

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

AP3826-2018

Radicación N° 51853

(Aprobado Acta N°304)

Bogotá D.C., cinco (05) de septiembre de dos mil dieciocho
(2018)

VISTOS

1. La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el acusado MAURICIO GAMBOA MOSQUERA y su defensor, en contra de la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva - Huila, mediante la cual negó la declaratoria de nulidad desde la primera sesión de la audiencia preparatoria en el proceso que cursa por el delito de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

2. De conformidad con los elementos fácticos expuestos en las audiencias de formulación de imputación y acusación, el presente asunto cursa con el fin de establecer la presunta

responsabilidad penal en que incurrió GAMBOA MOSQUERA, en su condición de Fiscal 1° Seccional de Neiva - Huila, al solicitar la absolución por duda a favor de Gustavo Adolfo Tovar en el proceso de radiado 2012-00042 por el delito de porte ilegal de armas.

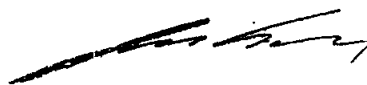
3. Para la Fiscalía, la referida decisión fue manifiestamente contraria a la ley, pues hubo conocimiento más allá de toda duda sobre la ocurrencia del delito y la responsabilidad penal de la persona acusada, como lo exige el artículo 181 de la Ley 906 de 2004. Por lo que el funcionario pudo haber solicitado que se profiriera una sentencia condenatoria.

ACTUACIÓN PROCESAL

4. La audiencia pública de formulación de imputación tuvo lugar el 10 de febrero de 2017 ante el Juzgado 4° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Neiva - Huila; allí se le comunicó a GAMBOA MOSQUERA el inicio de la investigación formal por el delito de prevaricato por acción. El imputado no aceptó el cargo.

5. El escrito de acusación fue radicado por la Fiscalía el 5 de mayo de 2017, y la audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el 14 de junio siguiente ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva - Huila.

6. La audiencia preparatoria al juicio oral tuvo lugar en las sesiones del 8 y 23 de noviembre del 2017. En dicha



etapa procesal se efectuó el descubrimiento de pruebas de la defensa, junto con la enunciación y solicitudes probatorias de las partes, quienes suscribieron algunas estipulaciones probatorias.

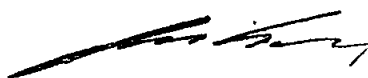
7. En la mencionada audiencia del 23 de noviembre, el acusado presentó una solicitud de nulidad argumentando que le habían vulnerado sus garantías fundamentales al no habersele permitido intervenir en la exposición sobre la pertinencia y utilidad de las pruebas que le fueron negadas. Además, que de permitírsele presentar sus argumentos, era probable que la Fiscalía no se opusiera a sus solicitudes de prueba y que el Tribunal optara por decretarlas.

8. Dicho requerimiento fue respaldado por el abogado del procesado y por el Ministerio Público, quienes coincidieron en asegurar que le había sido concedida a dicho ciudadano la oportunidad para para intervenir, y que luego, no se le dio la palabra. Por tal motivo, consideran que la nulidad debe prosperar en los términos en que fue solicitada.

DECISIÓN APELADA

9. El Tribunal decidió negar la solicitud mediante auto del 6 de diciembre de 2017, con los siguientes argumentos:

10. La declaratoria de nulidad es un remedio extremo. Dicha figura prospera cuando la parte que la alega demuestra en dónde se originó el vicio y cuál es la afectación concreta a sus garantías fundamentales, pues en virtud del



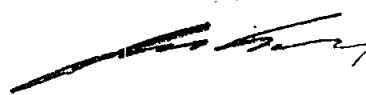
principio de trascendencia, no toda irregularidad deviene en una nulidad.

11. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia han establecido que la defensa es una sola, pues por distintas vías, tanto procesado como defensor, pueden efectuar solicitudes. En todo caso, en aplicación del artículo 130 de la Ley 906 de 2004, prevalece la defensa técnica sobre la material.

12. En la situación fáctica concreta, no se configura una nulidad, pues no hay afectación a los derechos del acusado por el hecho de querer complementar los argumentos ya expuestos por su apoderado. La defensa técnica y material debieron preparar la actuación para garantizar el ingreso de la totalidad de consideraciones en el momento procesal oportuno.

