

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

SP683-2019

Radicación n.º 53075

Acta n.º 59

Bogotá, D. C., seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

I. V I S T O S

* La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de Carlos Arturo Gañán Guerrero en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala de Decisión Penal, leída el 16 de enero de 2018, por medio de la cual confirmó integralmente el fallo emitido el 30 de marzo de 2016 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con función de conocimiento de Riosucio (Caldas) en el sentido de condenar al acusado como autor del delito de daño en bien ajeno.

II. H E C H O S

En la sentencia demandada fueron sintetizados así:

Ocurrieron el primero (1º) de febrero del año 2014, en la carrera 2ª N° 9-08 del Municipio de Riosucio, a eso de las tres de la tarde, momento en que el señor Carlos Arturo Gañán

Guerrero, en compañía de otro sujeto y con maceta en mano, se introdujo a la vivienda de la señora Leonor Toro de Trejos, demoliéndole el baño, el lavadero, el sanitario, unas hojas de eternit, al igual que unas columnas en construcción, manifestando el acusado que era de su propiedad y por lo tanto podía derribar la vivienda, por lo que hubo necesidad de llamar a la Policía en dos oportunidades y evitar que Gañán Guerrero continuara con su labor destructiva.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 24 de febrero de 2015, con fundamento en la querella instaurada por Leonor Toro de Trejos y luego de fracasada la conciliación, la Fiscalía Primera Local de Riosucio le formuló imputación a Carlos Arturo Gañán Guerrero como autor de daño en bien ajeno (artículo 265, inciso 2º, del Código Penal), ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de dicha localidad. El imputado no aceptó el cargo endilgado.
2. El escrito de acusación fue radicado el 24 de abril de 2015, en los mismos términos fácticos y jurídicos de la imputación.
3. Correspondió adelantar el juzgamiento al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con función de conocimiento de Riosucio (Caldas), despacho que desarrolló tal cometido en la forma que se precisa a continuación. Formulación de acusación: 7 de septiembre de 2015. Audiencia preparatoria: 27 de octubre de 2015. Juicio oral: 14 de enero de 2016.
4. El 30 de marzo de 2016, el a quo dio lectura al fallo por medio del cual condenó a Carlos Arturo Gañán Guerrero, como autor de daño en bien ajeno, a las penas principales de 16 meses de prisión y \$616.000.00 de multa, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. Por otra parte, le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la sanción privativa de la libertad, por un período de prueba de 2 años.

5. Interpuesta apelación por el defensor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala de Decisión Penal, se pronunció en el sentido de confirmar integralmente el proveído recurrido. La sentencia fue leída el 16 de enero de 2018.

6. El abogado Mitter Vicente Ruiz Contreras, quien actuó desde el inicio del proceso, renunció al poder que le fue otorgado para ejercer la defensa del procesado; a su vez, el señor Gañán Guerrero solicitó “amparo de pobreza”, ante “la necesidad” de interponer el recurso extraordinario de casación.

Atendiendo las anteriores manifestaciones, el magistrado sustanciador dispuso la suspensión del término de ejecutoria del fallo y solicitó a la Defensoría del Pueblo, Regional Caldas, la designación de defensor(a) público(a).

El nombramiento recayó en la abogada Ruth Marina Pulido Barragán, profesional que interpuso la casación y presentó el libelo respectivo.

IV. LA DEMANDA

Contiene un cargo único, fundado en la causal 2ª de casación prevista por el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, consistente en que el tribunal dictó sentencia en un proceso viciado de nulidad, “(...) por afectación del derecho de defensa de mi representado durante toda la etapa de juzgamiento, al haber sido asistido por un profesional del derecho que desconocía de manera ostensible la mecánica propia del sistema acusatorio, circunstancia que impidió que se defendieran cabalmente los intereses de Carlos Arturo Gañán Guerrero (...)”.

Luego de transcribir los apartes de la actuación procesal que en su sentir evidencian el desconocimiento del sistema penal acusatorio, señala que es palmaria la ignorancia del togado, así como su negligencia y falta de cuidado, por razón de los cuales dejó al procesado “(...) desprovisto de derechos y garantías fundamentales durante el proceso”.

En consecuencia, deprecia que se case la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, se declare la nulidad de la actuación desde la audiencia de formulación de acusación, inclusive.

V. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. En ella, la defensora pública ratificó el cargo único propuesto en la demanda.
2. El Fiscal Once Delegado ante la Corte se mostró partidario de que no se case la sentencia impugnada porque, a su juicio, la casacionista no precisó o concretó el perjuicio o injerencia cierta de la ignorancia del defensor en la declaración de justicia efectuada por el ad quem o la actuación omitida cuya realización habría conducido, de manera razonable, a una decisión favorable al enjuiciado.

Contrariamente a lo expuesto por la demandante, dicho funcionario percibió que el juicio oral se adelantó con normalidad; que los testigos de la acusación fueron contra interrogados con destreza y a fondo por el defensor; que éste confutó con solvencia la prueba de la Fiscalía en el alegato de conclusión. En resumen, que se respetó el principio de contradicción y que, por ende, no es admisible la nulidad que la defensa pretende entronizar.

