

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP100-2018

Radicación 49715

(Aprobado Acta No. 38).

Bogotá D.C., siete (07) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de LUIS DAVID ROMERO PUERTO contra la sentencia a través de la cual el Tribunal Superior de Tunja lo condenó a 18 años de prisión como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de arma de fuego de defensa personal, en la modalidad de transportar, agravado, el 10 de noviembre de 2016.

HECHOS:

En la mañana del 3 de junio de 2012, los agentes de la Policía Richardson Bohórquez y José Luis Reano atendieron la llamada del ciudadano Norberto Amado, quien se comunicó con la Estación de Policía de Santana para informar acerca de dos individuos que en una motocicleta negra, merodeaban por la Estación de Servicio Terpel con sede en Buenavista.

Los policías se dirigieron al sitio por la vía que de Santana conduce a Bucaramanga y al observar a las personas reportadas les solicitaron se detuvieran, pero por el contrario, emprendieron la huida por una vía alterna de la Vereda San Emigdio y los policías vieron

cuando uno de los perseguidos, sin establecer cuál, arrojó un arma de fuego al costado derecho de la vía.

Una vez alcanzados, los individuos se identificaron como LUIS DAVID ROMERO PUERTO, indocumentado, y Fabio Nelson Mostacilla Campos, quien exhibió su cédula de ciudadanía. Ambos aceptaron que no tenían salvoconducto del arma, que resultó ser un revólver calibre 38 de fabricación española, con 6 proyectiles y en buen estado de funcionamiento, circunstancia que determinó su captura.

ANTECEDENTES PROCESALES:

En audiencia realizada el 4 de junio de 2012 en el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Santana, se impartió legalización a la captura de ROMERO y Mostacilla, así como a la incautación del arma. La Fiscalía les imputó la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de arma de fuego de defensa personal, en la modalidad de transportar, en calidad de coautores, agravado por obrar en coparticipación criminal y utilizar un medio motorizado. Les fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en domicilio y establecimiento carcelario, respectivamente.

Radicado el escrito de acusación el 2 de agosto de 2012 y como Nelson Mostacilla suscribió preacuerdo con la Fiscalía, se dispuso la ruptura de la unidad procesal, siguiendo la actuación únicamente contra ROMERO PUERTO. La audiencia de acusación se realizó el 5 de febrero de 2015, en la cual la Fiscalía le imputó el mismo delito con sus agravantes a título de coautor.

Una vez surtida la fase del juicio, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Tunja profirió fallo el 18 de diciembre de 2015, condenando a LUIS DAVID ROMERO a 18 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor del delito objeto de acusación. Le negó la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

La defensa impugnó la sentencia y el Tribunal Superior de Tunja la confirmó a través del fallo recurrido en casación, expedido el 22 de noviembre de 2016.

LA DEMANDA:

Con base en la causal segunda establecida en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el impugnante solicitó la nulidad de la actuación por violación del derecho de defensa del acusado, en cuanto el abogado que lo asistió desconocía la mecánica propia del sistema acusatorio, circunstancia que le impidió defender cabalmente los intereses de su representado.

Luego de citar apartes de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto de Nueva York, señaló que especialmente en la audiencia preparatoria se constata la ignorancia del profesional que asistió a LUIS DAVID ROMERO, pues solicitó se practicaran pruebas de oficio, tuvo que ser asesorado por el juez y no supo pedir la práctica de medios probatorios en cuanto omitió ocuparse de su pertinencia, conducencia y utilidad.

El defensor cuya negligencia se cuestiona estipuló casi el 90% de los hechos y su comprobación, sin manejar el proceso de descubrimiento, enunciación, solicitud y decreto de pruebas, y además de ser asistido constantemente por el juez, no le fueron decretadas las pruebas que solicitó, quedándose sin testigo de acreditación para incorporar el único documento solicitado como prueba.

Adicionalmente, el referido profesional planteó una especie de teoría del caso que no guardaba relación con los medios de conocimiento que pretendía hacer valer como pruebas en el juicio, esto es, testimonios solicitados que el juez asumió únicamente acreditaban la buena conducta del acusado, motivo por el que no fueron decretados, máxime si estipuló la sentencia de condena proferida en contra de la otra persona con la que fue capturado ROMERO PUERTO por los mismos hechos.