13. El acusado y su representante judicial siempre mantuvieron comunicación en el curso de la audiencia preparatoria, la cual es preclusiva en cuanto a la oportunidad para alegar sobre pertinencia y admisibilidad de las pruebas. De ahí que, si no se consignaron en el momento indicado esos argumentos, tampoco es posible afirmar que hubo una violación al derecho de defensa al momento de negar las pruebas.

14. Finalmente, resulta especulativo referir que la decisión de instancia pudo haber sido distinta con la exposición del procesado sobre la pertinencia o



admisibilidad de determinada prueba, así como, no es posible predecir que su intervención haya podido concluir en el decreto de las pruebas solicitadas.

FUNDAMENTOS DE LAS IMPUGNACIONES

15. El procesado solicita revisar el audio de la audiencia del 8 de noviembre de 2017, pues en su criterio, se produjo un error ya que cuando el abogado defensor terminó la intervención, él por su parte solicitó la palabra y no le indicaron que la etapa procesal estaba precluida sino que más adelante podía hablar, evento que no ocurrió.

16. La prevalencia de la defensa técnica sobre la material no es definitiva, por lo menos en cuanto al desarrollo de la audiencia preparatoria. No resulta extraño que la exposición de argumentos sean compartidos entre procesado y defensor, ya que por regla general, unas veces prevalece la decisión del acusado y otras la de su representante judicial.

17. En concreto, la irregularidad trascendental violatoria del derecho a su defensa deviene en que no tuvo la oportunidad de ser escuchado, pues pretendía exponer argumentos distintos y complementarios a los de su apoderado en el marco de sus conocimientos profesionales sobre la práctica procesal penal. Esto condujo a que le fueran negadas las pruebas a las que pretendía acceder.

18. Al anularse la actuación desde el momento en que solicitó el uso de la palabra, los distintos intervinientes a la



diligencia y la magistratura podrán evidenciar que sus manifestaciones ameritan, al menos, un estudio distinto al que ya se efectuó, y evaluar la procedencia del decreto probatorio. Dichas consideraciones eran de conocimiento de su representante judicial, con quien convino exponerlos por separado.

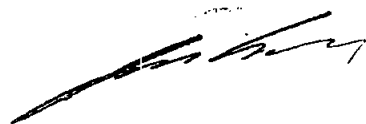
19. El apoderado de GAMBOA MOSQUERA considera que se debe revocar la decisión de negar la nulidad y, en su lugar, decretarla, pues al acusado le asistía el derecho a intervenir en su causa, tal como lo pretendió hacer en esta oportunidad en el trámite de las solicitudes probatorias. Estos derechos se encuentran ampliamente reconocidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹.

NO RECURRENTES

20. La Fiscalía solicitó confirmar la decisión, pues en su criterio, no se produjo ninguna violación al derecho a la defensa del procesado. Por el contrario, a lo largo de la diligencia se puede evidenciar que tanto apoderado como representante judicial mantuvieron constante comunicación, e inclusive, el procesado hacía observaciones a su abogado.

21. El defensor en la audiencia preparatoria cumplió a cabalidad con la sustentación de pertinencia y utilidad de las pruebas, y el Tribunal aplicó estrictamente los términos legales en relación con las intervenciones de las partes en el

¹ La defensa técnica hizo alusión a la decisión AP6357-2015, mientras que el acusado en su intervención refirió a la AP2398-2017.



curso de la diligencia. De ahí que, los precedentes jurisprudenciales a los que aluden no aplican a este caso, pues tratan temas de ausencia de defensa técnica.

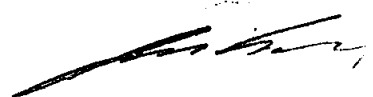
22. El delegado del Ministerio Público, en su intervención como no recurrente, solicitó revocar la decisión de instancia para reconocer la nulidad, pues en su concepto, se produjo una afectación trascendente al derecho de defensa del procesado al no permitírsele intervenir cuando solicitó la palabra. De ahí que sea necesario escuchar los argumentos que tenía previsto exponer a efectos de decidir nuevamente sobre el decreto probatorio.

23. Afirmó además que el Tribunal citó la figura de la unidad de defensa, no obstante, así exista una planificación entre el apoderado y el procesado, también es posible permitir que los dos intervengan.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

24. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que se interpuso en contra de una decisión proferida en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva - Huila.