Terminó acotando que aún en el evento de llegar a detectarse alguna deficiencia técnica, tal vicio carecería de trascendencia porque el juzgador se esforzó siempre por garantizar la defensa técnica y, además, ante la contundencia de la prueba de cargo, era poco o nada lo que podía hacerse en favor del procesado.

3. En sentido opuesto se pronunció la Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, para quien es evidente que hubo una violación del derecho a la defensa técnica, revelada por una serie de inconsistencias y falencias que procedió a puntualizar. A partir de lo anterior, concluyó que el defensor no tenía la experiencia necesaria para intervenir en el juicio; que fue notoria la improvisación de su labor, así como su nerviosismo y ansiedad,

condiciones que no le permitieron hacer uso adecuado de los medios de conocimiento. Por consiguiente, su criterio es que en realidad no existió igualdad de armas. Por estas razones, solicitó a la Corte casar el fallo recurrido.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Uno de los presupuestos para que el juzgador, sea de primera o segunda instancia, pueda emitir sentencia consiste en que el proceso no se encuentre afectado de nulidad, pues ante tal eventualidad lo que le corresponde hacer es declarar la ineficacia de la actuación procesal, conforme a lo previsto taxativamente por la normatividad, para la cual “Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa (...)” (artículo 457 de la Ley 906 de 2004).

El derecho de defensa tiene una vertiente material y otra técnica, sobre las cuales la [Constitución Política](#) prevé: “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; (...)” (artículo 29, inciso cuarto).

Al respecto, la Corte Constitucional ha destacado que, si bien en su inciso inicial el artículo 29 de la Carta hace referencia a “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, el derecho a la defensa:

(...) se proyecta con mayor intensidad y adquiere mayor relevancia en el escenario del proceso penal, en razón de los intereses jurídicos que allí se ven comprometidos, las materias de las que se ocupa y las graves consecuencias que tiene para el procesado la sentencia condenatoria. La circunstancia de que en el proceso penal se resuelvan asuntos de alto impacto para la comunidad y que en él se puedan imponer sanciones que limitan la libertad personal, lo cual no ocurre en ningún otro tipo de controversia judicial, no deja duda sobre la importancia que adquiere la defensa en ese campo del derecho sancionatorio. (CC. C-127/11).

En particular, sobre el derecho a la defensa técnica en el sistema penal acusatorio, dicha corporación puntualizó que el mismo es conocido como principio de igualdad de armas, sobre el cual:

(...) 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. (CC. 127/11).

Esta Corte también se ha referido a las particularidades de tal derecho determinadas por el modelo de enjuiciamiento acogido a partir del Acto Legislativo 03 de 2002:

(...), 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. (CSJ SP, 11 jul. 2007, rad. 26827).

En ese orden de ideas, para tenerse por garantizado el derecho a la defensa técnica no es suficiente la sola presencia del defensor en las audiencias. Es necesario sopesar la actividad que efectivamente desempeñó en pro de su asistido(a).

En este evento, aunque el defensor no presentó alegación inicial, a partir de sus intervenciones en las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral es posible inferir que su estrategia defensiva estaba dirigida a probar que las instalaciones dañadas fueron edificadas dentro del terreno de propiedad de la señora Belisa Guerrero de Gañán, madre del acusado, lote que, según él, había sido objeto de invasión y desconocimiento de los linderos por parte de Leonor Toro de Trejos, querellante, propietaria de un predio colindante con aquél, e, incluso del esposo de ésta, Edelberto Antonio Largo Ramírez. Así lo ponen de manifiesto expresiones como las siguientes:

(...) con el fin de determinar cuál era el terreno que comprendía la propiedad de doña Leonor Toro de Trejos y cuál era el área que comprendía el terreno de doña Belisa Guerrero de Gañán, la señora madre de Carlos Arturo Gañán Guerrero (...). (Audiencia de formulación de acusación. 7 de septiembre de 2015. Récord 10:41 a 11:40).

(...) levantamiento topográfico (...) para mostrar cuál es el verdadero predio de doña Belisa (...) ¿Qué pretendo con estos testimonios? [se refiere a los rendidos en una querrela policiva]. Demostrar que (...) la columna está en terrenos de... han usurpado terrenos de Belisa Guerrero de Gañán (...) la denunciante acudió a las vías de hecho al invadir la propiedad de Belisa Guerrero de Gañán y levantar una edificación de dos pisos (...) en

terrenos de Belisa Guerrero de Gañán, progenitora del encausado (...) queremos demostrar que es ella, Leonor Toro de Trejos, la que está incurso en invasión de tierras, daño en bien ajeno y edificaciones (...) reiterada y sistemáticamente han venido invadiendo y despojando de forma violenta del derecho de dominio y posesión que tiene Belisa Guerrero de Gañán sobre el predio colindante por todos los costados con el de Leonor Toro de Trejos, amenazando Edelberto con un supuesto revólver que carga en un carriel a Belisa Guerrero de Gañán (...). (Audiencia preparatoria. 27 de octubre de 2015. Récord 21:10 a 31:16).