En suma, el acusado no contó con una adecuada teoría del caso, ni con pruebas de descargo, además de que no fue escuchado en su propio juicio reducido a dos testimonios ampliamente interrogados por la Fiscalía, no así por el defensor de turno a quien le fueron objetadas algunas preguntas por no manejar la técnica del contrainterrogatorio.

Aunque el juez que conoció del juicio realizó varias explicaciones al defensor acerca de su encargo profesional, lo cierto es que no garantizó que en verdad el acusado estuviera en condiciones reales de ejercer su derecho de defensa.

A partir de lo expuesto, el recurrente solicitó a la Corte casar el fallo, en el sentido de disponer la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, inclusive, a fin de que LUIS DAVID ROMERO PUERTO pueda contar con un abogado que represente diligentemente sus intereses y trace una adecuada estrategia defensiva.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

Como el defensor recurrente no asistió a la audiencia de sustentación oral, se declaró que se tenía lo expuesto en la demanda de casación como sustento del recurso extraordinario y, entonces, fue concedida la palabra a la Fiscalía y el Ministerio Público para que se pronunciaran al respecto.

1. La Fiscalía.

Planteó la Delegada que de conformidad con los lineamientos establecidos por esta Sala en providencia del 27 de enero de 2016, Radicado 45790, debía mantenerse la decisión atacada, pues la invalidación únicamente procede si el abogado carece de las mínimas condiciones para litigar en el marco de la Ley 906 de 2004 y deja en indefensión al procesado.

Por el contrario, en este caso no hay tales irregularidades y si el juez orientó al defensor no

resultaron conculcadas las garantías del acusado, quien fue capturado en flagrancia, circunstancia que sirvió de fundamento al fallo de condena.

Además, las pruebas de defensa negadas en la audiencia preparatoria, esto es, los testimonios solicitados, no guardaban relación con los hechos sancionados, sino con el comportamiento del acusado. La actividad del defensor no fue estulta o torpe, ni tuvo trascendencia en el sentido de la sentencia.

La intervención del juez encuentra fundamento en el artículo 138 de la Ley 906 de 2004, en orden a garantizar activamente el derecho de defensa del procesado, máxime si la Fiscalía fue solvente al acreditar la coautoría de ROMERO PUERTO en la comisión de los hechos.

A partir de lo anterior, la Fiscal Delegada solicitó a la Sala no casar el fallo objeto de impugnación.

2. El Ministerio Público.

La Delegada expresó que compartía los alegatos de la Fiscalía, toda vez que no se estableció la violación del derecho a la defensa de LUIS DAVID ROMERO. En efecto, se demostró que ejecutó la conducta en la modalidad de coautor y si el otro procesado se allanó, lo cierto es que había acuerdo previo entre ambos para portar y llevar consigo el revólver, acuerdo que no debe desligarse de su captura en común.

Conforme a la decisión del 14 de diciembre de 2011, Radicado 34703, se cumplen las exigencias para dar por probada la coautoría, en cuanto la motocicleta pertenecía a ROMERO PUERTO, no tenía placa y si huyeron por un camino veredal ante la presencia de los agentes de policía que conocieron del caso y alguno arrojó el arma a la vía, todo ello coincide con el informe de captura.

No hay duda que ROMERO sabía que se transportaba un arma de fuego, sin que el

allanamiento a cargos de Fabio Nelson Mostacilla Campos lo exonere de responsabilidad, motivo por el cual no es procedente casar el fallo.

En cuanto a la planteada violación del derecho de defensa señaló que como ya lo ha precisado esta Sala, la simple falta de pericia del abogado es insuficiente para declarar la nulidad de lo actuado, pues en este caso el defensor solicitó incorporar la sentencia condenatoria dictada contra Mostacilla Campos y escuchar a unos testigos. Además, en el juicio contrainterrogó a los declarantes de cargo y presentó sus alegaciones finales, luego no hubo inactividad tal que generara violación del derecho a la defensa de LUIS DAVID ROMERO. Adicionalmente, impugnó el fallo de primer grado.

