

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

Aprobado Acta No. 419

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de GILBERTO ARROYAVE LÓPEZ, contra el fallo del 10 de octubre de 2011 proferido por el Tribunal Superior de Cali, mediante el cual confirmó el emitido el 2 de febrero del mismo año por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, que lo condenó a la pena de ocho (8) años de prisión y multa de 2.666,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos.

HECHOS

El 12 de marzo de 2010 en el puesto de control instalado por la Policía del Distrito adscrito a Dagua en el kilómetro 41 de la vía Cali Loboguerrero, los patrulleros Carlos Rosero Acosta y Manuel Giraldo Gómez, quienes detuvieron la marcha de la camioneta de placas KUM 743 conducida por Carmen Adriana Arroyave, al inspeccionar la carga y los documentos que amparaban su transporte, constataron que llevaba tres bultos de soda cáustica, 5 bolsas transparentes con otro producto similar a esa y 24 recipientes plásticos con capacidad de cinco galones que contenían el desincrustante TAK TAX.

GILBERTO ARROYAVE LÓPEZ que viajaba en el mismo automotor, manifestó ser el propietario de las sustancias que a su juicio no requerían para su transporte permiso especial de la Dirección Nacional de Estupefacientes, por estar destinadas al mantenimiento y lavado de calderas.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 13 de marzo de 2010, el Juez 18 de Control de Garantías de Cali, legalizó la captura de los hermanos Gilberto y Carmen Adriana Arroyave López y dispuso su detención preventiva por el delito de tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos, a solicitud y por la imputación que les hiciera la Fiscalía.

El 12 de abril de 2010 la Fiscalía presentó escrito de acusación y el 4 de junio del mismo año, ante la Juez Primero Penal del Circuito Especializada de Cali formuló acusación por el delito imputado.

El 2 de febrero de 2011, la citada funcionaria dictó sentencia a través de la cual condenó a GILBERTO ARROYAVE LÓPEZ a ocho (8) años de prisión y absolvió a Carmen Adriana.

DE LA DEMANDA

Con sustento en el numeral 2 del artículo 181 de la ley 906 de 2004 se propone un cargo, por vulneración de las garantías debidas al acusado relativas a su derecho a la defensa.

Señala que el acusado siempre sostuvo su inocencia, al reiterar en el juicio oral y en la apelación de la sentencia, que los productos que llevaba estaban destinados a una actividad lícita ejercida de tiempo atrás y no al narcotráfico, como se evidencia del hecho de haber contratado a su hermana para transportarlos sin malicia, con la seguridad

que no necesitaba del permiso de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Agrega que convencido de ella se negó a allanarse, mientras se estipulaba la existencia de su empresa y su actividad lícita.

Expresa que los elementos materiales probatorios sobre la inocencia del acusado existen, que éste allegó con el escrito de apelación las copias demostrativas de la procedencia y del destino lícito de los productos, las cuales el Tribunal no tuvo en cuenta porque “a estas alturas procesales no podría suplirse las falencias propias de una insuficiente defensa técnica”, mientras en el juicio el Ministerio Público había advertido la “pobreza en la defensa”.

Luego la condena es consecuencia de la omisión del defensor en aportar los elementos materiales probatorios, aclarativos de las declaraciones de los acusados.

No desconoce que ARROYAVE LÓPEZ estuvo representado en el juicio por un abogado, que ejerció la defensa de manera formal, no solo porque en la audiencia preparatoria omitió solicitar y aportar los elementos materiales probatorios que demostraban la procedencia y el destino de los productos, sino que en su alegato final aportó una carta que ninguna relación guardaba con el hecho objeto del proceso.

Considera que esa inactividad y deficiencias del defensor no pueden ser entendidas como una estrategia defensiva, razón por la cual el proceso debe anularse a partir incluso de la audiencia preparatoria, para que en ella la defensa solicite las pruebas y allegue los elementos materiales probatorios que el acusado presentó con el escrito de apelación y no en el juicio, ya que por su condición de lego no sabía en qué momento debía hacerlo.

Sustenta el cargo en lo previsto en los artículos 457, 118 a 125 y 126 a 131 de la ley 906 de 2004.

Pide casar la sentencia y declarar la nulidad invocada.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

El recurrente

Expresa que el día de su captura, el acusado puntualizó a la policía la procedencia y destino de la sustancia, sin embargo tal como lo señala en la demanda los documentos no fueron incorporados al juicio oral, pues el abogado se limitó a pedir que en él fueran oídos los acusados, sin mostrar interés en el ejercicio de la labor encomendada.

Entiende que la omisión del defensor en allegar los elementos materiales probatorios atentó contra la defensa del acusado, ya que su incorporación oportuna al juicio oral con toda probabilidad habría incidido en el sentido del fallo.