Sin embargo, el notorio desconocimiento por parte del defensor de la mecánica propia del sistema penal acusatorio le impidió acreditarle al juez tal hipótesis, ya que no logró hacer ingresar al juicio oral los medios de prueba que anunció tenía a su disposición para lograr tal cometido.

La falta de preparación del togado y la futilidad de su labor investigativa para la preparación del juicio se hizo palmaria desde la audiencia de formulación de acusación. En efecto, cuando fue interrogado sobre si tenía medios de conocimiento para descubrir, respondió:

(...) Eh, parte de las pruebas se le aportaron a la Fiscalía más o menos en el mes de febrero, que fueron unas fotografías, un CD con fotografías, y además se le solicitó que oficiara al IGAC para que se aportara la carta catastral de los dos predios, el de doña Belisa Guerrero de Gañán y el de doña Leonor Toro de Trejos. Y de igual forma se le pidió que de los auxiliares de la justicia o del cuerpo técnico del CTI, que tiene comisiones de topografía, se hiciera el levantamiento topográfico de los dos predios con el fin de determinar cuál era el terreno que comprendía la propiedad de doña Leonor Trejos, Toro de Trejos, y cuál era el área que comprendía el terreno de doña Belisa Guerrero de Gañán, la señora madre de Carlos Arturo Gañán Guerrero. (...). (Diligencia realizada el 7 de septiembre de 2015. Récord. 10:41 a 11:40).

Se aprecia aquí que el defensor no asimiló las repercusiones del cambio de modelo de

procesamiento. Por el contrario, se le percibe inmerso en los rasgos característicos del sistema mixto consagrado en la Ley 600 de 2000, en el que el Fiscal sí tiene el deber de realizar una investigación integral, esto es, tanto de lo desfavorable como de lo favorable al procesado (artículo 234); existe permanencia de la prueba y, por tanto, la que dicho funcionario recopila durante la fase de instrucción tiene valor en la etapa del juicio, fase en la que éste pierde la dirección del proceso y se convierte en sujeto procesal (artículos 400 y 401).

En el sistema regulado por la Ley 906 de 2004, en cambio, a cada parte le corresponde adelantar su propia e independiente averiguación de los hechos y recaudar los medios de conocimiento que le han de servir para sustentar su pretensión y hacer su aporte en la construcción de la verdad. En consecuencia, era insólito que el defensor albergara la esperanza de que, dentro de tal régimen procesal, la Fiscalía, por solicitud suya, fuera a recolectar evidencias cuyo recaudo estaba pensado para destruir la teoría del caso del órgano de persecución penal y favorecer la tesis defensiva, como en este caso, mediante la solicitud de información al Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la asignación de una misión de trabajo a funcionarios de policía judicial para la elaboración de un plano topográfico que detallara los límites de los predios.

Desde ese mismo momento el juzgador consideró necesario ilustrar al defensor, así:

Eh, bueno, que el haya solicitado usted al CTI está bien, pero a la Fiscalía no es procedente hacerle esta clase de peticiones de que aporte pruebas porque una de las características del sistema penal acusatorio es precisamente que cada una de las partes se encargue y se responsabilice de adquirir sus propias pruebas para presentarlas en la audiencia de juzgamiento. O sea que esas pruebas, esos informes del IGAC y esas pruebas de levantamiento topográfico, si la unidad de defensa desea y pretende presentarlas en el juicio, es necesario que las adquiera por su propia cuenta. Directamente. (Récord 11:53 a 12:41).

Sin embargo, como más adelante se verá, tal amonestación no fructificó.

En la audiencia preparatoria, el defensor solicitó catorce (14) pruebas y de ellas ocho (8) le fueron negadas.

No deprecó prueba testimonial, pero pretendió que se le permitiera la introducción de dos declaraciones y un interrogatorio de parte practicados en el trámite de una querrela policiva, rendidos, en su orden, por Mélida del Carmen Soto de Jaramillo, Deyanira Vinasco Clavijo y Leonor Toro de Trejos. Esto, con el fin de acreditar que con la construcción que se afirma en la acusación fue dañada por Carlos Arturo Gañán Guerrero se “(...) han usurpado terrenos de Belisa Guerrero de Gañán”. Al respecto, el juzgador le advirtió:

(...) tratándose de interrogatorios eso no está permitido en el actual sistema acusatorio, en el trámite de la Ley 906 de 2004. La persona que esté interesada en rendir su testimonio debe comparecer a la audiencia del juicio oral a rendirlo. Aquí no existe la modalidad, como en otras épocas del derecho penal, de la prueba trasladada (...). Si pretende que rindan su versión debe citarlos para que vengan al juicio y, desde luego, demostrar su utilidad y pertinencia. (Audiencia preparatoria. 27 de octubre de 2015. Archivo 1. Récord 32:54 a 35:36).

Más adelante, el defensor indicó que se limitaría a contra interrogar a los testigos citados por la Fiscalía, es decir, entre otros, a Mélida del Carmen Soto de Jaramillo y a Leonor Toro de Trejos (Récord 36:47 a 38:12).

