

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

SP490-2016

Radicación N° 45790.

Aprobado acta No. 19.

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016).

V I S T O S

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de CLAUDIO DE JESÚS CAICEDO PARRA en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 4 de febrero de 2015, que confirmó la decisión de condenar a dicho procesado como autor del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

En la sentencia impugnada se enuncian como hechos penalmente relevantes los siguientes:

El 24 de diciembre de 2011 al sur de la ciudad de Bogotá, se presentó una riña en vía pública, la cual fue atendida por la Policía del cuadrante, quien al llegar se percató de que uno de los participantes del suceso se alejó, en el instante que descendieron los agentes de la patrulla, y huyó a un establecimiento de comercio cercano, en una de cuyas sillas arrojó un objeto, que posteriormente fue identificado como un arma de fuego.

Entonces, la policía solicitó al señor que previamente había huido de la riña, y que fue identificado como Claudio de Jesús Caicedo Parra, el respectivo permiso para portar el arma incautada, el cual no fue presentado. La policía decidió recurrir a la Central de Información Nacional de Armas, para verificar si el señor Caicedo Parra tenía permiso vigente para portar armas de fuego, el cual arrojó, como resultado, que no existía algún permiso vigente. Lo anterior, produjo la captura en flagrancia del señor Claudio de Jesús Caicedo Parra.

1. Procesales

En audiencia preliminar celebrada el 25 de diciembre de 2011 ante el Juzgado 25 Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías, la Fiscalía formuló imputación a CLAUDIO DE JESÚS CAICEDO PARRA como autor del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 365 del C.P., modificado por la Ley 1453 de 2011).

El escrito de acusación fue presentado el 16 de febrero de 2012 y correspondió su conocimiento al Juzgado 12 Penal del Circuito de Bogotá, el cual, el 16 de abril siguiente, realizó la audiencia en la que la Fiscalía formuló el mismo cargo que desde un inicio imputó. Ese mismo año, el 13 de julio tuvo lugar la audiencia preparatoria.

En sesiones realizadas el 19 de julio y el 28 de noviembre de 2013, y el 1 de julio de 2014,

se desarrolló el juicio oral al término del cual el juzgado anunció sentido condenatorio del fallo. La lectura de éste tuvo lugar el 20 de agosto siguiente decidiéndose condenar al acusado por el delito contra la seguridad pública, a la pena principal de prisión por un período de 108 meses y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.

El 4 de febrero de 2015, ante el recurso de apelación promovido por los titulares de la defensa, el Tribunal Superior de Bogotá decidió confirmar la condena. A su vez, la sentencia de segunda instancia fue objeto del recurso de casación por el defensor, quien lo sustentó mediante la presentación de la respectiva demanda el 26 de marzo de 2015.

EL RECURSO

1. Demanda de casación

En primer lugar, se identificaron los sujetos procesales, los hechos juzgados, la actuación relevante y los fundamentos de la sentencia impugnada. Luego, se invocó la causal de casación prevista en el numeral 2º del artículo 181 del C.P.P./2004 para acusar aquella providencia de ser violatoria de la garantía de la defensa técnica, toda vez que la labor del abogado que la ejerció durante la audiencia preparatoria careció de pertinencia y de preparación, a tal punto que las pruebas directas que demostrarían la inocencia del acusado fueron “desperdiciadas del escenario procesal” y las decretadas por el juzgado “se tornan como pruebas aisladas y al momento de la valoración, carecen de soporte con otros elementos materiales”.

Después de citar como normas aplicables los artículos 457, 8 (literal k), y 125 (numerales 4, 5 y 6) del C.P.P./2004 y el 29 constitucional, aduce que el fin perseguido con la demanda es el respeto de las garantías de los intervinientes que, en el presente evento, habrían sido vulneradas por “la actitud incompetente o de falta de instrucción” del defensor en la

dinámica del sistema procesal, especialmente al momento de incorporar las pruebas testimoniales que favorecían al procesado. A renglón seguido, trae a colación sendas decisiones de esta Corte¹ y de la Constitucional² en relación a los presupuestos de una afectación al núcleo esencial de la defensa.

Señala como irregularidades de la defensa técnica durante la audiencia preparatoria, las siguientes: a) la designación de quien la ejerció en esa ocasión obedeció a las afecciones de salud del apoderado principal y no a la confianza del procesado; b) enunció, de manera extemporánea, una prueba de “inspección ocular” y ante la oposición a su práctica, “de manera dócil” la retiró; c) no sustentó la admisibilidad de los testimonios de Jorge Eliécer Sánchez Gamba, Claudia Patricia Prada Herrera, Carolina Rotavisque Castro y el del acusado; d) omitió la sustentación de las declaraciones de Leonardo Domínguez Moreno y Edilson Medina Marín, no obstante su previa enunciación; e) insistió en la práctica de la inspección que antes había sido descartada; f) sin previo descubrimiento ni enunciación, pretendió introducir el testimonio del investigador Gonzalo Salazar Gordillo y un álbum fotográfico; y g) no supo controvertir la decisión de negarle la mayoría de las pruebas que había solicitado.