25. Cabe precisar que la competencia en segunda instancia es funcional, esto es, limitada al estudio de los



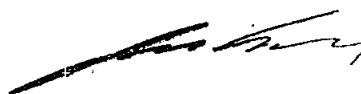
argumentos de inconformidad expuestos oportunamente por el apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible.

26. El recurso fue interpuesto en contra de la decisión de negar la declaratoria de nulidad del proceso desde determinado momento de la audiencia preparatoria. Según los antecedentes expuestos, la parte requirente cumplió con la carga de detallar el contenido de la irregularidad demandada, y no se avizora que se trate de una maniobra dilatoria, o manifiestamente inconducente, impertinente o superflua -art. 139.1, L. 906/04-.

27. En consecuencia, la solicitud de nulidad deberá estudiarse de fondo. Para tal efecto, se analizará en un inicio el instituto jurídico de la nulidad y los principios que lo rigen; luego, las características del ejercicio de la defensa material; para concluir si debe o no prosperar la nulidad en los términos planteados por el procesado GAMBOA MOSQUERA, que fueron ratificados por su apoderado judicial y por el Ministerio Público.

i. La nulidad en materia penal

28. La declaratoria de nulidad como remedio extremo para rehacer la actuación ante la ocurrencia de una irregularidad insanable, ha sido objeto de estudio por la Corte en sede de segunda instancia, entre otras, en la sentencia SP18530-2017. Allí se recapituló sobre el cumplimiento de “*ciertas reglas*” a fin de acreditar la



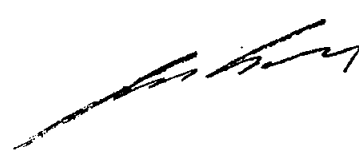
existencia de determinada afectación, con incidencia en el debido proceso.

29. En concreto, cuando la nulidad es planteada por una de las partes, la misma deberá identificar la irregularidad sustancial, su fundamento fáctico, los preceptos que considera conculcados, la razón de su quebranto y los límites temporales que puede abarcar la nulidad (Cfr., entre otras: AP807-2014 y AP1644-2014).

30. Adicional a lo anterior -como se dijo en auto del 17 de octubre de 2012, rad. 39741-, quien solicita la nulidad debe demostrar que no hay otra vía procesal distinta para restablecer el derecho afectado, y que la anomalía tuvo injerencia perjudicial y decisiva en la decisión apelada, pues este recurso de nulidad *“no puede fundarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en situaciones ausentes de quebranto”* (ibíd., SP18530-2017).

31. Ahora bien, aunque este instituto no se encuentra descrito expresamente en la Ley 906 de 2004, los principios que lo rigen han sido definidos por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte, así:

“...sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia

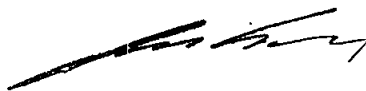


de defensa técnica (principio de protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (principio de convalidación); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad). (CSJ AP4391-2015 -entre otras-). Subrayas fuera del texto.

32. Bajo estos presupuestos deberá estudiarse el recurso interpuesto por GAMBOA MOSQUERA, quien alega la nulidad desde el momento en el cual solicitó el uso de la palabra para complementar la argumentación de su abogado defensor sobre pertinencia y admisibilidad de las pruebas solicitadas en la audiencia preparatoria.

ii. Ejercicio de la defensa material

33. Una de las particularidades del presente caso -tal como lo evidenció el *a quo* en el auto objeto del recurso-, es que el procesado tuvo una participación activa a lo largo de las dos (2) sesiones de la audiencia preparatoria. Inclusive, de la revisión del registro de audio y video se evidencia que todo el tiempo direccionó las labores de su apoderado, especialmente al momento de realizar las solicitudes



probatorias².

34. Esta situación la explicó el propio GAMBOA MOSQUERA, quien aludió a sus conocimientos jurídicos como abogado y especialista en derecho penal y procesal penal, además de sus labores como Fiscal delegado, donde según expuso, anualmente participa en un promedio de 1.000 audiencias, y entre ellas, 250 preparatorias³.