Naturalmente, como el defensor no pidió que también se le decretaran esos testimonios para poder realizar interrogatorio directo a los comparecientes y la Fiscalía no estaba interesada en abordar lo concerniente a los límites de los predios y a la alegada invasión o usurpación, el apoderado de Carlos Arturo Gañán Guerrero se quedó sin la posibilidad de cuestionarlos al respecto.

Así, en el caso de Leonor Toro de Trejos, cuando el defensor trató de abordar esa temática (“¿Dónde empezaba pues su propiedad?”), con una pregunta precedida de un corto alegato (“Su señoría, ¿me permite aclararle a ella que una cosa es que le dañe los baños y otra que pase a la propiedad de ella?”), el Fiscal objetó con éxito (“... es un nuevo interrogatorio...”) y el apoderado del acusado no tuvo más opción que declinar su intento: “Retiro entonces, no hay preguntas, le pido me disculpe”. (Juicio oral. Archivo 2. Récord 18:20 en adelante).

En el contra interrogatorio a Mélida del Carmen Soto de Jaramillo, quien le vendió a Leonor Toro de Trejos la casa en la que se afirma acaecieron los hechos, el defensor se vio igualmente imposibilitado de abordar la temática que le interesaba. Además de ello, lo practicó de tal forma que marginó parcialmente al juez porque, según se aprecia en el video, entre el abogado y la testigo, de cara a una fotografía, y luego a otra, se trabó un diálogo sobre la ubicación de ciertos sitios o estructuras de la vivienda referida, pero sin hacerle al juzgador, esto es, al destinatario de la información, exhibición o indicación acerca de lo que estaban identificando en la imagen:

Defensor: ¿En esta foto, para usted qué es esto que le estoy señalando?

Testigo: Eso si no. Esta parte sería el lavadero.

Defensor: ¿Y el tanque que recogía las aguas?

Testigo: Por eso, ese era mi lavadero. Por acá había una partecita donde del barranco había un nacimiento de agua.

Defensor: ¿Junto al lavadero? ¿Queda entre el lavadero y la casa?

Testigo: El baño mío era acá o sea que esta es la parte del barranco. Este es el lavadero y a un ladito quedaba el nacimiento del agua.

Defensor: Dice en la querella que se mencionó con relación al tanque si ¿estaba construido o qué se buscaba con el mismo? Usted respondió que estaba construido y le colocaron adobes porque el agua se entraba a la cocina. Usted aquí no señala ningún tanque.

Juez: Ese aspecto no ha sido motivo de interrogatorio.

Defensor: Lo que pretendo demostrar es que ese tanque es donde está él parado cuando se le mostraron las fotografías.

Juez: Lo cierto es que no ha sido motivo de interrogatorio directo ni de respuesta por la testigo.

Defensor: ¿Dentro de lo que usted le vendió a doña Judith y que doña Belisa le firmó la escritura había algo más, algún tanque?

Testigo: No, no había tanque, sino que era un nacimiento de agua y se filtraba, entonces nosotros para recoger el agüita se hizo un charquito ahí. Que se hiciera el charquito porque no se hizo con adobe, sino que se le comió a la tierra.

Defensor: ¿Pero en otras declaraciones habla de un tanque?

Testigo: Doctor, yo soy muy clara y yo creo que Carlos Arturo Gañán Guerrero sabe que no se hizo un tanque. No se hizo tanque, se le excavó la tierrita, pero en ningún momento se hizo tanque.

Defensor: ¿A usted le venden el nacimiento?

Testigo: Eso estaba ahí. Yo no compré eso sino por evitar el perjuicio que el agua se derramara. En ningún momento me apoderé de él.

Defensor: ¿El nacimiento estaba?

Testigo: En el barranco. (...). (Juicio oral. 14 de enero de 2016. Archivo 3. Récord 16:02 a 21:44).

Es más, en la actuación que se acaba de referir, el abogado del acusado no identificó de ninguna manera cuáles de las diez (10) fotografías que obran en la carpeta estaba empleando para cuestionar a la testigo antes mencionada.

Cuando al defensor le correspondió hacer el aporte de sus pruebas, todas ellas documentales, mostró gran desorganización, desorientación y nerviosismo, al punto que tuvo que ser asistido por el propio juzgador, quien le enunció las que le habían sido decretadas y se las fue solicitando una a una. (Juicio oral. Archivo 7. Récord 11:03 en adelante).

En esa confusión, al no dar con los documentos o no identificarlos debidamente, el defensor fue renunciando progresivamente a su aporte:

Juez: También anunció un e-mail. Y el recibo del impuesto predial de la señora Belisa. Aquí está como admitido.

Defensor: Tampoco importa, lo retiro.

Juez: No, si lo tiene puede aportarlo.

Defensor: ¿Qué más pruebas, su señoría?

Defensor: Ah, las certificaciones de la Fiscalía. Las declaraciones de policía.

Juez: ¿Tiene esas certificaciones?

Defensor: Si. Y los testimonios también.

Juez: No, los testimonios no se aceptaron. Ya le indiqué, en el sistema penal acusatorio no tiene aplicación la prueba trasladada, los testigos deben comparecer.