Los no recurrentes

La Fiscalía estima que de acuerdo con la causal invocada era imprescindible para el actor a partir de los fines de la casación demostrar que los elementos materiales probatorios dejados de aportar al juicio tienen una utilidad trascendente en la recomposición del proceso y cambian la suerte del acusado.

Cuando el defensor no asume una actitud proactiva y diligente en el desarrollo de su encargo, entre ellas como controvertir las pruebas o manifiesta de manera incontrovertible su ignorancia en el desarrollo del proceso se puede pensar en la vulneración del derecho a la defensa, pero no cuando de alguna manera se tiene por el

actor una mejor estrategia defensiva o quizás se piensa en una mejor condición profesional a quien le antecedió, sin que este sea el caso.

Entiende que la consideración de los elementos materiales probatorios no es más que una nueva estrategia defensiva que puede llevar a la nulidad, dado que la captura se dio en situación de flagrancia con elementos para el procesamiento de narcóticos, sin que contara con la autorización legal para transportarlas.

Desde esta perspectiva invalidar la actuación para mostrar que se dedicaba a una actividad lícita, sin tener en cuenta que el problema jurídico era establecer si tenía permiso o no, es innecesaria ya que la licitud de su labor no justificaría la tenencia, por lo cual las pruebas que se echan de menos no son útiles ni necesarias.

Como la solicitud de nulidad está acompañada de conjeturas y carece de trascendencia porque los elementos materiales probatorios dejados de practicar no tendrían incidencia en el fallo, considera que el cargo no debe prosperar.

La Procuradora manifiesta que frente al problema planteado en la demanda, la Sala ha dicho que en el proceso acusatorio las características de intangibilidad, materialidad y permanencia son inherentes al derecho de defensa, entendiendo que la segunda va más allá de la simple presencia del abogado y precisa la realización de actos ciertos en beneficio del procesado, en forma positiva o adoptando el silencio como estrategia defensiva.

El desconocimiento de cualquiera de esas características, torna ilegítimo el diligenciamiento e impone su declaratoria de invalidación, en procura de rehacer la actuación.

Así mismo, ha dicho que se hace necesaria una actitud proactiva y diligente de la defensa, un eficaz despliegue de esfuerzos y razones relevantes de modo que la defensa

técnica realice la adopción de instrumentos válidos para refutar la tipicidad de la conducta, establecer la justificación de la misma o la inculpabilidad del acusado.

De igual modo es inadmisibles sostener la violación de la garantía mencionada mediante la proposición de una nueva estrategia defensiva, ya que no resulta acertado alegar la vulneración del derecho a la defensa técnica cuando el nuevo profesional no comparte las actuaciones del anterior apoderado.

En el caso concreto, en principio parece no adecuado hablar de ineficacia de la defensa, cuando el mismo abogado que asistió al acusado logró la absolución de la hermana de éste, con lo cual la defensa habría sido eficaz respecto de uno de los coacusados y haría improcedente el cargo.

No obstante estudiadas ambas sentencias y los audios, queda claro que la absolución de la mujer no fue resultado de la actividad probatoria positiva del defensor sino de duda no desvirtuada por parte de la fiscalía, mientras la condena de LÓPEZ ARROYAVE tiene origen en la falta de sustento probatorio de la tesis defensiva.

En la sentencia de primera instancia, se habla que si las circunstancias aducidas hubiesen sido acreditadas habrían podido prosperar enmarcadas en una causal de ausencia de responsabilidad bajo el amparo de exceso de confianza en el ejercicio de una actividad lícita, pero el discurso de la defensa se limitó a sostener que se trataba de una labor de esa naturaleza.

Las mismas sentencias ponen de manifiesto la escasa labor de la defensa que se limitó a firmar dos estipulaciones y solicitar las declaraciones de los acusados las cuales dejó huérfanas, cuando encontraban apoyo probatorio en parte del material descubierto por la fiscalía en la acusación, pero que no fue pedida por ésta al no obedecer a su teoría del caso ni por el defensor de aquéllos.

De ese modo la defensa fue deficiente en la realización de actos ciertos en beneficio del acusado, de manera particular en la prueba testimonial y documental referida por el demandante, que de haberse allegado eventualmente había probado el origen y destino lícito de la sustancia, así como aportar elementos sobre la efectiva composición del desincrustante TAK TAX, para establecer si era o no una sustancia controlada o simplemente un detergente que por la adición de otro componente hacía imposible su utilización como precursor.

Se habría podido establecer la dimensión de la obra y si la cantidad incautada era la necesaria, lo cual constituye una violación de la garantía de una eficiente técnica en razón a la intrascendente labor del defensor que contaba incluso con medios defensivos descubiertos por la fiscalía, con los cuales hubiese podido respaldar sin mayor esfuerzo su tesis como lo echan de menos los fallos cuestionados.