En la demanda se argumenta la conducencia, pertinencia y admisibilidad de las pruebas dejadas de practicar por las deficiencias de la defensa técnica de entonces, esto es, de los testimonios de Jorge E. Sánchez Gamba, Claudia P. Prada Herrera y Carolina Rotavisque Castro. Seguidamente, sintetiza las razones por las cuales estima se produjo una vulneración a la garantía de la defensa técnica: a) hubo fallas que de ninguna manera podían encuadrarse en el margen de libertad de la estrategia defensiva, que no son imputables al procesado y que fueron trascendentes en la decisión judicial; b) es palmaria la vulneración a los derechos fundamentales del acusado; y c) el defensor no tuvo “una actitud proactiva y diligente” en el cumplimiento de su función. Aunado a lo anterior, asegura el libelista que especificó los medios de prueba omitidos, justificó la procedencia de cada uno de ellos aproximándose a su contenido, explicó la

potencialidad de fundamentar una absolución y, por último, las confrontó con las que soportaron la sentencia.

Con base en lo anterior, solicita se decrete la nulidad del proceso a partir de la audiencia preparatoria con el objeto de poder solicitar y sustentar los testimonios que extraña. Como consecuencia de tal medida, continúa, deberá remitirse la actuación no al juez que ya conoció del asunto, sino al que se le sigue en turno. Por último, ruega a la Sala superar los defectos de la demanda.

2. Audiencia de sustentación

2.1 Recurrente

En primer lugar, enuncia como normas “supraconstitucionales” aplicables al caso los artículos 1º y 8º de la Declaración Universal y de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente. Luego, alega que la labor del defensor en la Ley 906 de 2004 debe ser proactiva y diligente, a diferencia de lo que ocurría en el régimen procesal anterior en el que dicho rol podía ser desempeñado de manera pasiva, tal y como fue aclarado en la sentencia del 11 de julio de 2007, radicado No 26827. En el mismo sentido, destaca que en el nuevo procedimiento el juez cumple una tarea esencial de defensa de las garantías fundamentales como consecuencia de la constitucionalización del derecho penal.

En el contexto normativo indicado, denuncia que la falta de la diligencia debida en la defensa del acusado, el deficiente manejo del rol del abogado en el sistema acusatorio y la ignorancia del procedimiento de la audiencia preparatoria; fueron las circunstancias que dieron al traste las pruebas testimoniales directas de descargo que de haber sido sustentadas en debida forma hubiesen armado a la defensa para enfrentar la pretensión de la Fiscalía. Aunado a ello, continúa, fue evidente la falta de vigilancia del juez en relación a la efectividad de las garantías fundamentales reconocidas al

procesado.

Finalmente, señala que la demanda de casación persigue el respeto a las garantías del acusado, pues la inadecuada actuación del abogado malogró las pruebas que demostrarían la atipicidad de la conducta por la que se condenó a CLAUDIO DE JESÚS CAICEDO PARRA, en razón de lo cual el único mecanismo apto para reparar la irregularidad de una defensa técnica deficiente sería el decreto de la nulidad del proceso desde la audiencia preparatoria.

2.2 No recurrentes

2.2.1 Fiscalía

De entrada, advirtió que la inadmisión de las pruebas originada en la falta de destreza del abogado no es un reflejo de la ausencia de defensa técnica, por lo que solicita denegar la pretensión del demandante. Argumenta que no todo ejercicio inadecuado o superable de la defensa es antijurídico, siendo esta misma Corporación la que en varias ocasiones ha definido que la medida anulatoria dependerá no sólo de la existencia de un error o de una omisión sino que ese comportamiento determine la vulneración del derecho a la defensa.

En el caso que interesa, afirma la existencia de una defensa activa con base en las actuaciones que su titular desplegó, las cuales enuncia así: solicitó dos testimonios que fueron decretados (del investigador y del acusado), presentó teoría del caso, realizó estipulaciones probatorias, contrainterrogó a los testigos de fiscalía, desistió de pruebas y presentó alegatos de clausura. Manifiesta, además, que la renuncia del defensor a las pruebas que le habían sido autorizadas no implica violación a las garantías sino una estrategia de litigación diferente a la del abogado anterior. Por último, recuerda que en la sentencia C-536 de 2008 se definió el principio de igualdad de armas como la posibilidad de que las partes puedan utilizar en condiciones de equilibrio los medios

procesales, especialmente el de recaudo probatorio, por lo que ninguna duda alberga en cuanto al respeto del principio aludido en el proceso.