Defensor: No hay problema.

Juez: Si cuenta con las certificaciones puede aportarlas.

Defensor: También hablé de unas fotos.

Juez: Si se le aceptaron puede aportarlas.

Defensor: Las fotos las aportamos al CTI para que las incluyeran en la investigación.

Juez: Las fotografías no fueron aceptadas.

Defensor: Son distintas.

Juez: Pero es lo mismo.

Defensor: No hay problema.

Juez: Aporte certificaciones, escrituras, e-mail.

Después de un receso, oficiosamente decretado por el juez para que el defensor se organizara, la situación prosiguió y culminó así:

Defensor: Desisto de la del pago del predial porque realmente no nos va a aportar nada. Pero la escritura si, la 588 (...) y la 103 (...) y el e-mail que se le envió al Alcalde.

(...)

Juez: Defensor, ¿no cuenta con otras pruebas?

Defensor: No. Ah, bueno, las certificaciones.

Por último, el defensor no pudo introducir el plano topográfico levantado para dar cuenta de los límites de los predios colindantes porque no citó como testigo a quien lo elaboró, ante lo cual dicho togado acotó: “En cuanto al plano topográfico, no quiero justificarme, pero no se me advirtió” (Récord 18:01 a 18:20).

Las diversas intervenciones que hizo el defensor, transcritas en precedencia, dan cuenta de que su intención al presentar las escrituras públicas 581 de 21 de noviembre de 1973 y 103 de 6 de abril de 1982 en combinación con el plano topográfico, otros documentos y lo declarado en el trámite de una querrela policiva por Mélida del Carmen Soto de Jaramillo, Deyanira Vinasco Clavijo y Leonor Toro de Trejos era probar que en la realidad se habían alterado los límites entre las propiedades colindantes de Belisa Guerrero de Gañán y Leonor Toro de Trejos, en perjuicio de la primera, por invasión de su predio, a raíz de la construcción levantada por la segunda.

No obstante, a causa de las falencias que se han señalado, su aporte se vio reducido a las escrituras públicas mencionadas, pues no logró ingresar al juicio oral los demás elementos de juicio que requería para acreditar la base fáctica de su teoría del caso.

Fue así como, de manera residual, se vio precisado a conformarse con abogar para que el acusado fuera absuelto como resultado de la aplicación del principio in dubio pro reo, aspiración que pretendió fundar en las supuestas contradicciones de algunos de los testigos de la Fiscalía, que tampoco logró poner en evidencia mediante el contra interrogatorio.

El anterior examen de la actuación del togado que asistió al acusado, que aunque se detiene en los momentos más significativos, es integral, demuestra que, aunque el defensor no optó por hacer una defensa pasiva, su desconocimiento de la sistemática procesal acogida mediante la Ley 906 de 2004 fue determinante para que no pudiera introducir al juicio oral los elementos de juicio que anunció tenía a su disposición para respaldar

probatoriamente su teoría del caso y, por tanto, dejó en clara situación de indefensión a Carlos Arturo Gañán Guerrero porque la parte defendida terminó por no participar en la construcción de la verdad de su caso. Es decir, la sentencia no se produjo luego de una verdadera contradicción, sino de un monólogo de la Fiscalía. Y es evidente que un fallo producido en estas circunstancias carece de legitimidad.

Es ineludible arribar a tal conclusión, si se parte de supuestos como los siguientes:

En los discursos persuasivos cada una de las partes plantea una tesis y perfila la argumentación con el fin de instalar en la mente del tribunal su versión como la única que se corresponde con la realidad de los hechos que son objeto del proceso y que le resultan favorables para vencer en la contienda¹.

(...) el proceso es una dialéctica entre tesis y antítesis, como mecanismo necesario para escarbar sobre la verdad de la hipótesis de su objeto; cuanto más aguda sea la confrontación, mayor será el panorama que tendrá el tribunal para decidir con justicia. Cuanto más ineficaz es la antítesis, mayor es la posibilidad de que el tribunal juzgue erróneamente. De modo que entre la idoneidad de la defensa y la justicia del pronunciamiento judicial existe una íntima relación².

La trascendencia del déficit defensivo se percibe claramente en el fallo de primera instancia, ya que el juzgador, luego de dejar sentado: (i) que Edelberto Antonio Largo Ramírez, León Alberto Largo Toro y Francly Yaneth Gómez Zuluaga "(...) fueron testigos directos de la acción desplegada por el procesado (...)"; (ii) que "(...) los mismos merecen entera credibilidad (...)"; y (iii) que en conjunto con la prueba documental "(...) no dejan el más mínimo resquicio de duda en torno a la existencia del hecho y de su autoría en cabeza del aquí procesado (...)", puntualizó que:

Así las cosas, no existe prueba que soporte la idea de que la construcción destruida por el acusado hubiese sido plantada últimamente en el predio de doña BELIDA (sic) GUERRERO,

como se ha pretendido por parte de la Defensa (o, por lo menos, sobre este aspecto lanzó algunos trinos en su intervención en el juicio)” (fol. 94 vto.).