Como ya ha sido precisado por la jurisprudencia (decisiones del 13 de septiembre de 2006, Rad. 20345 y del 19 de octubre de 2006, Rad. 22432), la simple disconformidad entre la defensa actual y la anterior no basta para acreditar la violación del derecho de defensa, de manera que el fallo objeto del recurso no debe ser casado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Como el defensor planteó que LUIS DAVID ROMERO PUERTO no contó con adecuada asistencia técnica para cuando se realizó la audiencia preparatoria, encuentra la Sala que, en efecto, como a continuación se establecerá, el abogado que lo asistió en dicha etapa y en el debate oral, no únicamente desconocía la mecánica propia del sistema procesal establecido con la Ley 906 de 2004, sino que tampoco tenía conocimiento de cómo adelantar una cabal defensa en situaciones como las que determinaron la acusación contra su representado.

La Corte ha puntualizado que es sustancialmente diferente el rol del defensor en el marco de la Ley 600 de 2000 al definido en la legislación de 2004, 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”¹.

Ahora, el derecho a la asistencia jurídica de un abogado hace parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en los artículos 29 de la [Constitución Política](#), 8.2 literales d) y e) de la Convención de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972) y 14.3 del Pacto de Nueva York (Ley 74 de 1968).

El derecho de defensa se caracteriza por ser una garantía constitucional intangible, real o material y permanente en toda la actuación procesal². Es intangible por ser irrenunciable,

de modo que si el procesado no quiere o no puede designar un abogado de confianza para que lo represente, el Estado tiene la obligación ineludible de nombrarle un defensor de oficio o asegurarse que le sea designado un defensor público. Es material o real, característica que en este caso importa resaltar, en cuanto su ejercicio corresponde a actos positivos de gestión defensiva orientados a refutar la pretensión punitiva del Estado, sin que pueda tratarse de una simple asistencia formal o nominal³. Su carácter permanente se refiere a que debe ser ininterrumpido durante todo el curso del proceso, sin excepciones o limitaciones.

Si bien la Corte ha señalado desde el fallo del 18 de marzo de 2015 (Rad. 48231) que la violación al derecho de defensa no precisa necesariamente de “la inmovilidad defensiva, por ausencia o pasividad injustificada, durante toda la etapa procesal”, en cuanto “la trascendencia de una irregularidad por ausencia o abandono en el derecho de defensa se justifica a sí misma, esto es, es trascendente por sí sola”, de manera que “los resultados hipotéticos derivados del ejercicio del derecho de defensa, en sus aspectos material y técnico, no pueden validar un estado de orfandad para el acusado en el decurso procesal, pues la garantía estriba en que de manera permanente exista una efectiva resistencia a la persecución penal, sin importar la fortaleza de la pretensión punitiva o la fuerza persuasiva de la prueba practicada a instancias del acusador” a fin de garantizar la “bilateralidad del proceso penal”, se observan en este caso por lo menos tres falencias objetivas y efectivas del defensor que denotan su falta de ilustración jurídica:

(i) No se aviene con el ejercicio real del derecho de defensa dentro de cualquier esquema procesal, que el abogado, en procura de acreditar que su asistido no es penalmente responsable del delito objeto de acusación, solicite se escuche a José Leonardo Hernández, Julio William Dueñas y Edgar Solano para que refieran “sobre el pasado del procesado, sobre su ocupación como mototaxista e incluso los riesgos que ha tenido que afrontar”, es decir, “sobre su buena conducta anterior”, testimonios cuya recepción fue negada por la funcionaria de primer grado por no ocuparse de “la materialidad de la

conducta punible ni de la responsabilidad del procesado”, mediante decisión contra la cual no interpuso recurso alguno.

(ii) No cuestionó que se dedujera en la acusación y en el fallo la circunstancia de agravación del delito de tráfico, fabricación o porte de arma de fuego de defensa personal, derivada del artículo 365-1 de la Ley 599 de 2000, esto es, por la utilización de medios motorizados, respecto de la cual ha señalado esta Corte:

“Al hecho objetivo de que el autor del ilícito utilice un medio motorizado en la ejecución del punible contra la seguridad pública examinado, debe sumársele la demostración de que dicho medio haya sido empleado con conocimiento y voluntad de que facilitaría la fabricación, el tráfico, el transporte, la distribución, la venta, el suministro o el porte del arma de fuego o de las municiones; lo cual implica determinar los elementos de convicción que así lo evidencian y los argumentos que conducen a dar por establecido tanto el tipo objetivo como el subjetivo de porte ilegal de armas en su modalidad agravada (...) debe predicarse una manifiesta relación de causalidad entre la acción de portar el arma y la utilización del automotor, de manera que implique en el caso concreto una mayor afectación al bien jurídico de la seguridad pública, que es el que la norma pretende proteger”⁴.