35. En cuanto a las atribuciones propias de la persona que afronta el proceso penal, el artículo 130 de la Ley 906 de 2004, establece lo siguiente:

“Además de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y que forman parte del bloque de constitucionalidad, de la Constitución Política y de la ley, en especial de los previstos en el artículo 80. de este código, el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella”.

Subrayas fuera del texto.

36. En reciente oportunidad, la Sala refirió a que si bien la defensa técnica prevalecía sobre la material, dicho postulado no era absoluto, pues la jurisprudencia ha entendido que en las labores de oposición a las facultades persecutoras del Estado, tanto la defensa técnica como la material, *“no son excluyentes sino complementarias”* CC C-

² Audiencia preparatoria, sesión del 8 de noviembre de 2017, minutos 6:15 a 1:10:05.

³ Así lo afirmó en la audiencia del 6 de diciembre de 2017, minuto 26:05.



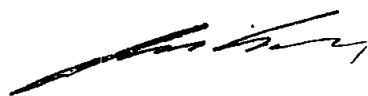
069/09, por lo que se permite, con plena garantía, los actos defensivos que emprende directamente la persona procesada (CSJ AP3098-2018).

37. Se dijo además, que en los actos litigiosos como la interposición de los recursos de ley, o inclusive, la formulación de nulidades, están amparados en principio por la destreza de la defensa técnica, y que pueden existir casos en los que dicho conocimiento no sea exclusivo del apoderado, como cuando se juzga a otro jurista con conocimientos en derecho, o como ocurre en el caso concreto, en derecho penal.

38. En estos eventos, en términos de la Corte, es común que la defensa material contenga una experticia similar a la técnica, pero no por eso la sustituye, ya que anteponer el criterio del cliente a la de su abogado defensor únicamente se podría tolerar cuando resulta abultada la oposición de razonamientos, tanto en lo jurídico, como en los efectos nocivos a los derechos fundamentales del primero de ellos.

39. Por ende, surgió el criterio según el cual, la prevalencia de las peticiones del apoderado que asiste la causa no se antepone de manera automática a la de su cliente, pues las circunstancias de cada caso determinan si se trata de un acto técnico de parte, o si por acción o por omisión, se está dando al traste con la garantía a la defensa letrada que le asiste al procesado (Cfr. AP3098-2018).

40. Estos criterios son útiles cuando se estudia las



nulidades del proceso ante alegatos de ausencia de defensa técnica o cuando se presentan conflictos entre el apoderado y su cliente. En el presente asunto, GAMBOA MOSQUERA asume como suplidas las funciones de su representante judicial, y reclama el hecho de no haberlas podido complementar con base en sus propios criterios y conocimientos jurídicos.

41. Tanto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional⁴ ha advertido “cómo la defensa material y técnica, esto es, la que adelantan particularmente el procesado y su abogado, constituyen un todo que se retroalimenta de lo favorable que individualmente cada uno realiza, aunque, para favorecer la dinámica de la pretensión común, es factible que se desarrolle de manera separada, o mejor, se faculta que por vías diferentes el procesado y su representante para el proceso penal hagan solicitudes independientes o de manera autónoma estén habilitados para interponer recursos” (CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 37659)⁵. Subrayas fuera del texto.

42. Sobre este especial tema, la Corte Constitucional en la sentencia T-1137/04, precisó que:

“Una de las formas de garantizar el debido proceso y, concretamente, el derecho de defensa del procesado es la contenida en el artículo 29 de la Carta, que le permite al sindicado la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento. Cuando el sindicado está presente en el proceso penal, el derecho de defensa comprende la actividad concurrente de ambos

⁴ Entre otras, las decisiones de la Corte Suprema en sede de tutela No. 12.825 del 21 de enero de 2003, y el recurso de queja 20.777 del 27 de mayo de 2003; y de la Corte Constitucional, las sentencias T-1137 de 2004 y C-210 de 2007. Dichos criterios jurisprudenciales son citados en la decisión CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 37659.

⁵ Citada en el reciente fallo de tutela STP3050-2018.



sujetos procesales -el procesado y su defensor-, quienes gozan de amplias facultades para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva, solicitar pruebas, controvertir las que se alleguen, presentar alegaciones, interponer recursos, etc. El ejercicio de tales atribuciones no es, sin embargo, plenamente coincidente para ambos sujetos, pues en relación con algunas actuaciones, como la indagatoria, la confesión o la terminación anticipada del proceso, sólo el procesado puede ejercer en forma directa su derecho, aunque asistido por su defensor; en otras oportunidades prevalecen los criterios del defensor sobre los del procesado, esto sucede cuando existen peticiones contradictorias entre ambos sujetos procesales (art. 137 C.P.); y en relación con la sustentación del recurso de casación, la facultad del defensor es exclusiva (ibidem)".