Y es obvio que no exista esa prueba porque, como ha quedado demostrado, la realidad es que el defensor fue incapaz de introducirla al juicio oral, pese a que, según su presentación, contaba con elementos materiales de prueba al respecto. De ahí que el a quo calificó la exposición de la tesis defensiva como meros “trinos”, es decir, gorjeos de escasa significación o relevancia.

El tribunal, por su parte, confirmó lo decidido por el a quo, pues coincidió con sus apreciaciones: “(...) se impone compartir las reflexiones consignadas en el fallo de primer grado, pues las mismas se ajustan a los postulados de la sana crítica y a la juiciosa valoración probatoria y, por consiguiente, la confirmación del fallo confutado. (...)” (fol. 135).

En ese orden de ideas, es ineludible casar la sentencia demandada y declarar la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la audiencia preparatoria, por ser ésta la diligencia en la que la defensa técnica dejó de proponer los medios de prueba que requería para demostrar su teoría del caso.

Cabe acotar que el juzgador debió relevar del encargo al defensor desde el mismo momento en que percibió su notable falta de aptitud para litigar en el sistema penal acusatorio. No obstante, optó por tratar de subsanar sus falencias. Así procedió de manera repetida y sucesiva desde la propia audiencia de formulación de acusación. Le prestó asistencia hasta el punto de llegar a recordarle los documentos que estaba olvidando aportar y hacerle ver que si los tenía a su disposición no tenía por qué renunciar a su presentación. De manera reiterada la Corte ha indicado que la defensa técnica “(...) constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial (...)”. Pero, como se ve, esto no fue lo que ocurrió en el presente proceso.

Al presente evento le resultan plenamente aplicables las consideraciones efectuadas por esta Sala en los dos precedentes que se citan a continuación, ante la similitud existente entre los tres casos. En los pronunciamientos que se citan la Corte casó las sentencias demandadas y declaró la nulidad de lo actuado porque:

(...) 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.

(...) 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. (CSJ SP490-2016, 27 ene. 2016, rad. 45790).

(...) En este sentido, la legitimidad del fallo depende de la verdad procesal de sus presupuestos, los que a su vez se derivan de la paridad de las partes en el contradictorio, es decir, de la puesta a prueba de sus teorías del caso, a través de su efectiva exposición a refutaciones y a contrapruebas, producidas por una defensa dotada de poderes análogos a los de la acusación.

(...)

De manera, que el derecho a la asistencia letrada pretende evitar desequilibrios entre los contradictorios que puedan generar como resultado la indefensión y, en consecuencia, desde la óptica adversarial, promueve que las partes en contienda se opongan mutuamente a las pretensiones sustentadas del contrario.

Finalmente, el derecho a la asistencia letrada debe tenerse como cercenado cuando la defensa ejercida en concreto se revela determinante de indefensión, puesto que su estatus fundamental impide reducirlo a la simple designación de un abogado que represente los intereses, si redundando en una manifiesta ausencia de asistencia efectiva.

(...)

Como puede observarse, no basta con el que la procesada se halle nominalmente asistida por un profesional del derecho, sino que se requiere que éste sea idóneo para el desempeño de su labor, pues solo de esta forma procurará una óptima defensa de sus intereses y dotará de legitimidad la determinación judicial, sin importar el sentido de ella.

En otras palabras, en el presente caso, pese a que (...) contó con la asistencia de una

abogada defensora, las actuaciones que ésta realizó se tornaron torpes, desacertadas y abiertamente equivocadas, que la dejaron en una indefensión material que se extendió hasta el desarrollo del juicio oral y a la decisión del proceso.

En ese orden de ideas, es justo señalar, que la violación al derecho a la defensa técnica de la acusada es el resultado de la ineptitud por parte de la profesional del derecho, pero también de las demás partes e intervinientes dentro del proceso, por cuanto, con el fin de buscar celeridad, el juez y el agente del ministerio público olvidaron efectuar la vigilancia y corrección de las garantías y derechos fundamentales de (...).

En el presente asunto es clara la falta de vigilancia y corrección por parte del juez de conocimiento y de la representante del ministerio público respecto a la actuación de la abogada defensora. Incluso, el juez pone de manifiesto que es consciente de los errores cometidos al momento de sustentar su decisión de no decretar las pruebas, obsérvese:

(...)

Debido a todo lo anterior, la Sala concluye que le asiste razón al defensor en su censura, más aun cuando resulta imposible aplicar el criterio de convalidación de las nulidades, pues en el entendido de que éste sana, con el consentimiento expreso o tácito del perjudicado las garantías fundamentales cuando en el transcurso del proceso se presente alguna irregularidad, puesto que los profesionales del derecho que siguieron a la defensora de la audiencia preparatoria, solicitaron expresa y constantemente durante su actuar, la nulidad desde aquella etapa procesal.

Lo anterior, le impone a la Corte otorgar una protección real al derecho de la procesada a ser vencida en juicio, con el pleno respeto de sus garantías fundamentales, entre ellas, la defensa material, razón por la cual se ordenará retrotraer la presente actuación a la audiencia preparatoria, tal y como lo ha solicitado el censor y los delegados de la fiscalía y del ministerio público para la casación penal. El cargo prospera. (...). (CSJ SP154-2017, 18

ene. 2017, rad. 48128).