Conforme a lo anterior, reafirmó su petición de no casar la sentencia, más aún cuando el demandante no habría mostrado los argumentos por los cuales estima que los testimonios omitidos revelarían la inocencia del acusado.

2.2.2 Ministerio Público

Inicialmente precisa que el problema a dilucidarse es si las actuaciones del defensor fueron tan torpes que dejaron al acusado desprovisto de elementos probatorios que hubiesen podido demostrar su inocencia. A continuación, presenta consideraciones teóricas en torno a la construcción de la verdad en un sistema acusatorio resaltando su carácter dialéctico, para concluir que si una parte no es capaz de sustentar la pertinencia y utilidad de las pruebas con las que demostrará su teoría del caso, se estará ante una irregularidad.

Frente al asunto bajo examen, advierte que no se trata de que el nuevo defensor planteara una estrategia defensiva distinta a la de quien lo antecedió; por el contrario, habiéndola mantenido se duele de la incapacidad de este último para lograr la admisión de las pruebas que sacarían adelante su teoría porque demostrarían la ausencia de responsabilidad o una duda razonable insalvable. En ese orden, asegura que la actuación antitécnica del abogado efectivamente privó al procesado de que se cumpliera a cabalidad con el derecho a obtener la comparecencia de los testigos a su favor (lit. k, num. 8º); por tanto, se reunirían las exigencias jurisprudenciales contenidas, entre otras, en la providencia del 21 de enero de 2015, rad. 44112, pues se señalaron las pruebas que no fueron decretadas por la falta de sustentación del defensor y se demostró que éste no solo desconocía la oportunidad para cumplir con esa carga sino la sistemática de los recursos.

Concluye, entonces, si el defensor hubiese tenido el manejo técnico de cómo allegar las pruebas al juicio, el juez hubiese conocido otra versión de los sucesos y obtenido el conocimiento dialéctico pertinente. Por esa vía, continúa, se resquebrajó el principio adversarial, por lo que solicita casar la sentencia.

CONSIDERACIONES

Con fundamento en la causal de casación prevista en el numeral 2º del artículo 181 del C.P.P./2004, en la demanda se formula un cargo de nulidad por violación al derecho a la defensa técnica que le asiste a CLAUDIO DE JESÚS CAICEDO PARRA, básicamente porque el abogado que la ejerció durante la audiencia preparatoria carecía de la cualificación o de la idoneidad necesaria para litigar en un proceso penal acusatorio como el contemplado en la Ley 906 de 2004 y ello impidió que al juicio se incorporaran pruebas que podían demostrar la inocencia del acusado.

1. La defensa técnica

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho del sujeto pasivo de la acción penal a la asistencia letrada, cualificada o científica como presupuesto esencial del debido proceso penal, cuando indica que: “(...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; (...)”. Por su parte, el artículo 8º, numeral e), del código procesal de 2004, consagra a favor del procesado el derecho a ser asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado. Esa garantía igualmente se encuentra reconocida en tratados internacionales ratificados por el Congreso de la República que, en virtud del artículo 93 superior, “prevalecen en el orden interno”, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ y la Convención Americana de Derechos Humanos⁴, aprobados por las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente.

En relación a la importancia y características de la defensa técnica en materia penal, la Corte Constitucional ha advertido que "... hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses", agregando que de esta última se exige "..., en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida a asegurar no solo el respeto por las garantías del acusado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas a derecho"5.

En la misma línea, esta Corporación ha reiterado que la defensa técnica "constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial,..." y que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente. "La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio; material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones"6.

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

El carácter obligatorio de la defensa técnica, sin embargo, no es suficiente para que en el proceso penal pueda reputarse como cabalmente satisfecha la respectiva garantía constitucional, pues además debe ser efectiva, es decir, no basta con que al imputado se le

de la oportunidad de contar con un abogado que lo asista y lo represente en la investigación y en el juicio, sino que debe ser real o material, esto es, traducida y perceptible en actos de gestión que la vivifiquen,...