Subrayas fuera del texto.

43. En últimas, con la posibilidad de intervención de la defensa técnica y material, se garantiza el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual contiene las facultades de la persona que está siendo procesada y, en concreto, aquellas enfocadas a "...presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

44. Debe entenderse que tanto el apoderado judicial como la persona procesada pueden optar por distintas vías para ejercer el derecho a la defensa y actuar en conjunto, o separadamente, y así oponerse a las pretensiones punitivas de la Fiscalía, a la solicitud de pruebas, así como en la controversia de aquellas que se alleguen, o en la presentación de alegatos, recursos, etc. (Cfr. CC T-1137/04).



45. En conclusión, la unidad defensiva entre el procesado y su abogado no se contrapone a que, en la práctica, puedan optar por materializar de distinta manera las labores de postulación e impugnación propias del proceso penal, articulando o complementando aquellas actividades destinadas a la garantía del derecho a la defensa.

iii. Caso concreto

46. En el presente asunto, se observa que la audiencia preparatoria -respecto de la cual se solicita la nulidad- se llevó a cabo, de manera general, bajo los presupuestos establecidos en el artículo 355 y siguientes de la Ley 906 de 2004. En un inicio, se verificó el descubrimiento probatorio de la Fiscalía y, posteriormente, la defensa anunció que había efectuado su descubrimiento, previo al inicio de la diligencia⁶.

47. Luego las partes realizaron la enunciación de las pruebas que pretendían hacer valer en el juicio, y dieron a conocer las estipulaciones a las que habían llegado -art. 356.4-. Se procedió a conceder la palabra al procesado para que indicara si aceptaba o no los cargos objeto de acusación -art. 356.5-, quien manifestó que no los aceptaba⁷.

48. La audiencia siguió con las solicitudes probatorias de la Fiscalía -art. 357-, cuyo delegado expuso sobre su pertinencia, conducencia y utilidad, sin que se presentara

⁶ Audiencia preparatoria del 8 de noviembre de 2017, del minuto 6:15 al 7:15.

⁷ Ibid., minutos 17:00 a 42:38.



oposición alguna de la contraparte. Luego, el apoderado del procesado hizo lo propio en relación las pruebas de la defensa⁸.

49. Una vez el abogado defensor culminó su exposición, el procesado GAMBOA MOSQUERA solicitó intervenir para presentar argumentos sobre las mismas pruebas que había solicitado su apoderado, sin que se tomara determinación alguna por parte de la magistratura. En concreto, refirió que iba a *complementar* lo expuesto por el profesional que lo estaba asistiendo en la audiencia⁹.

50. Del registro de audio y video se extrae que si bien el Tribunal corrió traslado a la Fiscalía de esa solicitud, el delegado del ente investigador no se pronunció al respecto, sino que procedió a exponer sus argumentos en oposición a la pertinencia y utilidad de las pruebas de la defensa. Concluyó su intervención solicitando que algunas de ellas no fueran decretadas¹⁰.

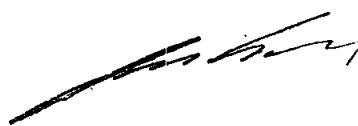
51. Luego de esto, el acusado insistió en el uso de la palabra, y el *a quo* le precisó que los argumentos sobre pertinencia y utilidad de la prueba ya habían ingresado por intermedio de su abogado¹¹. No obstante, presentó una réplica en la cual se condensan los motivos por los cuales requería intervenir, así:

⁸ Audiencia del 8 de noviembre de 2017, minuto 43:05 a 52:15.

⁹ *Ibíd.*, minuto 1:10:05.

¹⁰ *Ibíd.*, minuto 1:11:00 a 1:21:00.

¹¹ *Ibíd.*, minuto 1:31:25.



(i) La solicitud la realizó oportunamente, previo a que el Fiscal expusiera su oposición a las pruebas requeridas por la defensa.