(iii) Pese a solicitar impropriamente que se tuviera como prueba la sentencia de condena proferida contra Fabio Nelson Mostacilla Campos (capturado junto con LUIS DAVID ROMERO y quien con base en preacuerdo con la Fiscalía fue condenado como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de arma de fuego de defensa personal, en la modalidad de transportar, sin la concurrencia de agravantes), la cual no aportó y pidió al funcionario de primer grado la solicitara al despacho que la profirió, o bien la Fiscalía la allegara, no propuso escuchar en declaración a Mostacilla en orden a acreditar que su asistido desconocía que aquél portara el revólver, a partir de lo cual podría estar en condiciones de plantear que el Estado no demostró la configuración de la coautoría material impropia en la

comisión del delito, ni la agravante por coparticipación criminal.

Sobre el particular ha expuesto la Sala:

“En relación con el porte de armas, que la defensa llama ‘delito de mano’, sin explicar a qué apunta el concepto, debe decirse que el Tribunal dedujo el comportamiento en la modalidad de coautoría (la denominada ‘impropia’), en el entendido de que hubo un acuerdo de voluntades para ejecutar el hurto, evento para el cual surgía necesaria la utilización de ese elemento para doblegar la voluntad de la víctima, contexto dentro del cual el porte se imputa a esa especie de ‘empresa delictiva’, sin que, por tanto, resulte de trascendencia que de manera física el elemento lo poseyera uno u otro partícipe, en tanto todo el grupo admitió su utilización”⁵.

Es pertinente recordar que sobre el mismo aspecto la Corte ha insistido en que cuando varias personas deciden cometer un delito y para su realización utilizan armas de fuego, están creando un riesgo jurídicamente desaprobado que a todos les corresponde asumir, pues la decisión de incorporar a la tarea delictiva las armas se atribuye a todos y por tanto también será de todos la responsabilidad por los delitos que se cometan con el empleo de esas armas en desarrollo de la conducta punible convenida⁶, circunstancia diversa a la aquí ocurrida en cuanto no se probó que los dos capturados estuvieran prestos a delinquir.

No sobra puntualizar que el esfuerzo del juez por orientar al abogado sobre las reglas que rigen la audiencia preparatoria en el sistema acusatorio, no consiguió eliminar el estado de indefensión de LUIS DAVID ROMERO, en atención a la manifiesta impertinencia de los testimonios solicitados, además de las vicisitudes que rodearon la petición de incorporar el fallo de condena proferido contra Fabio Nelson Mostacilla, sin que la captura en flagrancia pueda aducirse como especial circunstancia que comporte recortar el ámbito del derecho de defensa y de sus efectivas posibilidades de contradicción probatoria y jurídica.

También debe señalarse que la captura simultánea de LUIS DAVID ROMERO y del

condenado Fabio Mostacilla, no conlleva deducir de manera incuestionable la coautoría material impropia en la comisión del delito contra la seguridad pública.

Es cierto que según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Sala, la simple disconformidad entre la estrategia del actual defensor y del profesional que lo precedió no basta para acreditar la violación del derecho de defensa, pero como ya se advirtió, en este asunto se evidencian graves falencias de quien asistió al procesado en la audiencia preparatoria y el juicio, suficientes para objetivamente establecer que fue sumido en una indefensión reflejada en la condena que por 18 años de años de prisión le fue impuesta en las instancias como coautor del delito de tráfico, fabricación o porte de arma de fuego de defensa personal, en la modalidad de transportar, con concurrencia de dos circunstancias de agravación.

De acuerdo con lo anterior, se impone reconocer el ostensible quebranto del derecho a la defensa técnica del acusado, el cual tuvo lugar, no por la ausencia absoluta de un profesional del derecho que abandonara su encargo, ni por la falta de actos positivos de gestión, sino porque su ejercicio durante la importante etapa de preparación del juicio oral, en la cual se definían los soportes probatorios que permitirían hacer frente a la tesis acusatoria de la Fiscalía, así como en el juicio, estuvo a cargo de un abogado que carecía de las mínimas habilidades y conocimientos, de una parte, para articular las pruebas con el objeto del proceso, esto es, desvirtuar la acreditación de la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado, además de cuestionar jurídicamente los alcances de la acusación. Y de otra, no estaba en condiciones de litigar conforme a las reglas propias del sistema acusatorio adoptado por la Ley 906 de 2004.