2. La defensa técnica en la Ley 906 de 2004

Mediante el Acto Legislativo No 03 del 19 de diciembre de 2002 se introdujeron sendas modificaciones a los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, cuyo objetivo fue el de permitir la adopción de un sistema de enjuiciamiento penal de naturaleza acusatoria, tal y como expresamente se reconoció en el artículo 4º, no obstante la introducción de algunas peculiaridades como son: a) la adversarialidad es matizada porque, a más de la fiscalía y la defensa, en el proceso intervienen el Ministerio Público y las víctimas; b) el rol del juez no se corresponde con el de un “mero árbitro” ya que debe propender por la aplicación de la justicia material y por la defensa de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes⁷; c) la fiscalía continúa adscrita a la rama judicial y ejerce algunas funciones de ese orden; y d) se mantiene una concepción fuerte del principio de legalidad y la disponibilidad excepcional de la acción penal siempre está sujeta a decisión judicial, entre otras.

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

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

declaraciones testificales y los careos.

La primera de estas dos condiciones exige que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público. (...)8

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

La principal condición epistemológica de la prueba en los sistemas acusatorios en los que se desplaza la carga de aquélla sobre la acusación es “la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas. La defensa, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes...”9

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

En relación con el derecho a la defensa técnica, conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de “igualdad de armas”, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es particularmente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales. Para la Corte, el principio de igualdad de

armas “constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”.

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

(...), es evidente que frente al procedimiento reglado en la Ley 906 de 2004, lo dicho por la jurisprudencia en materia de defensa técnica, en cuanto a que la táctica o estrategia concebida por el abogado “...según su fuero interno, capacitación, estilo y actitud ética...”, bien puede consistir en asumir una actitud simplemente pasiva, silenciosa, expectante, debe ser revisado y matizado frente al nuevo ordenamiento procedimental. Una consideración como la aludida, no cabe duda, era admisible en el modelo de enjuiciamiento anterior, de corte mixto, en el que el acusador tenía la obligación constitucional y legal de “investigación integral” e imparcial, es decir, de escudriñar con igual celo lo desfavorable como favorable al procesado; en el que el juez gozaba en forma plena de la facultad o iniciativa probatoria con la misma finalidad, y en el que, por lo mismo, el procesado “...podía permanecer inactivo en el proceso, al tanto de lo que sobre su responsabilidad penal decidieran el fiscal y el juez de la causa”.

Pero, en un sistema con tendencia acusatoria, adversarial, en el que la verdad acerca de los hechos no es monopolio del Estado, sino que debe construirse entre las partes, a las que se garantiza la igualdad de armas, y quienes llegan con visiones distintas de lo sucedido a debatirlas en un juicio regido por los principios de oralidad, publicidad,

inmediación, contradicción, concentración y el respeto a las garantías fundamentales, con el fin de convencer al juez, tercero imparcial, de su posición jurídica, no es siempre acertado sostener que la defensa técnica se desarrolla en forma válida, efectiva y eficaz con una actitud de inercia, de simple complacencia o indiferencia ante la acusación de la Fiscalía.¹⁰

3. Asunto examinado

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

Al inicio de la audiencia preparatoria y ante la pregunta de la juez en el sentido de si fiscalía había cumplido con el descubrimiento probatorio¹¹, contestó el defensor: “No su señoría, en esta audiencia comedidamente solicito las pruebas que serán aducidas en la audiencia de juicio oral”¹². La juez le aclara que la pregunta es que si la fiscalía le hizo el descubrimiento de los elementos que anunció en la acusación. Entonces responde: “Sí doctora, parcialmente”¹³. Ante ello, la juez pregunta: “parcialmente...?”. Responde el defensor: “si Dra porque hemos encontrado que nos falta parte del álbum fotográfico y parte del informe de la inspección judicial que hicieron,...”¹⁴.

Después, la juez interroga al titular de la defensa técnica sobre si haría descubrimiento probatorio y éste contestó: “en este momento no Dra, para solicitar”¹⁵.

En la fase de enunciación, relacionó el defensor los testimonios de Jorge Eliecer Sánchez Gamba, Claudia Patricia Prada Herrera, Carolina Rotavisque Castro, el acusado Claudio de Jesús Caicedo Parra y los policías Leonardo Domínguez Moreno y Edinson Medina Marín¹⁶.

Una vez la fiscalía enunció la estipulación de la plena identidad del acusado y ante el requerimiento de la juez para que el defensor se pronunciara sobre aquélla, éste manifiesta “me disculpa, se me quedaba en el tintero solicitarle muy respetuosamente también señora juez una inspección ocular al sitio de los hechos donde se incauta el arma”¹⁷. La juez lo interrumpe para advertirle que está enunciando una prueba y esa etapa ya había concluido. El defensor responde “si Dra fue que se me pasó”. A continuación, la juez le comunica que a pesar de la enunciación realizada, la solicitud sería improcedente. Aquél responde: “Listo su señoría”¹⁸.