Debido a lo constatado en precedencia, se amonesta al señor juez a quo para que en el futuro observe las orientaciones que se derivan del presente pronunciamiento.

A causa de las determinaciones de casar la sentencia demandada y anular la actuación, se configura el fenómeno jurídico de la prescripción como causal de extinción de la acción penal el cual, consiguientemente, deberá ser declarado por la Sala, con fundamento en las siguientes consideraciones:

De conformidad con el artículo 83 del Código Penal, la acción penal prescribe en tiempo igual a la máxima pena privativa de la libertad fijada en la respectiva disposición penal sustantiva.

El señor Carlos Arturo Gañán Guerrero fue acusado del punible de daño en bien ajeno, conforme al inciso segundo del artículo 265 del Código Penal, reprimido con prisión de 16 a 36 meses. Es decir, con un máximo de 3 años.

El término de prescripción se interrumpe con la formulación de la imputación y desde allí comienza a correr de nuevo, por la mitad, sin que en ningún caso pueda ser inferior a 3 años (artículo 292 de la Ley 906 de 2004).

El mencionado es el plazo que aplica para este caso y el mismo se cumplió el 20 de febrero de 2018, puesto que la imputación fue formulada el 20 de febrero de 2015.

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 la sentencia demandada, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Manizales, Sala de Decisión Penal, leída el 16 de enero de 2018, y declarar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria, inclusive, por falta de defensa técnica.

2. Declarar prescrita la acción penal, precluir la actuación y ordenar su archivo definitivo.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación: 53075

Con el respeto de siempre por la opinión mayoritaria de la Sala, y acorde con las manifestaciones que expresamos durante la discusión del proyecto, nos permitimos salvar el voto, pues consideramos que, según la realidad procesal reflejada en el fallo de la Corte, no existen razones para concluir que la defensa técnica del procesado fue deficitaria.

En primer término, para demostrar la supuesta falta de formación del abogado defensor, en el fallo se hizo énfasis en que este no solicitó el interrogatorio directo de Leonor Toro de Trejos y Mélida del Carmen Soto de Jaramillo y, por ello, no pudo desarrollar algunos temas durante el contrainterrogatorio, por las oposiciones que formuló la Fiscalía y la intervención oficiosa del juez.

La señora Toro de Trejos fue presentada por la Fiscalía como víctima y testigo de cargo. Aunque en el fallo no se precisa cuáles fueron los temas abordados con esta testigo durante el interrogatorio directo, es fácil advertir que esta se refirió a los daños atribuidos al procesado. Si ese fue el tema del interrogatorio, la defensa estaba facultada para incluir en el contrainterrogatorio lo atinente a la ubicación del objeto material del delito, toda vez que: (i) el derecho a la confrontación es una garantía judicial mínima, prevista en las normas rectoras 8 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en varios tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (CSJAP, 30 sep. 2015, Rad. 46153, entre muchas otras); (ii) uno de sus elementos estructurales es la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (ídem); (iii) esta garantía fue desarrollada a lo largo de la Ley 906 de 2004, puntualmente con la reglamentación del interrogatorio cruzado (artículos 390 y siguientes); (iv) entre estas facultades, se destaca la posibilidad de impugnar a los testigos de cargo, tanto frente a los temas abordados en el interrogatorio directo (Arts. 391 y 393), como en lo atinente a su credibilidad (Art. 403); (v) si la intención de la parte es impugnar la credibilidad del testigo, no es necesario que solicite su práctica, pues ello solo es factible cuando pretende valerse de esa versión para sustentar su teoría (CSJAP, 18 marzo 2018, Rad. 51882, entre otras); (vi) no puede confundirse tema de interrogatorio con las preguntas utilizadas por la parte, pues, si así fuera, la parte que solicita el testimonio

tendría la posibilidad de limitar, a su antojo, la impugnación, lo que vaciaría de contenido la garantía judicial atrás referida; (vii) de lo contrario, habría que aceptar, por ejemplo, que si en el interrogatorio directo solo se indaga por el color de la camisa del supuesto agresor, la contraparte no podría preguntar, en el contrainterrogatorio, por las otras prendas de vestir, aunque es evidente que todo hace parte del tema principal –la autoría- y del tema más específico –la vestimenta del sujeto activo-; (viii) y en lo que concierne a la credibilidad, habría que aceptar, por ejemplo, que a la parte que solicitó el testimonio le bastaría con abstenerse de preguntar por las condenas anteriores del testigo, por el delito de falso testimonio, para que, automáticamente, su contraparte quedara impedida para indagar por el “carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad”, a que alude el numeral 5º del artículo 403 (CSJAP, 8 feb. 2017, Rad. 49405).

En consecuencia, es claro que si las testigos de cargo declararon sobre la realización de daños en el predio de la denunciante, la defensa estaba facultada para impugnar la credibilidad en lo que concierne a la localización de la construcción que supuestamente fue destruida o deteriorada por el procesado. Otra cosa es que el fiscal haya formulado oposiciones infundadas y que el Juez se haya equivocado al prohibir este tipo de preguntas.