Como no se trató de una estrategia defensiva sino de una negligencia grave que dejó librada la suerte del acusado a un simple interrogatorio huérfano de sustento probatorio, sólo puede remediarse a través de la invalidación de la actuación, en tanto el cargo tiene vocación de prosperidad.

CONSIDERACIONES

En el cargo único se aduce la nulidad de la actuación por violación del derecho a la defensa técnica.

La defensa técnica es una garantía constitucional y legal, prevista en los artículos 29 de la Carta Política y 118 de la ley 906 de 2004, a la cual tiene derecho toda persona desde el momento mismo de su captura o de la formulación de la imputación, en la medida que le está encomendada a un abogado de su confianza o del que le sea designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

La materialidad como característica inherente a dicho derecho¹, se identifica con la ejecución de actos del defensor en guarda de los intereses de su asistido o con el silencio cuando este obedezca a una estrategia defensiva y no a un abandono de su gestión, por lo cual el ejercicio defensivo en su doble connotación debe ser real y no formal.

La defensa técnica en consecuencia no se garantiza con la simple designación de un profesional del derecho ni su asistencia depende del resultado de la gestión, ya que la protección de la garantía no está vinculada con el éxito o fracaso sino con las posibilidades reales que el caso ofrezca.

Por lo demás, la Corte tiene dicho que el desconocimiento de cualquiera de las características inherentes a la defensa técnica en el procedimiento regido por la ley 906 de 2004, intangibilidad, materialidad o permanencia, es suficiente para invalidar la actuación a partir del momento en que se presenta el evento irregular.

Desde esta perspectiva tiene razón el casacionista, en tanto que el reproche no se edifica a partir de su visión particular sobre la existencia de una mejor estrategia defensiva a favor del acusado, sino de la demostrada carencia de defensa técnica que incidió en la situación jurídica de ARROYAVE LÓPEZ contrariamente a lo señalado por la Fiscalía.

Situación advertida por las instancias, no para retrotraer la actuación sino para calificar de insuficiente o precaria la labor defensiva, a pesar de su nula actividad por aportar el más mínimo elemento de juicio que respaldara la solitaria versión del acusado, o llamar la atención porque había fenecido la oportunidad de allegar la prueba que la ratificara.

Podría controvertirse tal aseveración con la absolución de la coacusada como lo advierte la Delegada; sin embargo, ella fue resultado de la decisiva intervención del Ministerio Público, después de las críticas hechas a la actuación de la defensa y fundada en razones ajenas a la

falta de actividad probatoria que llevaron a la condena de GILBERTO ARROYAVE, y no del defensor que los representaba, según puede constatarse sin dificultad alguna en el registro de audio².

Así las cosas, el vicio que en criterio del recurrente es suficiente para anular la sentencia y retrotraer la actuación hasta la audiencia preparatoria, se relaciona con el hecho de que el abogado que asistió en el juicio oral al acusado ARROYAVE LÓPEZ, demostró desconocimiento absoluto de las reglas relativas al descubrimiento, solicitud y práctica de pruebas requeridas para sustentar la labor encomendada.

En efecto, en la audiencia preparatoria el apoderado luego de expresar que había recibido de la fiscalía los elementos materiales probatorios, advirtió que al juicio oral llevaría los testimonios de los acusados quienes renunciaban al derecho de guardar silencio, los cuales solicitó como prueba en el juicio oral.

En la iniciación del mismo e interrogado por la teoría del caso, el defensor del acusado se limitó a responder que la única manifestación que tenía por hacer era que “los imputados han renunciado al derecho de guardar silencio”, prueba con la cual pretendía demostrar que “son inocentes de dicho delito”.

Bajo el supuesto legal que a la Fiscalía le compete la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal del indiciado, sin tener en cuenta la naturaleza del proceso acusatorio o bien porque correspondiera a una estrategia defensiva suya, en cuanto la defensa no puede ser obligada a presentar prueba de descargo o contra prueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral³, el defensor en definitiva abandonó al acusado a su suerte.

En audiencia, GILBERTO ARROYAVE LÓPEZ señaló que por más de 40 años se ha dedicado al mantenimiento de calderas y los últimos trece años a través de una empresa gerenciada por él, experiencia que le permite sostener que la soda

cáustica como el desincrustante por su composición que llevaba en el carro conducido por su hermana Adriana eran sustancias no controladas, debido a lo cual no requería del certificado de carencia de informes de tráfico de estupefacientes, las cuales de otro lado había adquirido en almacenes de Cali, para ser utilizadas en el lavado de calderas de una empresa con sede en Buenaventura que lo había contratado.