En la etapa de petición de pruebas, el defensor manifestó: “su señoría solicito respetuosamente dentro de la pertinencia y la conducencia en aras de demostrar la inocencia de mi defendido los testimonios de Jorge Eliecer Sánchez Gamba (...)19, igualmente de Claudia Patricia Prada Herrera (...)20, Carolina Rotavisque Castro (...)21, al igual que recibir en testimonio al acusado Claudio de Jesús Parra Caicedo que se encuentra acá presente como testigo en su propia causa... Su señoría, ahora sí es posible solicitarle la inspección ocular, me autorice la inspección ocular del sitio de los hechos de la incautación del arma con toma de fotografías, en aras de aclarar la situación del hecho que nos ocupa, a la dirección del sitio de los hechos. Son elementos necesarios, pertinentes y conducentes para aclarar los hechos de la incautación del arma, su

señoría.”²²

La directora de la audiencia requiere al defensor para que ofrezca mayor claridad frente a la solicitud probatoria y aquél contesta: “Si su señoría, eso es los testimonios directos de estas personas, de los testigos directos, al igual que los policiales pero ya los solicitó la Fiscalía, pero si no es redundante pues se solicita que se les reciba testimonio a los policiales Jesús Leandro Domínguez Moreno y Edinson Medina Marín”²³. Le pregunta, entonces, si ya concluyó con el pedido y el abogado contestó afirmativamente.

Inmediatamente, la juez procedió a darle traslado de la solicitud probatoria de la defensa a la fiscalía. En ese momento, interrumpe el defensor expresando: “discúlpeme, discúlpeme su señoría, para introducir todos estos, el soporte de todos esos testimonios por medio del investigador,... el investigador se encuentra acá presente, es el señor Gonzalo Salazar Gordillo”²⁴. La juez le pregunta si este último fue relacionado entre los testimonios solicitados porque no lo tiene registrado y él contesta “hasta ahora lo estoy mencionando doctora”²⁵. Enseguida, le cuestiona sobre el documento que será incorporado por el investigador y el defensor responde “el álbum fotográfico y el informe”. Ante ese panorama la juez le advierte al letrado que no ha sido lo suficientemente claro y que si desea 5 minutos para que ordene las ideas, oferta que fue aceptada.

Luego del receso, continuó el defensor: “Para introducir por intermedio del investigador una inspección ocular al sitio de los hechos para determinar la ubicación del arma, el sitio en donde se encontraba Claudio Caicedo Parra y la ubicación de los testigos que le acabé de mencionar (...). Para determinar y así aclarar doctora la claridad de los hechos como ocurrieron. Esa inspección ocular se apoyará con fotografías para ver la luminosidad, la claridad del ambiente dada la hora que era de noche, se procurarán tomar fotografías similares a la hora que ocurrieron los hechos para con un croquis

determinar el sitio donde fue encontrada el arma, el sitio donde se encontraba el acusado y la ubicación de las personas que van a rendir su testimonio.”²⁶

Al momento de resolver, la juez negó a la defensa la declaración de los supuestos testigos presenciales Jorge Eliecer Sánchez Gamba, Claudia Patricia Prada Herrera y Carolina Rotavisque Castro, y la de los policías Leonardo Domínguez Moreno y Edinson Medina Marín, debido a la falta de sustentación de la pertinencia y admisibilidad de tales pruebas. Contrario a ello, decretó los testimonios del investigador Gonzalo Salazar Gordillo y del acusado, así como todas las pruebas requeridas por la Fiscalía.

Al notificársele el auto de pruebas, el defensor afirma “Su señoría yo le presentaría recurso en razón de que los testigos que acabo de mencionar, en igual forma que en la solicitud del croquis y de las fotografías de la inspección judicial que se solicita, se estaría corroborando... su señoría por ser testigos presenciales y aclarar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos de esa noche doctora.” A continuación, la juez le solicita que aclare cuál es el recurso que interpondrá advirtiéndole que se encontraba precluida la oportunidad para sustentar la pertinencia de las pruebas, respondiendo el defensor: “Listo doctora, continuamos”. Ante esto, la funcionaria pregunta: “¿qué significa eso, señor defensor?” y éste le informa: “Doctora pues que queda en firme la determinación”²⁷.

Del recuento del desarrollo de la audiencia preparatoria, pueden hacerse las siguientes reflexiones críticas en relación a las actuaciones desplegadas por el titular de la defensa cualificada:

1. Interrogado por la juez sobre las observaciones al descubrimiento probatorio de la fiscalía, el defensor manifestó que el mismo no había tenido lugar y que

“solicitaba las pruebas” que serían aducidas al juicio oral. Luego, ante la aclaración que la primera hiciera sobre el sentido de la pregunta, respondió que sí pero que “parcialmente”. Esa contradicción inicial ya permitía vislumbrar, cuando menos, una confusión entre los conceptos de descubrir y de solicitar pruebas, así como entre esta último y el de elementos materiales probatorios y evidencias físicas.