(ii) No pretendía reiterar los temas, sino exponer argumentos distintos a los relatados por su defensor.

(iii) Él y su apoderado habían organizado de esa manera la sustentación de las consideraciones en dicha etapa procesal.

(iv) Era su intención incorporar razones distintas para que se decretaran las pruebas testimoniales solicitadas¹².

52. Esta situación particular de la diligencia culminó cuando la Sala del Tribunal le concedió el uso de la palabra, pero no para que complementara los argumentos de su apoderado, sino para que expusiera réplicas a la intervención del Fiscal. El delegado del ente investigador se opuso y la magistratura revocó la decisión¹³.

53. Luego de esta última determinación, el *a quo* procedió a decidir lo que en derecho correspondía en relación con la solicitud probatoria de las partes. Allí se negaron las pruebas de la defensa, respecto de las cuales, el procesado había solicitado complementar la argumentación sobre su pertinencia y utilidad.

¹² Ibid., minuto 1:32:00.

¹³ Ibid., minuto 1:33:12 a 1:35:40.



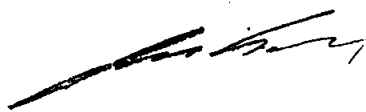
54. Del anterior recuento se deduce que la defensa de GAMBOA MOSQUERA fue dispuesta de forma separada entre las labores del apoderado y las del procesado, este último, en el ejercicio de su defensa material. Tanto es así que, todo el tiempo se habló de complementar, con argumentos propios, los expuestos por su representante judicial.

55. Igualmente se advierte que, en efecto, el acusado solicitó el uso de la palabra para exponer algunas consideraciones propias en relación con la pertinencia y utilidad de las pruebas solicitadas por la defensa. No obstante, no se le permitió intervenir ni se le dijo si podía o no hacerlo en ese momento específico.

56. Como se expuso en el apartado anterior, el ejercicio de la defensa material hace parte del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Pero además, las labores del procesado y su abogado constituyen un todo, en cuanto al derecho de defensa, alimentado por las labores que individualmente realiza cada uno.

57. En el presente asunto, y ante la imposibilidad del ejercicio de la defensa material, se advierte la existencia de una irregularidad sustancial -tal como lo alegó el recurrente-, pues se impidió que el acusado manifestara sus propias consideraciones en cuanto a la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas solicitadas por su apoderado.

58. Esto se complementa en que en marco de la



experticia propia de GAMBOA MOSQUERA, y según su dicho, habían acordado con el profesional que lo asistía presentar dichos temas de manera separada. Es decir, se entiende que la defensa, en este caso, fue cercenada y se decidió con base en postulados parciales pero no el conjunto de sus postulados.

59. Nada impide que tanto defensa técnica como material actúen de manera conjunta en relación con las consideraciones sobre las solicitudes probatorias. Inclusive, bajo los lineamientos que rigen este derecho, se acepta que apoderado y procesado presenten argumentos por separado, pues en últimas, lo que buscan es oponerse -así sea de forma distinta- a las labores persecutoras del Estado.

60. De ahí que no sea correcta la consideración del *a quo*, quien refirió que no era necesario la intervención del acusado, pues se satisfacía el derecho a la defensa con lo expuesto por su representante judicial. Por el contrario, ante la voluntad de GAMBOA MOSQUERA de presentar alegatos adicionales, se entiende que sus garantías fundamentales en el proceso comprendían el conjunto de una y otra intervención.

61. En consecuencia con lo expuesto, será necesario revocar la decisión de primera instancia y, en su lugar, declarar la nulidad de la actuación desde el momento en el cual el procesado solicitó el uso de la palabra para complementar los argumentos de su representante judicial sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas



de la defensa.

62. Esta solución, prevista para restablecer el derecho a la defensa que fue conculcado, resulta idónea pues en el presente asunto ya se entiende agotada la etapa de solicitudes probatorias -art. 357, L. 906/04-, e inclusive, la primera instancia decidió sobre la exclusión, rechazo e inadmisión de los medios de prueba -art. 359-, por lo que los argumentos del procesado únicamente podrán ingresar retrotrayendo la actuación.