En la misma línea, la posición mayoritaria es equivocada en lo que concierne a la testigo Mélida del Carmen Soto de Jaramillo. Según la transcripción que se hizo en el fallo, el defensor utilizó una fotografía con el claro propósito de impugnar la credibilidad de la testigo. Al efecto, se sostiene que el abogado se equivocó porque no permitió que el Juez observara el contenido de la foto mientras la declarante era impugnada. Sin embargo, es evidente que el propósito del abogado era minar la credibilidad de la deponente, en lo que concierne a la existencia de “un tanque”, y contrastar su relato con versiones anteriores. Adviértase, por ejemplo, que a pesar de la exhibición del documento la testigo dijo que “no había tanque, sino que era un nacimiento de agua”, y a renglón seguido el defensor preguntó: ¿pero en otras declaraciones habla de un tanque?

Así, no es claro que para este ejercicio resultara necesario que el Juez observara el contenido del documento que se le exhibió a la testigo, pues la finalidad perseguida –la impugnación de la credibilidad– pudo haberse logrado con las respuestas de la declarante, como bien lo ha resaltado esta Corporación en plurales oportunidades (CSJSP, 25 ene. 2017, Rad. 44950, entre otras). De nuevo, se advierte una intervención indebida del Juez, quien, de oficio, impidió que el defensor formulara preguntas claramente orientadas a impugnar la credibilidad (le puso de presente a la testigo que en una oportunidad declaró que “el tanque estaba construido y le colocaron adobes porque el agua se entraba a la cocina”, y a renglón seguido le cuestionó que “usted aquí no menciona ningún tanque”), pero ese propósito se vio truncado porque el director de la audiencia consideró que “ese aspecto no ha sido motivo de interrogatorio”, lo que, claramente, se contrapone a las reglas explicadas en precedencia.

Por demás, debe tenerse en cuenta que las partes pueden utilizar múltiples estrategias para lograr sus propósitos en el interrogatorio cruzado de testigos, de tal suerte que, salvo casos de evidente impericia, resulta aventurado concluir que un profesional del derecho no estaba preparado para ejercer la defensa, por el simple hecho de que no se comparta su estilo o su forma de preguntar. Lo anterior, sin perder de vista que en este caso es notorio que el Juez se equivocó en la dirección del interrogatorio cruzado de las testigos en mención.

Finalmente, la supuesta ineptitud del abogado se sustenta en la imposibilidad de demostrar una hipótesis factual alternativa, consistente –según se dio a entender– en que la afectada “plantó” la construcción en el predio de la madre del acusado. Incluso si se aceptara, para la discusión, que la falta de demostración de esta situación obedeció a la precaria formación del abogado (porque pudo haber sucedido por múltiples razones, entre otras, porque no corresponda a la realidad), en el fallo no se dedicó una sola línea a la trascendencia de esa situación, esto es, no se explicó de qué forma pudo haberse visto modificada la sentencia en el evento de que esa hipótesis se hubiera demostrado. Esta situación debe ser contrastada con otras conclusiones vertidas en el fallo, principalmente con aquellas atinentes a la

suficiente demostración de la teoría del caso de la Fiscalía.

El hecho de que una de las partes, como suele suceder, asegure en ciertas fases del proceso que cuenta con documentos, testimonios o dictámenes periciales que dan cuenta de una realidad fáctica favorable a sus intereses, y luego desista de esas pruebas o, por cualquier medio, se abstenga de presentarlas en el juicio oral, no puede conducir de forma automática a la conclusión de que ello ocurrió por su falta de idoneidad, como tampoco puede descartarse, a priori, que esta haya sido la causa. Estos temas requieren de estudios mucho más cuidadosos, orientados a lograr un punto de equilibrio entre la materialización de las garantías debidas al procesado y la evitación del éxito de maniobras temerarias o engañosas, como sería, por ejemplo, la consistente en alternar los ataques a la teoría de la contraparte con la postulación de hipótesis alternativas inviables, cuya presentación equivocada podría garantizar la solución alternativa de la anulación del trámite.

En este caso, la Fiscalía demostró más allá de duda razonable su teoría del caso, a pesar de que la defensa utilizó las herramientas legales para impugnar la credibilidad de los testigos de cargo. El hecho de que, además, el defensor haya insinuado una hipótesis factual alternativa, cuya vocación de éxito no se avizora o, por lo menos, no se explicó en el fallo, no es razón suficiente para concluir que no hubo defensa técnica, simple y llanamente porque pueden existir múltiples razones para que una hipótesis de esa naturaleza no pueda ser demostrada, entre ellas, que no corresponda a la realidad.

Por tanto, la nulidad era improcedente, por lo que la Corte se debió abstener de casar el fallo impugnado.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado

Fecha ut supra.

1 JAUCHEN, Eduardo. ESTRATEGIAS PARA LA DEFENSA EN JUICIO ORAL (sistema Acusatorio Adversarial). Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2015. Pág. 17.

2 Óp. Cit. Pág. 23.