2. En la oportunidad que le fue conferida al efecto, el titular de la defensa cualificada manifestó que no descubriría elementos materiales probatorios o evidencias físicas. Pero, más tarde, en la misma audiencia pretendió se admitiera la incorporación durante el juicio, por intermedio de un investigador, del informe y de las fotografías de una inspección al lugar de los hechos. De esa manera, se reafirmaba la inicial impresión de que el abogado desconocía no solo el concepto de descubrimiento sino su esencialidad en el debido proceso probatorio (art. 356, numeral 2º, del C.P.P./2004).

3. De manera extemporánea, el defensor enunció como prueba una inspección “ocular” al lugar en que se incautó el arma y se capturó al acusado. En estricto sentido, debe decirse que ni siquiera enunció tal medio de conocimiento sino que lo “solicitó” cuando la audiencia transitaba ya por la fase de estipulaciones probatorias y cuando, obviamente, no se había dado inicio a la de peticiones. Así, se trastocaba groseramente el desarrollo de la audiencia preparatoria y las fases previas a la admisión de las pruebas, aspectos regulados con meridiana claridad en el precitado artículo 356 y siguientes.

4. Ante la advertencia que hizo la juez sobre la improcedencia de la prueba enunciada por fuera de la oportunidad legal, el defensor manifestó, en actitud sumisa, su plena conformidad. Sin embargo, en la fase de solicitudes probatorias incluyó la referida inspección sin expresar nada sobre su

pertinencia, utilidad y admisibilidad, distinto a que serviría para aclarar los hechos, menos aún sobre los requisitos específicos de su procedencia (arts. 435 y 436 C.P.P./2004). Es decir, esta parte procesal (i) insistió en la práctica de una prueba que antes había aceptado era improcedente por su extemporánea enunciación, (ii) omitió la sustentación debida de la petición, y, (iii) pasó por alto la naturaleza excepcional de la prueba de inspección en el vigente sistema de enjuiciamiento penal.

5. El representante del acusado enunció como pruebas los testimonios de los dos miembros de la Policía Nacional que realizaron el operativo de captura, luego omite solicitarlos en la oportunidad correspondiente y, finalmente, cuando la juez exige aclaración sobre la inspección “ocular” deprecada, introduce la petición de aquellas declaraciones condicionándola a que no fuera redundante porque se trataba de pruebas ya solicitadas por la fiscalía. En las actividades y omisiones que se relatan se advierte no un simple olvido en quien debía garantizar la asistencia cualificada sino la incapacidad de articular la petición de pruebas a la estrategia defensiva, el desconocimiento de las posibilidades que ofrece el contrainterrogatorio en juicio y el incumplimiento ostensible del deber de sustentar su pedido.

6. En la oportunidad en que debía sustentar la solicitud de los testimonios de Jorge Eliecer Sánchez Gamba, Claudia Patricia Prada Herrera y Carolina Rotavisque Castro, el defensor se limitó a aducir que eran testigos directos de los acontecimientos. Esa pálida sustentación provocó la previsible inadmisión de las referidas pruebas, pues el peticionario desatendió las disposiciones contenidas en los artículos 375, 376 y 357, inciso 2º, del C.P.P./2004. Estas últimas ni siquiera consagran reglas de argumentación probatoria especializadas para un proceso acusatorio, lejos de eso son principios básicos que rigen la prueba judicial en general y que se refieren a la admisibilidad, pertinencia y necesidad de aquélla. Por último, la sola alusión a la vinculación “directa” de los testigos con los sucesos, a pesar que reflejaba la

importancia que para la teoría del caso defensiva tenían aquéllos, constituyó una inaceptable petición de principio.

7. Después de finalizar el turno de solicitud de pruebas del defensor y cuando la juez daba traslado de ella a la fiscalía, aquél la interrumpe para solicitar el testimonio de Gonzalo Salazar Gordillo, a quien menciona por primera vez en la audiencia como su investigador y con quien, expresa, introduciría el “soporte” de todos los testimonios solicitados, aclarando luego de una amonestación de la funcionaria judicial que aquél incorporaría el informe y el álbum fotográfico de una inspección al sitio en que se capturó al procesado.