Como ya lo dijera la Corte en un caso similar⁷, 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 total indefensión material al acusado que extendió sus efectos al posterior desarrollo del juicio y, eventualmente, a la

definición del proceso.

Entonces, corresponde a la Sala restablecer el derecho a la defensa técnica de LUIS DAVID ROMERO PUERTO mediante la invalidación parcial del proceso (artículo 457 de la Ley 906 de 2004), pues no hay otra manera de subsanación conforme a los principios de instrumentalidad de las formas, de protección o de convalidación, en cuanto se trata de una garantía fundamental.

En consecuencia, se remitirá el proceso al Juzgado 5 Penal del Circuito de Tunja con función de conocimiento para que se rehaga la actuación a partir de la audiencia preparatoria salvaguardando las garantías debidas a las partes, especialmente la defensa técnica real del acusado, en cuanto no se observa causa legal alguna que impida al mismo funcionario judicial rehacer parcialmente el proceso, máxime si la sentencia de primer grado quedó cobijada por la invalidación decretada y el fallo que le corresponderá dictar depende de una diferente realidad procesal, probatoria y jurídica⁸.

Cuestión final.

1. Se dispondrá la compulsa de copias con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja, a fin de que se establezca si el abogado que nominalmente ejerció la defensa de LUIS DAVID ROMERO PUERTO incurrió en este caso en alguna falta disciplinaria en el ejercicio de su profesión.

2. ROMERO PUERTO fue capturado el 3 de junio de 2012 y al día siguiente le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva sustituida por domiciliaria. En el fallo de primer grado del 18 de diciembre de 2015 se dispuso su reclusión intramural, encontrándose en la actualidad en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Monquirá.

De conformidad con lo establecido en el artículo 317-5 de la Ley 906 de 2004, modificado

por el artículo 2 de la Ley 1786 de 2016, la libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos: “5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio”.

Como en este caso la Fiscalía radicó el escrito de acusación el 2 de agosto de 2012 y mediante el fallo de casación se dispone la invalidación de lo actuado desde la audiencia preparatoria realizada el 11 de mayo de 2015, es claro que también el juicio oral ha sido anulado, de manera que se cumple de sobra el supuesto de hecho de la citada causal de libertad, motivo por el cual debe ser ordenada de inmediato, salvo que el acusado sea requerido en virtud de otro asunto.

Por 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 impugnada, en el sentido de declarar la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, inclusive.
2. DISPONER la libertad inmediata de LUIS DAVID ROMERO PUERTO, salvo que sea requerido en virtud de otro asunto.
3. REMITIR el proceso al Juzgado 5 Penal del Circuito con función de conocimiento de Tunja para que se rehaga la actuación a partir de la preparación del juicio oral salvaguardando las garantías debidas a las partes, especialmente la defensa técnica real del acusado.
4. COMPULSAR las copias dispuestas en la parte motiva de esta decisión, ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ SP, 11 jul. 2007. Rad. 26827.

2 Cfr. CSJ SP, 18 abr. 2012. Rad. 34465, entre muchas otras.

3 CSJ SP, 19 jul. 2016. Rad. 48371. Cfr. CSJ SP, 11 jul. 2007. Rad. 26827.

4 CSJ SP, 23 may. 2012, Rad. 32173, citada en CSJ SP, 18 ene. 2017. Rad. 46519.
En el mismo sentido CSJ SP, 10 oct. 2005 Rad. 20665, CSJ SP, 21 feb. 2007. Rad.
25726 y CSJ SP 27 oct. 2008 Rad. 29979.

5 CSJ AP, 18 feb. 2015. Rad. 45266.

6 Cfr. CSJ AP, 14 dic. 2011. Rad. 34703.

7 CSJ. SP, 25 ene. 2016. Rad. 45790.

8 En este sentido CSJ. SP, 25 ene. 2016. Rad. 45790.