por el Fiscal y legalmente aceptada por la a quo, renunció al derecho²⁴.

En los alegatos el Fiscal hizo reiterada mención a las estipulaciones probatorias²⁵, algunas de ellas dirigidas inequívocamente a demostrar la paternidad de uno de los acusados respecto de la criatura que se encontraba en el vientre de la víctima, de donde se tiene que el defensor no hizo cálculos probatorios sobre las consecuencias adversas que

se derivaban para sus protegidos con la utilización de tal mecanismo procesal.

El alegato final del defensor, como lo fue toda su actividad en el curso del proceso, no solamente fue improvisado, formulado con el desaliento propio del derrotado, sino que hizo referencias a cuestiones que nunca pueden estar en boca de quien pretende favorecer a otro, pues, por ejemplo, con la mayor tranquilidad y desatino afirmó que lo dicho por la víctima merecía toda la credibilidad por parte de la judicatura²⁶ y reprochó a la justicia por no haber hecho comparecer a una señora que supuestamente se encontraba en el lugar de la agresión sexual, sin inmutarse que tal comparecencia dependía de la defensa²⁷.

Paradigmático de la supina ignorancia de las formas que gobiernan el proceso penal fue la respuesta que dio el defensor cuando, luego de una objeción²⁸ a su intervención por parte del Fiscal y aceptada por la juez, el abogado afirmó objetar la objeción del juzgado²⁹.

Como si la falta de instrucción procesal por parte del defensor no fuera suficiente, es la oportunidad de resaltar el atropello que recibió la defensa de parte de la Fiscalía y permitido por la a quo, pues cuando presentaba su alegato final su intervención fue sistemáticamente hostigada con objeciones. En los alegatos que presentan las partes e intervinientes no es permitido que una de ellas objete lo que dice otra pues lo que libremente tienen derecho a exponer hace parte de su fuero interno y de la estrategia que esté desarrollando en aras de alcanzar sus propósitos; por ello el juez está en la obligación de impedir éste tipo de ataques a la labor discursiva que emprende un sujeto procesal y menos puede la judicatura dar vía libre a objeciones en tal estadio procesal, pues de hacerlo exhibe cierta parcialización al darle la razón a una parte sobre un punto en concreto o sobre el asunto en general y ello es algo que solamente le corresponde evaluar en el fallo, razón por la que aceptar una tal objeción lo pone al borde del prejuzgamiento.

En cambio, en los alegatos de presentación del caso y en los de clausura que presentan las partes e intervinientes en el juicio oral sí es posible que el juez advierta la presentación de afirmaciones o juicios extraños a lo que aparece referenciado en el proceso, momento en el que la judicatura en ejercicio de sus poderes de dirección del proceso imperativamente está llamada a imponer el orden y a advertir a los sujetos sobre su incorrección; pero es muy diferente dentro de la dinámica del proceso, e inadmisibles para las garantías que se tienen dentro del mismo, que cuando en el curso de los alegatos una parte o interviniente con el propósito de perturbar el orden expositivo de otra, como se deriva del presente asunto, procede a realizar objeciones pues en tal supuesto se está en presencia de una conducta obstruccionista que atenta contra la eficaz administración de justicia y, por supuesto, no debe ser tolerada.

Todo lo que se llegue a afirmar por una parte o interviniente y que motive la inconformidad de alguno de los sujetos procesales con derecho a intervenir en los alegatos de apertura y de cierre en el juicio oral, puede dar origen al derecho de réplica que se consagra en el artículo 443-3 de la Ley 906 de 2004, precepto en el cual se dispone que los argumentos de la defensa podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía y si ello ocurre la defensa tendrá derecho de réplica, debiéndose respetar que el último turno de intervención argumentativa siempre corresponderá a la defensa, sin que para ello incida la cantidad de réplicas que autorice el juez que dirige el juicio oral.

En fin: a lo largo del proceso y teniendo en cuenta lo que se percibe en los registros, se observa un defensor inseguro, indeciso, sin rumbo, incapaz de presentar evidencia física y elementos materiales probatorios, desconocedor de las características y técnicas que gobiernan el instituto del contrainterrogatorio, ignorante de la normatividad procesal, hechos que acreditan un supuesto en el que no ha tenido aplicación el principio de la igualdad de armas.

Adicionalmente, el desequilibrio ha sido más evidente no sólo por la inoperancia del letrado sino por las calidades personales de los procesados pues se resalta como escenario que impidió a los acusados ejercer la defensa material el analfabetismo de uno de ellos y el bajo nivel de preparación académica del otro, porque a partir de la incompetencia de estos para afrontar el proceso y las consecuencias de un hecho delictivo como el que les fuera imputado, estuvieron en la orfandad absoluta e impedidos de información clara y precisa sobre diferentes actitudes o posturas procesales a optar a lo largo del trámite pues, por ejemplo, ante la contundencia de la acusación pudieron buscar preacuerdos o negociaciones con la fiscalía o, si de lo que se trataba era de demostrar que las relaciones sexuales habían sido consentidas, renunciar al derecho a guardar silencio y bajo la gravedad del juramento exponer lo que desde su punto de vista ocurrió.

Así las cosas y debido a que la inactividad del defensor que intervino como apoderado de los procesados hasta el juicio oral puede constituir falta a la ética profesional, la Sala compulsará copia de esta decisión con destino al Consejo Seccional de la Judicatura respectivo -Sala Disciplinaria-, a fin de que si lo estima a bien, investigue al citado profesional del derecho.

La conclusión no puede ser distinta a la prosperidad del cargo analizado que lleva a declarar la nulidad de la actuación a partir de la audiencia preparatoria para que, rehaciendo el trámite a partir de esa diligencia, se preserve la garantía fundamental lesionada a Ómar Benjamín Díaz Vela y Pedro Higinio Piza Vela, y que lleva a la irrelevancia de estudiar el otro cargo formulado en las demandas.

De acuerdo con lo anterior, y como quiera que con la decisión se retrotrae la actuación hasta el escalón procesal señalado, por mandato del artículo 317-5 de la Ley 906 de 2004 se ordenará la libertad inmediata e incondicional de los procesados, siempre que no sean requeridos por otra autoridad.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CASAR la sentencia de segundo grado en razón de la prosperidad del cargo por nulidad formulado en las demandas presentadas por los defensores de Ómar Benjamín Díaz Vela y Pedro Higinio Piza Vela.
2. DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado en el presente trámite a partir de la audiencia de preparatoria.
3. CONCEDER LA LIBERTAD INMEDIATA e INCONDICIONAL a Ómar Benjamín Díaz Vela y Pedro Higinio Piza Vela, previa verificación de que no sean requeridos por otra autoridad.
4. Compulsar las copias ordenadas.
5. En los términos del artículo 164 de la Ley 906 de 2004 se comisiona al Magistrado ponente para que proceda a la exposición del presente fallo.
6. Contra esta providencia no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO

ESPINOSA PÉREZ

MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ DE LEMOS

IMPEDIMENTO

JORGE LUÍS QUINTERO MILANÉS
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

Salvamento de voto

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto y acatamiento por la decisión de mayoría, me permito expresar las razones por las cuales no comparto la determinación de casar el fallo materia de impugnación, con fundamento en el cargo por nulidad por violación del derecho de defensa técnica, fundamentado en que el defensor del vinculado no ejerció adecuadamente el cargo para el cual fue designado.

Tal como fue expuesto de mi parte en el curso de los debates orales, en relación con la violación del derecho de defensa técnica, por cuyo motivo se casa la sentencia, no puede desconocerse la postura jurisprudencial de la Corte, de la cual parece que hace eco la Delegada en su concepto, en el sentido de que el defensor, sea público, de oficio, o de confianza, en ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de total iniciativa pudiendo aconsejar a su representado en relación con las actitudes procesales que considere favorables a sus intereses, presentar las solicitudes que estime acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso, a pesar de tener

una actitud vigilante del desarrollo de la actuación asumir una pasiva por calificar que esa puede ser la mejor alternativa de defensa, y no por estar en desacuerdo con la estrategia defensiva asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, hay lugar a sostener que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno a la estrategia, contenido, forma o alcance de sus propuestas, ni la aptitud de estas gestiones se establece por los resultados del debate (Cfr. sent. cas. oct. 2 de 2003, rad. 17297).

De este modo, sugerir o sostener, como se acoge por la mayoría, que lo aconsejable, atendida la situación fáctico procesal, era actuar de tal o cual manera, es una apreciación subjetiva que revela la forma como el impugnante habría encarado la defensa de haber sido el encargado de ella, pero que carece de virtualidad para sustentar una decisión invalidatoria en sede extraordinaria, por versar sobre aspectos relacionados con la liberalidad y autonomía propios del ejercicio de la labor profesional en el campo del derecho, y las ocupaciones liberales, según ha sido pacíficamente declarado por la Corte (cfr. cas. de enero 17 de 2002. Rad. 13756).

En este caso, basta ver las consideraciones de la decisión finalmente adoptada, en los folios 19, 20, 21, 22 y 23, para advertir que el defensor sí participó activamente en el proceso, cosa distinta es que sus peticiones no hubieran sido atendidas, o el fallo hubiere resultado adverso a los intereses de su representado, todo lo cual enerva cualquier pretensión anulatoria del fallo.

Como quiera que con el presente salvamento no se pretende sustituir las motivaciones del fallo de casación, a lo expuesto limito mi postura, sin perjuicio de que en ulteriores oportunidades, pueda expresar con mayor amplitud mi criterio sobre el punto.

MAURO SOLARTE PORTILLA

MAGISTRADO

Fecha ut supra.

1 Corte Constitucional, sentencia C-152-04. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado en la normatividad nacional con Ley 74 de 1968), y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (adoptada con la Ley 16 de 1972), que integran el Bloque de Constitucionalidad, contienen preceptos normativos vinculantes expresamente destinados a impedir que los implicados en delitos queden abandonados al poder represor del Estado, sin defensa material y sin defensa técnica (Sentencia de Casación de 3 de agosto de 2005, radicación 20103).

2 Corte Constitucional, sentencia SU-014-01.

3 Corte Constitucional, sentencia C-617/96.

4 Corte Constitucional, sentencia T-589-99.

5 Se destaca que en algunos supuestos de la sistemática procesal vigente, el derecho de defensa (técnica) adquiera la calidad de derecho fundamental absoluto irrenunciable, pues, por ejemplo, diligencias tales como la de imputación o el juicio oral demandan como requisito sine qua nom la presencia del defensor so pena de nulidad insaneable.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 21 de marzo de 2007, radicación 23816.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 11

de julio de 2007, radicación 26827.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 11 de julio de 2007, radicación 26827.

9 Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación, 3 de diciembre de 2002, radicación 11079.

10 Sentencia de 20 de enero de 1999, radicación 11242.

11 Cfr. CD N° 19, 12':45''.

12 CD N° 8, 4':07''

13 CD N° 8, 2':37''

14 CD N° 11, 28':54''

15 CD N° 11, 28':54''

16 CD N° 11, 37':00''

17 Al ser requerido por la juez frente a las solicitudes probatorias de la Fiscalía no formuló objeciones. CD N° 11, 38':10''

18 CD N° 11, 45':00''

19 CD N° 16, 39':41''

20 CD N° 16, 56'.30''

21 CD N° 16, 1:13':30''

22 CD N° 17, 25':00''

23 CD N° 17, 28':30''

24 CD N° 17, 30':31''

25 Cfr. CD N° 17, 33'45'' y 36':40''

26 Textualmente se le escucha afirmar: "Es indiscutible que la niña ha hecho cantidad de veces el relato y su versión cada día reviste más coherencia, más precisa, más creíble". Cfr. CD N° 17, 1:07':00''

27 CD N° 17, 1:09':50''

28 Es de señalar que las objeciones proceden respecto de las preguntas que se hacen a los testigos tanto en el interrogatorio como en el contrainterrogatorio. Respecto de los alegatos de las partes no es posible la presentación de objeciones sino que lo procedente son las interpelaciones, las cuales pueden ser concedidas a voluntad de quien interviene o autorizadas por el juez. En todo caso, las interpelaciones deben ser serias, fundamentadas y restringidas al máximo por el juez ya que normativamente las partes a lo que tienen derecho es a réplicas.

29 Cfr. CD N° 17, 1:05':00''