Esa petición no solo fue extemporánea porque se presentó cuando ya había precluido la oportunidad para tal fin, sino que pasó por alto etapas medulares del debido proceso de incorporación de las pruebas como son el descubrimiento y la enunciación, con lo cual, adicionalmente, se vulneraba el principio de igualdad de armas. No obstante, esas irregularidades fueron omitidas por la juez que terminó decretando la prueba testimonial, inclusive también por la misma fiscalía que ninguna oposición manifestó al respecto, comportamientos éstos que únicamente encuentran explicación en una actitud compasiva ante la orfandad letrada del acusado, toda vez que ambos funcionarios demostraron en la audiencia preparatoria que conocían con suficiencia la dinámica probatoria y podían prever que una posición rigurosa privaba a aquél de cualquier medio de prueba a su favor.

8. Con el anterior testigo manifestó el defensor introduciría unos documentos (informe y fotografías de una inspección al lugar de los hechos) que, como antes se dijo, jamás descubrió y que ni siquiera suministró al propio acusado ni al abogado que lo sucedió en la defensa técnica. Por esa razón y porque ni siquiera facilitó el contacto del supuesto investigador con el defensor que lo reemplazó para el juicio oral, este último tuvo que desistir de la práctica de esa prueba testimonial.

En tales condiciones, o el referido testigo no adelantó las labores investigativas que fundaron su petición y posterior decreto, por lo menos no la referida visita al lugar de los hechos y su levantamiento fotográfico -nunca conocidas en el proceso-, o sí existieron tales labores y sus respectivos soportes, pero el defensor se desincorporó del proceso llevándose consigo cualquier vestigio de esas actividades probatorias. Cualquiera fuera la hipótesis explicativa que se acogiera, lo cierto es que el resultado vulneró el derecho a una defensa técnica real y, de paso, la garantía a la contradicción a través de la presentación de pruebas. Ello ocurrió con cierta complacencia de la juez porque su compasiva flexibilidad la llevó a admitir unos elementos materiales probatorios que jamás nadie conoció.

9. En contra de la providencia que denegó la práctica de los testimonios de Jorge Eliecer Sánchez Gamba, Claudia Patricia Prada Herrera y Carolina Rotavisque Castro, el defensor manifestó que interponía “un recurso” sin especificar cuál y, en lugar de ello, argumentó que aquellos eran testigos directos que aclararían las circunstancias. Cuando la juez lo reconviene por no indicar el recurso que en concreto promovía y por la extemporánea sustentación de pertinencia de las pruebas, se limitó a rogar que continuara la audiencia y que “quede en firme la determinación”.

En la actuación del defensor se advierte su desacuerdo con el auto que decidió las solicitudes probatorias, por lo menos en la parte que denegó la declaración de quien él estimaba eran testigos directos de los hechos materia del juicio, producto de lo cual realizó un intento de oposición a la decisión judicial al manifestar que contra ella interponía un recurso. No obstante, esa legítima pretensión no pudo avanzar debido a la ignorancia de su autor en torno a la singularidad de los medios de impugnación y a la debida sustentación (oportunidad y ámbito) de los mismos. Es evidente, entonces, que fueron éstas y no otras las razones por las cuales aquél, vencido por su

propia ineptitud, desistió de su propósito.

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

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

No sobra precisar que, tal y como lo advirtió la delegada del Ministerio Público, en

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

Por último, no puede dejarse a un lado que la violación al derecho a una defensa técnica fue el resultado de la ineptitud por parte del abogado que la ejerció, pero también de la falta de vigilancia y corrección de la juez de conocimiento en el aseguramiento de las garantías fundamentales del acusado. Recuérdese que son deberes del funcionario judicial el de salvaguardar los derechos de todos los intervinientes en el proceso²⁸ dejando constancia, inclusive, del cumplimiento de esa garantía²⁹, y el de corregir los actos irregulares³⁰. En el asunto que se decide, la juez no garantizó ni una defensa técnica efectiva ni la igualdad de armas; muy a pesar que en sus múltiples requerimientos de aclaración al defensor, en sus constantes correcciones, en la concesión de tiempos adicionales para la preparación de aquél y hasta en su decisión de decretarle una prueba sin que hubiese cumplido los requisitos para su admisión, refulge que advirtió las irregularidades defensivas y no las evitó ni las corrigió adecuadamente.

Conforme a las consideraciones expuestas, el derecho del acusado CLAUDIO DE JESÚS CAICEDO PARRA a una defensa técnica real únicamente puede restablecerse mediante la anulación parcial del proceso, conforme lo establece el

artículo 457 del C.P.P./200431, sin que esa lesión sea subsanable en virtud de los principios de instrumentalidad de las formas, de protección o de convalidación³² porque se trata de una garantía fundamental. Mucho menos es admisible sostener, como lo hace la fiscalía no recurrente, que la inexistencia material de la defensa técnica en la fase preparatoria se solventó con la activa intervención del defensor que asistió al juicio, pues olvida que el desarrollo de éste último en lo que hace a la práctica probatoria, viene delimitado por las decisiones adoptadas en la primera. Además, la presencia del defensor es presupuesto de validez de la audiencia preparatoria (art. 355, inc. 2º, ibídem) y aquélla no puede entenderse como una mera condición óptica sino como la garantía de una representación experta, sin la cual se produce una indefensión equivalente a la ausencia física de un abogado.

En consecuencia, se remitirá el proceso al Juzgado 12 Penal del Circuito de Bogotá con función de conocimiento para que se reponga la actuación a partir de la preparación del juicio oral salvaguardando siempre las garantías debidas a las partes, especialmente la defensa técnica efectiva del acusado. Esta medida obedece a que, contrario a lo aseverado por el demandante, no se observa causa legal alguna que impida a la misma funcionaria judicial rehacer parcialmente el proceso, más aún cuando se anuló su inicial sentencia y la que le corresponderá dictar a futuro dependerá de una nueva realidad procesal y probatoria.

4. Otras determinaciones

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

De otra parte, se llamará la atención a la Juez 12 Penal del Circuito con función de conocimiento de esta ciudad, para que ejerza una adecuada vigilancia y supervisión del cumplimiento de las garantías debidas a las partes e intervinientes en los procesos que ante ella se adelanten, tal y como lo ordenan los artículos 138, numeral 2, y 139, numeral 6, del C.P.P./2004.

Por último, no sobra advertir que el acusado CLAUDIO DE JESÚS CAICEDO PARRA se mantendrá en libertad, toda vez que en el proceso no se le ha impuesto medida de aseguramiento alguna. Además, la orden de captura dispuesta en la sentencia decayó con la anulación que de ésta aquí se decreta.

D E C I S I Ó N

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 ley,

R E S U E L V E

Primero: Casar la sentencia condenatoria proferida contra CLAUDIO DE JESÚS CAICEDO PARRA por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. En consecuencia, decretar la nulidad del proceso desde la audiencia preparatoria.

Segundo: Remitir el proceso al Juzgado 12 Penal del Circuito de Bogotá con función de conocimiento para que se reponga la actuación a partir de la preparación del juicio oral salvaguardando siempre las garantías debidas a las partes, especialmente la defensa técnica del acusado.

Tercero: Compulsar copias de la presenta actuación ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, con el objeto de que se investigue disciplinariamente al abogado que

nominalmente ejerció la defensa técnica durante la audiencia preparatoria.

Cuarto: Llamar la atención de la Juez 12 Penal del Circuito de Bogotá con función de conocimiento, para que ejerza una adecuada vigilancia y supervisión del cumplimiento de las garantías debidas a las partes e intervinientes en los procesos que ante ella se adelanten.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Decisiones del 21 de enero de 2015, Rad. 44112; del 13 de julio de 2005, Rad. 17819; y otra, sin fecha, en el Rad. 44620.

2 Sentencia T-266 de 2009.

3 Artículo 14, numeral 3, literal d): “[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.”

4 Artículo 8º, numeral 2, literales d) y e): “(...) [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.”

5 Sentencia C-069 de 2009.

6 Fallo de casación del 19 de octubre de 2006, rad. 22432, reiterado en el fallo del 11 de julio de 2007, rad. 26827.

7 Así lo advirtió en la sentencia C-591 de 2005: “Además, cabe recordar, que el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima. Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al

juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima,...”.

8 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 9ª ed, Edit. Trotta, Madrid, 2009, p. 614.

9 Ibídem, p. 613.

10 Fallo del 11 de julio de 2007, rad. 26827.

11 Minuto 1:38 del primer archivo

12 Minuto 1:48 ibídem

13 Minuto 2:07 ibídem

14 Minuto 2.13 ibídem

15 Minuto 5:19 ibídem

16 Minuto 7:50 ibídem en adelante

17 Minuto 11:00 ibídem

18 Minuto 12:01 ibídem

19 Aporta la cédula, dirección y teléfono del testigo

20 Ibídem

21 Ibídem

22 Minuto 25:34 ibídem

23 Minuto 28:00 ibídem

24 Minuto 28:50 ibídem

25 Minuto 29:14 ibídem

26 Minuto 00:03 del segundo archivo

27 Minuto 11:07 ibídem en adelante

28 Artículo 138, numeral 2, del C.P.P./2004

29 Artículo 139, numeral 6, ibídem

30 Artículo 10, inciso final, y 139, numeral 3, ibídem

31 “Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. (...)”.

32 El artículo 306 de la Ley 600 de 2000 lo prescribía expresamente, sin que su falta de consagración en el Código de Procedimiento Penal de 2004 impida la aplicación de los principios que orientan las declaratorias de las nulidades, pues son de la esencia de este instituto procesal.