Bien lo puntualizó en su momento el Ministerio Público: todos los hechos referidos por el acusado eran susceptibles de probar, bien mediante prueba documental y testimonial, que respaldara y corroborara sus afirmaciones sobre su ocupación, la adquisición de las sustancias incautadas, composición, cantidad requerida, destino lícito, lo cual de alguna manera habría tenido incidencia en la sentencia.

Por eso, aun cuando estipuló la existencia de la persona jurídica Esmecal E.U representada por el acusado, no aportó prueba alguna sobre la ocupación y experiencia de las cuales habló en su declaración ARROYAVE LÓPEZ, en especial la vinculada con trabajos anteriores y los productos utilizados en el lavado y limpieza de calderas.

Tampoco las relacionadas con la existencia de la empresa que habría contratado los servicios del acusado y el objeto del contrato, según el acusado el mantenimiento y lavado químico de calderas, lo cual explicaba el transporte de las sustancias que le fueron incautadas en la vía que de Cali conduce a Dagua, como también aclarado las cantidades que eran requeridas en esa tarea.

No allegó la información obtenida por ARROYAVE LÓPEZ y entregada a la Fiscalía, en la que la empresa productora del desincrustante TAK TAX certifica la composición del producto, agregando que en virtud de ella no era una sustancia controlada, ni el testimonio de su representante sobre este mismo tópico.

Del mismo modo desaprovechó la posibilidad de valerse de algunos de los elementos materiales probatorios que la Fiscalía pidió como prueba, haber solicitado como testigo

de la defensa a la vendedora⁴ del almacén Londoño Hermanos, porque el órgano de la persecución penal finalmente en el juicio oral renunció a dicho testimonio, lo cual imposibilitó interrogarla sobre la adquisición de las sustancias, cantidad y exigencia del certificado, temas sin duda trascendentes para la situación del acusado.

Luego con razón se le impidió apoyarse en documentación que debió descubrir como elemento material probatorio e introducir al juicio oral en calidad de prueba, de modo que su declaración jurada huérfana de apoyo probatorio no pudo ser acogida en las instancias; alegar la duda o la causal excluyente de la responsabilidad mencionada en el fallo de primera instancia y a la cual alude la Delegada, a partir de la insistencia del acusado en que los productos que llevaba no requerían del citado certificado.

Esto es que la asistencia jurídica de ARROYAVE LÓPEZ por su apoderado fue inexistente, no solicitó las pruebas que respaldaban la versión de aquel ni tampoco aprovechó las que en su momento pidió la fiscalía, omisión atribuible al desconocimiento de la dinámica del proceso adversarial y no a una postura defensiva que favoreciera la situación del acusado.

Dicha actitud afectó el núcleo esencial del derecho de defensa técnica, cuya garantía constitucional y legal es real y no formal, al privar al acusado de cualquier posibilidad defensiva, porque lo evidenciado en el asunto sin dificultad alguna es la existencia de importantes elementos materiales probatorios con incidencia en la sentencia que no fueron descubiertos, aducidos e incorporados como prueba en el juicio oral.

Al prosperar el cargo la Sala invalidará parcialmente la actuación, esto es, en lo que corresponde únicamente con la situación del acusado GILBERTO ARROYAVE LÓPEZ, a partir de la audiencia preparatoria inclusive, con el objeto de que en el desarrollo de ella la defensa técnica del acusado, descubra, enuncie los elementos materiales probatorios y los solicite como pruebas a practicar en el juicio oral.

Dado que el acusado permanece en detención domiciliaria, se dispondrá su libertad con fundamento en el numeral 5º del artículo 317 de la ley 906 de 2004, previa constitución de caución prendaria en cuantía igual a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, para lo cual la Secretaría de la Corporación libraré la comunicación correspondiente al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cali, por cuenta de cuya autoridad se encuentra privado de su libertad.

* * * * *

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Casar el fallo de origen, naturaleza y contenido indicados, de acuerdo con el cargo propuesto en la demanda y en su lugar, declarar la nulidad parcial de la actuación a partir de la audiencia preparatoria inclusive, en los términos consignados en esta sentencia.
2. Ordenar la libertad previa caución de GILBERTO ARROYAVE LÓPEZ, de acuerdo con lo anotado en la motivación de este fallo. Por secretaría líbrese las comunicaciones pertinentes.

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

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CASTRO CABALLERO

FERNANDO ALBERTO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
GONZALEZ MUÑOZ

MARIA DEL ROSARIO

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ
CABRERA

EYDER PATIÑO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Casación, febrero 4 de 2009, radicación 30363.

2 Audio 7002-102, a partir del min. 3:19

3 Artículo 125, numeral 8 de la ley 906 de 2004.

4 Martha Lucía Rojas Valero