63. Con el hecho de que GAMBOA MOSQUERA pueda exponer sus razonamientos, si bien le garantiza su derecho a la defensa, de ninguna manera conlleva a que necesariamente el Fiscal deje de oponerse al decreto probatorio de la defensa o que el Tribunal tome una determinación distinta a la que adoptó en su momento de negar las pruebas que solicitara la parte. Todo dependerá del análisis de los nuevos argumentos que serán aportados cuando se reanude la diligencia.

64. En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD DEL PROCESO desde la audiencia preparatoria llevada a cabo el 8 de noviembre de 2017. En concreto, a partir del momento en el cual el procesado MAURICIO GAMBOA MOSQUERA solicitó



intervenir para complementar la argumentación de su apoderado sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas de la defensa.

SEGUNDO. Devolver la actuación al Tribunal de origen para que, sin dilaciones, se continúe el trámite de la referida audiencia preparatoria.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

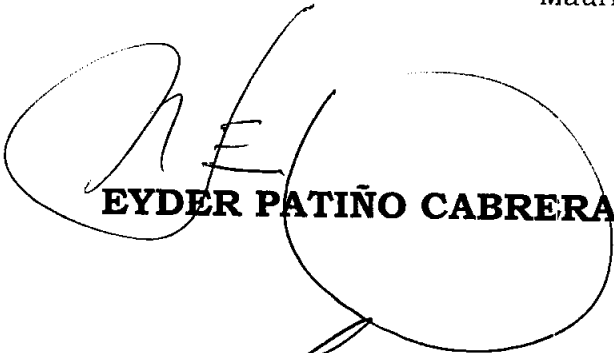
LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

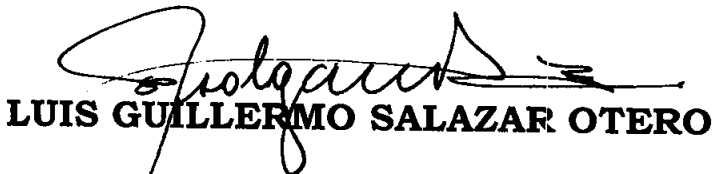
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



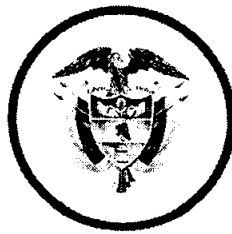
LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria





República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto debido a los demás integrantes de la Sala, me permito aclarar el voto frente a la armonización de los derechos del procesado y la obligación que tiene el juez de dirigir adecuadamente la actuación en aras de evitar dilaciones injustificadas, lo que se erige en presupuesto de la celeridad y eficacia de la administración de justicia.

En el presente caso, el defensor explicó la pertinencia de unas pruebas que, a la postre, fueron inadmitidas por el Tribunal. Según lo ha establecido esta Corporación en múltiples oportunidades, la explicación de la pertinencia debe ser puntual, en la medida en que se contrae a establecer la relación, directa o indirecta, del medio de prueba con la hipótesis factual que propone la parte o con los demás aspectos referidos en el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 (CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre muchas otras).

Frente a estas puntuales temáticas, si bien es cierto al procesado se le debe garantizar el derecho a la defensa material, también lo es que el juez tiene la carga de evitar dilaciones injustificadas, para lo que debe ejercer sus funciones de director del proceso (CSJ AP, 18 Mar. 2018, Rad. 51882; CSJAP, 19 Abr. 2017, Rad. 49905; entre otras).

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page.

Para armonizar estos aspectos constitucionalmente relevantes, en principio parece adecuado que la explicación de pertinencia esté a cargo del defensor (o del procesado, según el caso), entre otras cosas porque la misma debe obedecer a una determinada hipótesis factual. En estos aspectos, que solo admiten argumentaciones verdaderamente precisas, no debe ser común que varias personas intervengan para defender la misma pretensión.

Cuando la situación se presente, esto es, cuando el procesado pretenda hacer alegaciones adicionales sobre la admisibilidad de la prueba, el juez tiene a cargo advertir que debe tratarse de argumentos **diferentes** y **pertinentes** (aspecto que no tuvo en cuenta el censor para sustentar la solicitud de nulidad), porque mal podría aceptarse que bajo el manto del ejercicio del derecho a la defensa material las audiencias se dilaten con intervenciones repetitivas, al punto de diferirlas en el tiempo y hacer prácticamente irrealizable el ideal de celeridad y eficacia de la administración de justicia, como se observa frecuentemente en la práctica.


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada