

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrado Ponente

SP - 3052 - 2015

Radicación 42337

Aprobado Acta No. 105

Bogotá D.C., dieciocho de marzo de dos mil quince
(2015).

V I S T O S

Se examina en sede de casación el fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal Superior de Medellín el 16

A handwritten signature in black ink, appearing to be the name of the magistrate, Patricia Salazar Cuéllar.

de mayo de 2013, en el cual se confirmó la decisión condenatoria de primera instancia proferida por el Juzgado 21 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de la misma ciudad el 29 de febrero de 2012, en contra de JOSÉ DANIEL JIMÉNEZ CONTRERAS por el delito de *Omisión de agente retenedor o recaudador*, por el cual lo acusó la Fiscalía General de la Nación.

H E C H O S

Los hechos que motivaron este proceso fueron consignados en la denuncia presentada el 9 de enero de 2007 por la doctora María Magdalena López Bedoya, funcionaria –abogada de la División Jurídica Tributaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, local Medellín, quien hizo saber que el señor JOSÉ DANIEL JIMÉNEZ CONTRERAS, actuando como Representante Legal de la sociedad *Danyova E.U.*, para el año 2.004 suscribió declaraciones tributarias por concepto de impuestos sobre las ventas IVA, sin haber efectuado el pago completo de las sumas retenidas o recaudadas en el tiempo indicado por la ley tributaria (Ley 383 de 1997, Decreto 3050 de 1997 y Orden Administrativa 007 de 2000), correspondiente a los periodos 2 y 3 de ese año y cuyo valor total asciende a la suma de cinco millones ciento setenta y seis mil pesos (\$5.176.000).



2

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en los anteriores hechos y previa la denuncia presentada por la representante legal de la *Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-*, la Fiscalía Cincuenta y Tres de la Unidad de delitos contra la Administración Pública y de Justicia, decretó la apertura de la instrucción el día 23 de enero de 2007.

Habiéndose ordenado la recepción de indagatoria al señor JOSÉ DANIEL JIMÉNEZ CONTRERAS y no lográndose su comparecencia para tal efecto, mediante resolución del día 29 de mayo de 2008 dispuso su vinculación procesal mediante declaratoria de persona ausente, nombrándole en la misma decisión defensora de oficio.

El día 18 de septiembre de 2008 se declaró cerrada la investigación, procediendo la Fiscalía a calificar el mérito del sumario el día 28 de octubre de ese año, profiriendo preclusión de la investigación en favor del procesado. Decisión impugnada mediante recursos de reposición y apelación, interpuestos por la representante de la entidad denunciante.

La resolución fue revocada en segunda instancia por la Fiscalía Quinta de la unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, mediante decisión del 3 de septiembre de 2010, profiriendo en su lugar resolución de acusación en



contra del procesado, por el delito de *omisión del agente retenedor o recaudador*.

Le correspondió al Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín adelantar la etapa de juzgamiento y, luego de celebrada la audiencia pública, emitió sentencia el día 29 de febrero de 2012, condenando a JIMÉNEZ CONTRERAS a las penas principales de treinta y ocho (38) meses de prisión y multa de diez millones trescientos cincuenta y dos mil (\$10.352.000.00) pesos; a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso; se le negó el derecho al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; y, se le reconoció la sustitución de la prisión domiciliaria; además, se condenó al procesado al pago de perjuicios en suma de cinco millones ciento setenta y seis mil (\$5.176.000.00) pesos.

Apelada la decisión por el defensor del acusado, fue confirmada la condena por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

La sentencia de segundo grado fue oportunamente recurrida y, luego, sustentada en casación por el defensor del procesado.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN



El demandante invoca como motivo casacional la violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea *«de las normas relacionadas con el derecho de Defensa y las actuaciones de las notificaciones»*.

Aduce que la defensa que lo antecedió en la representación del procesado JIMÉNEZ CONTRERAS no tuvo la suficiente diligencia en el ejercicio de su cargo, pues la profesional que oficiaba como tal ni siquiera fue ubicada a efectos de notificarle personalmente de las actuaciones relevantes dentro del proceso, a tal punto que no fue enterada de la resolución de acusación emitida por el fiscal de segundo grado, lo que atenta contra el derecho de defensa.

Adicionalmente, refiere que una vez notificada de su designación como defensora de oficio y de la resolución de cierre de la investigación, la abogada entró en un *«letargo procesal»*, pues no tuvo comunicación alguna con el procesado y no presentó alegatos de conclusión, lo que se tradujo en la falta de defensa técnica.

Con lo anterior, solicita que se decrete la nulidad de lo actuado desde la resolución de acusación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante de la Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones del demandante. Al



5

respecto, indicó lo siguiente:

Las condiciones para que pueda alegarse la violación al debido proceso por falta de defensa técnica, son verdaderamente excepcionales, las mismas que en este caso no se presentaron, puesto que a pesar de la pasividad de la defensora en cierta etapa del proceso, no hubo ningún efecto nocivo para el procesado.

Fundamenta aquella conclusión en el hecho de que la defensora fue notificada de las diferentes actuaciones por correo certificado, entre ellas de la resolución de acusación, sobre la que además no procedía recurso alguno por haber sido emitida en segunda instancia.

Afirma, igualmente, que no siendo obligatoria la presencia de la defensora en la audiencia preparatoria, ninguna irregularidad se deriva de su no asistencia. De la misma manera no se hizo presente la representante de la entidad constituida como parte civil. Fue entonces que el juez decretó de oficio unas pruebas relacionadas con el estado actual de la deuda a la DIAN y copia del RUT del procesado, sin que ello en modo alguno afectara el derecho de defensa.

Ahora, en relación con la nulidad impetrada por el demandante, recuerda que era su obligación demostrar la trascendencia de la irregularidad en relación con las bases de la estructura del juicio, debiendo acreditar que si se



hubiera cumplido de manera cabal el derecho de defensa, la decisión, potencialmente, habría sido distinta.

Enfatiza que para que las falencias en la asistencia letrada tengan la capacidad de quebrantar el derecho fundamental de la defensa, es necesario que de manera razonable hayan podido causar algún perjuicio al procesado, pues de lo contrario sus consecuencias resultan meramente formales.

Sin embargo, el demandante no explica de qué manera la inactividad de la abogada del procesado tuvo incidencia en el núcleo esencial de la garantía de una eficaz defensa letrada, pues precisa, entre otras cosas, que el contradictorio no se ejerce únicamente en el momento de aducción del medio probatorio, sino a lo largo de todo el proceso penal.

En este caso, sostiene, el recurrente se conforma con señalar la indiferencia mostrada por la defensora del acusado durante el trámite procesal, pero ninguna sustentación lleva a cabo dirigida a demostrar *«la forma como los resultados de una específica actuación hubiera podido exonerar de toda culpa su apadrinamiento»*. Su obligación consistía, además, en comprobar a la luz del análisis de las pruebas, que la actividad de la letrada habría variado el sentido de la decisión final.

Por lo anterior, solicita no casar la sentencia



impugnada.

CONSIDERACIONES

Toda vez que la demanda presentada fue declarada ajustada conforme con los parámetros del artículo 213 de la Ley 600 de 2000, la Corte analizará los problemas jurídicos propuestos de fondo.

El derecho a la asistencia jurídica cualificada durante la investigación y juzgamiento escogida por el procesado o provista por el Estado, es garantía fundamental del debido proceso, de aplicación general, presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, y se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, así como también en los artículos 8.2 literales d) y e) de la Convención de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972) y 14.3 del Pacto de Nueva York (Ley 74 de 1968), los cuales a su vez forman parte del Bloque de Constitucionalidad por mandato expreso del artículo 93 de la carta constitucional.

El concepto de defensa, como derecho público subjetivo del imputado, constituye junto con las nociones de acción y jurisdicción, uno de los pilares básicos sobre los que se asienta la idea del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y legítima

administración de justicia dentro del Estado de Derecho trazado en la Constitución Política.

En este sentido, el derecho a la defensa técnica, resulta determinante para la validez constitucional del proceso penal y su eficacia no está librada a la mera postulación de un profesional contratado por el procesado o a uno nombrado de manera oficiosa por el funcionario o designado por la Defensoría Pública, sino que se materializa en una adecuada participación en el proceso, resultando determinante su activa intervención y permanente vigilancia de la gestión judicial, a fin de llevar a cabo una auténtica refutación práctica a la pretensión punitiva del Estado, siempre en favor de los intereses del inculcado.

Es al juez, director del proceso, a quien atañe el control sobre la efectividad de la garantía, de tal modo que la asistencia técnica trascienda el plano formal y se materialice en actos concretos con sentido material dentro del trámite procesal que acorde con el conocimiento jurídico del profesional permitan la plena vigencia del postulado consagrado en el artículo 29 de la Carta Fundamental; además, en virtud de la preservación del derecho a la igualdad, debe asegurarse que los sindicados ausentes cuenten con las mismas garantías y oportunidades procesales concedidas a quienes están presentes en el proceso¹.

La posición consolidada en la jurisprudencia de esta Corporación en relación con la garantía del derecho de

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-488 de 1996



defensa que asiste a cualquier persona que es objeto pasivo del proceso penal, se condensa de la siguiente manera:

2. Ninguna discusión se presenta en torno a que toda persona que sea vinculada a un proceso de naturaleza penal debe gozar de la asistencia profesional de un abogado durante todo su desarrollo, bien sea por designación que haga el imputado o procesado o porque el Estado se lo prevea, conforme el precepto contenido en el artículo 29, que señala:

“Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. 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; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir todas las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”

Luego, el derecho a la defensa técnica constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial, sin que pueda quedar al libre ejercicio de quien oficiosamente es postulado e incluso del defensor de confianza, sino que debe ser controlada eficazmente por el director del proceso con el propósito de que dicha asistencia técnica no se quede en el plano meramente formal, sino que se traduzca en actos que la materialicen en el trámite que se cumple, sólo de esta manera se podrá entender el cabal respeto a lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política.

De manera tal, que el derecho a la defensa no se concibe sólo como la posibilidad de que el imputado, procesado o condenado esté representado por un defensor técnico, sino que su ejercicio debe ser calificado en virtud a sus conocimientos especializados, para que garantice efectivamente sus derechos fundamentales y haga respetar el debido proceso que le otorgan los preceptos, igualmente, de rango constitucional² y sea permanente, esto es, hasta cuando la situación de la persona sea resuelta definitivamente³.

4. (sic) La Corte tiene definido de antaño que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características esenciales, debe ser intangible, real o material y permanente, en todo el proceso. 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 limitaciones⁴.

En consecuencia, la no satisfacción de cualquiera de estas características, por ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido, y por lo tanto, se impondrá la declaratoria de su nulidad, una vez comprobada su trascendencia⁵.

De igual manera, la Sala ha precisado que la violación a

² Sentencia C - 488 del 26 de septiembre de 1996
³ Sentencias C-836/02, C-451/03 y fallo T-16081 del 21 de abril de 2004 de esta Corporación
⁴ Sentencias de casación del 22 de septiembre de 1998 y 22 de octubre de 1999.
⁵ CSJ SP. 19 Oct. 2006, Rad. 22432



la garantía de la asistencia letrada se presenta no solamente cuando el procesado carece de un abogado que lo represente, sino también en situaciones en que habiéndose proveído de un profesional del derecho o, en su defecto, asignándosele uno de oficio, éste abandona las funciones que el cargo le imponían como gestión defensiva durante el curso del proceso penal:

[C]oncretamente frente al derecho de defensa, ha sostenido la Sala que su vulneración deviene en inobjetable cuando el procesado ha permanecido desprovisto de ella durante la actuación procesal, esto es, ante la absoluta falta de defensa técnica, que bien puede presentarse porque no habiendo designado defensor de confianza el Estado permaneció indiferente ante dicha situación, absteniéndose de proporcionarle uno que asuma la protección de sus intereses. También cuando a pesar de estar dotado formalmente de un defensor, éste ha desatendido por completo los deberes que el cargo le impone, abandonando a su propia suerte a quien debe asistencia técnica, al punto que aparezca ostensible que no actuó o que estratégicamente tampoco ejerció ningún control o vigilancia sobre el proceso para que al final el fallo de condena hubiere podido evitarse, o por lo menos atenuarse⁶.

Bajo este marco teórico y descendiendo al problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, se tiene que JOSÉ DANIEL JIMÉNEZ CONTRERAS fue vinculado a la investigación mediante declaratoria de persona ausente, por resolución emitida por la Fiscalía 53 Seccional de Medellín, el

⁶ CSJ SP. 3 Dic. 2001, Rad. 11085

12


De manera tal, que el derecho a la defensa no se concibe sólo como la posibilidad de que el imputado, procesado o condenado esté representado por un defensor técnico, sino que su ejercicio debe ser calificado en virtud a sus conocimientos especializados, para que garantice efectivamente sus derechos fundamentales y haga respetar el debido proceso que le otorgan los preceptos, igualmente, de rango constitucional² y sea permanente, esto es, hasta cuando la situación de la persona sea resuelta definitivamente³.

4. (sic) La Corte tiene definido de antaño que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características esenciales, debe ser intangible, real o material y permanente, en todo el proceso. 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 limitaciones⁴.

En consecuencia, la no satisfacción de cualquiera de estas características, por ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido, y por lo tanto, se impondrá la declaratoria de su nulidad, una vez comprobada su trascendencia⁵.

De igual manera, la Sala ha precisado que la violación a

² Sentencia C - 488 del 26 de septiembre de 1996

³ Sentencias C-836/02, C-451/03 y fallo T-16081 del 21 de abril de 2004 de esta Corporación

⁴ Sentencias de casación del 22 de septiembre de 1998 y 22 de octubre de 1999.

⁵ CSJ SP. 19 Oct. 2006, Rad. 22432

la garantía de la asistencia letrada se presenta no solamente cuando el procesado carece de un abogado que lo represente, sino también en situaciones en que habiéndose proveído de un profesional del derecho o, en su defecto, asignándosele uno de oficio, éste abandona las funciones que el cargo le imponían como gestión defensiva durante el curso del proceso penal:

[C]oncretamente frente al derecho de defensa, ha sostenido la Sala que su vulneración deviene en inobjetable cuando el procesado ha permanecido desprovisto de ella durante la actuación procesal, esto es, ante la absoluta falta de defensa técnica, que bien puede presentarse porque no habiendo designado defensor de confianza el Estado permaneció indiferente ante dicha situación, absteniéndose de proporcionarle uno que asuma la protección de sus intereses. También cuando a pesar de estar dotado formalmente de un defensor, éste ha desatendido por completo los deberes que el cargo le impone, abandonando a su propia suerte a quien debe asistencia técnica, al punto que aparezca ostensible que no actuó o que estratégicamente tampoco ejerció ningún control o vigilancia sobre el proceso para que al final el fallo de condena hubiere podido evitarse, o por lo menos atenuarse⁶.

Bajo este marco teórico y descendiendo al problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, se tiene que JOSÉ DANIEL JIMÉNEZ CONTRERAS fue vinculado a la investigación mediante declaratoria de persona ausente, por resolución emitida por la Fiscalía 53 Seccional de Medellín, el

⁶ CSJ SP. 3 Dic. 2001, Rad. 11085

120


29 de mayo de 2008⁷. En esa oportunidad, se le designó como defensora de oficio a la abogada Carmenza Mosquera Ramos.

La aludida profesional del derecho fue notificada personalmente de su nombramiento el 6 de abril de 2008.

El 18 de septiembre de 2008 se declaró el cierre de la investigación, decisión de la que se notificó personalmente a la defensora el 30 de octubre de 2008.

El 30 de marzo de 2009 se calificó el mérito de la instrucción, decretándose la preclusión de la investigación en favor de JOSÉ DANIEL JIMÉNEZ CONTRERAS. Decisión confirmada por el propio funcionario instructor, el 5 de mayo de 2009, ante el recurso de reposición interpuesto por la representante de la parte civil; sin embargo, el 3 de septiembre de 2010, fue revocada por la unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, que en su lugar profirió resolución de acusación en contra del procesado.

Importa resaltar que ninguna de las tres decisiones atrás reseñadas fue notificada de manera personal a la defensora del acusado, pues no obstante haber sido citada no se hizo presente a los despachos judiciales. Las notificaciones para ella y para el acusado ausente se surtieron por estados.

Radicado el proceso en el Juzgado 21 Penal del Circuito

⁷ Folios 46 y s.

de Medellín, asignado para adelantar la etapa de juzgamiento, se corrió el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, para que las partes e intervinientes prepararan las audiencias preparatoria y pública. La defensora no fue enterada de manera personal del traslado y aunque se le libró oficio para su conocimiento, no hay constancia de haberse hecho presente a la Secretaría del Juzgado a efectos de enterarse de la actuación⁸.

Finalizado el término de aquel traslado, fue fijada fecha para la audiencia preparatoria, enterándose de ello a los sujetos procesales, excepto al procesado ausente y a su defensora, quien no obstante haber sido citada tampoco se dio por enterada⁹.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 27 de julio de 2011, con la intervención de las partes, excepción hecha del acusado y su defensora. Se ordenaron pruebas de oficio por parte del juez y se citó a la audiencia pública para el día 23 de agosto de 2011¹⁰.

En vano, enviándole telegramas y fijando avisos de requerimientos en el edificio de justicia de Medellín¹¹, entre otros medios, el Juzgado trató de localizar a la defensora para enterarla de la audiencia pública, frustrándose por este

⁸ Folios 18 y s.

⁹ Folios 133

¹⁰ Folios 141

¹¹ Folios 143 y s.



motivo su realización.

Lo anterior motivó que a última hora, para posibilitar la continuación del proceso penal, se nombrara un defensor de reemplazo, quien de inmediato fue notificado de una nueva fecha para la realización de la audiencia pública, la misma que finalmente pudo efectuarse el 9 de febrero de 2012, en la cual el novísimo defensor de oficio del acusado, de manera explicable, que no excusable, ninguna consideración relevante llevó a cabo en su intervención en relación con los hechos y con la responsabilidad del enjuiciado, limitándose a poner de presente la ausencia de defensa técnica y, con ello, a solicitar la nulidad de lo actuado.

El 29 de febrero de 2012, el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín emitió el fallo condenatorio, dentro del cual desestimó la pretensión de nulidad de la defensa, entendiendo que en modo alguno fue quebrantado el derecho de defensa del acusado, en tanto en lo que concierne a su asistencia técnica estuvo proveído de una defensora de oficio desde el momento en que fue declarado persona ausente, profesional que fue notificada de su designación y de la resolución de cierre de la investigación. Además, adujo el *A quo*, la pasividad de quien ofició como defensora del procesado, no se tradujo en ausencia de asistencia técnica que afectara su garantía.

El fallo, siendo apelado por el defensor del acusado, fue



confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, consignándose en relación con el debatido derecho de defensa que el mismo no fue quebrantado en tanto que aunque *«podría pensarse que existe una vulneración al núcleo esencial del derecho de defensa, pero aparece claro que la Fiscalía realizó las gestiones tendientes a notificar a la defensa»*.

Agrega el *Ad quem*, en relación con el principio de trascendencia que gobierna el instituto de la nulidad procesal, que *«la defensa se limitó a decir que la Resolución de Acusación no le fue notificada a quien entonces asumía la defensa, siendo importante indicar que para el momento en que se profirió la pluricitada decisión, ya no cabía ningún recurso, por lo que ninguna trascendencia hubiese tenido la intervención de la defensa en aquel momento procesal»*.

Por último, plantea que en virtud del principio de preclusión de los actos procesales, para el momento en que se demandó la nulidad por parte del sustituto defensor de oficio del acusado, ya había sido superada la etapa procesal definida por el legislador para invocarla, por lo que *«el principio constitucional que impone la prevalencia del derecho material sobre el formal, no excluye el respeto a los términos establecidos por el legislador para ejercitar las distintas actividades probatorias sin que resulte admisible que con sorpresimiento a los sujetos procesales y bajo el pretexto de garantizar derechos fundamentales, se habiliten términos*



inexistentes».

Pues bien, la Sala estima necesario precisar que no puede perderse de vista que la cláusula constitucional que otorga a los ciudadanos el derecho inviolable a defenderse, se materializa sobre la idea de otorgar al acusado los derechos suficientes para poderse resistir, en términos de igualdad, a la persecución del Estado, esto es, representa el equilibrio en las posiciones del acusador y el acusado, de allí que la regla general es que no se pueden adelantar investigaciones o juicios en ausencia del procesado.

Sólo de manera excepcional, y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia en tanto que servicio público esencial, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, admiten la figura de la declaratoria de persona ausente y, con ello, el procesamiento de los individuos en contumacia, ya sea porque éstos desconocen la existencia del proceso que se adelanta en su contra o porque, conociéndolo, de manera voluntaria han decidido ausentarse del mismo, por ocultamiento o indiferencia.

La declinación del procesado, por desconocimiento o por voluntad, de la facultad de intervenir en el procedimiento penal para decidir en relación con la reacción penal del Estado, representa su imposibilidad de ser oído en el juicio, de controlar las pruebas presentadas en su contra, probar



los hechos que él mismo invoca, valorar la prueba producida y exponer sus razones fácticas para obtener una decisión favorable a sus intereses, cuestiones que por defecto de suyo comportan una sensible mengua en la garantía constitucional del ejercicio de defensa.

En tales eventos, el ejercicio del derecho de defensa se radica de manera exclusiva en el defensor designado por el fiscal al momento de la declaratoria de persona ausente, quien por tales circunstancias ostenta la doble condición de sostener la defensa material del ausente y solventar, con su conocimiento técnico, su defensa profesional. Razón suficiente para entender que el reconocimiento de la condición de contumaz del procesado, así como las actuaciones que en lo sucesivo debe llevar a cabo en su nombre el defensor de oficio, tienen que estar rodeadas de las debidas garantías procesales y ser objeto de un estricto control judicial.

En consecuencia, las condiciones desventajosas que se deducen para el contumaz en razón de afrontar las consecuencias del proceso penal sin poder ejercitar sus facultades de cuerpo presente, hacen que la prerrogativa de defensa en su acepción técnica adquiera una mayor relevancia de cara a las garantías del procesado, pues encontrándose ausente por declaración judicial, la gestión de su defensa gravita exclusivamente en el profesional de oficio que para tal efecto le sea designado, quien en consecuencia



debe procurar con mayor celo desplegar todas sus habilidades técnicas, en términos vigilantes y propositivos, de tal manera que se encuentre en situación de competir con quien ostenta la potestad punitiva.

La Corte Constitucional, sobre esta materia en particular, se ha pronunciado de la siguiente manera:

[P]or otra parte, nuestro sistema de procedimiento penal acepta que se procese penalmente a un sindicado en su ausencia, posibilidad que, como ya lo ha establecido esta Corporación, encuentra plena aceptación a la luz del ordenamiento constitucional.¹² Ello requiere, empero, que dentro del proceso, los derechos e intereses de la persona ausente estén representados por un abogado defensor que, en la medida en que ello sea posible, aporte y controvierta pruebas e impugne las decisiones judiciales. El ejercicio de la función de defensoría de oficio de una persona ausente presenta ciertas dificultades específicas, pues la inasistencia del sindicado al proceso, además de imposibilitar la defensa material, limita las posibilidades de llevar a cabo una adecuada defensa técnica. Esto implica que, en estos casos, los defensores de oficio, —abogados titulados—, deben ser particularmente diligentes y por tanto, responden hasta por culpa levisima, correspondiente al nivel de experto, pues están representando los intereses de personas que, además de ver comprometida su libertad individual, no tienen la posibilidad de ejercer por sí mismos sus derechos¹³.

¹² Sentencia C-488 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹³ T-957 de 17 de noviembre de 2006



No obstante, tiene dicho esta Corte que la ausencia de defensor o el abandono de la gestión, salvo en los casos en los cuales la ausencia defensiva operó durante una etapa completa del proceso¹⁴, no es vicio que representa por si mismo violación a la garantía constitucional, por manera que la falta temporal, durante una etapa o estadio procesal parcial, sólo es susceptible de invalidar la actuación cuando en las circunstancias particulares del caso concreto terminan siendo relevantes, esto es, que comporte tal trascendencia que con asistencia letrada durante el respectivo intervalo, el resultado del proceso habría sido distinto y favorable al acusado¹⁵.

Es así en virtud del principio de trascendencia, que en términos del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, supone que *“quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento”*, porque la nulidad como remedio procesal extremo no opera en este caso por la simple enunciación del supuesto vicio, ni en interés exclusivo del ordenamiento, sino en tanto se pueda erigir en un error de garantía que diezme las prerrogativas procesales en perjuicio del acusado:

[S]i en un momento determinado el procesado dejó de tener

¹⁴ CSJ SP, 11 Jul. 2007, Rad. 24297. Anterior, en el mismo sentido, CSJ SP, 12 Oct. 2003, Rad. 20132.

¹⁵ CSJ AP 907-2014, 26 Feb. 2014, Rad. 38654

asistencia técnica, ello no significa que la actuación así cumplida devenga en ineficaz por ese solo motivo, ya que en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaración de nulidades, sólo si la irregularidad afecta de manera irreparable las garantías del sujeto procesal, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable su criterio.

Tal posición encuentra arraigo en que si la irregularidad es oportunamente corregida, de manera que el abogado designado pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudo haber realizado durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado o que se ha restablecido, pues ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a tener una oportunidad que ya tuvo¹⁶.

En esta perspectiva, la Sala entiende necesario hacer algunas precisiones sobre aspectos que en relación con el tema se han ido desfigurando a partir del desarrollo jurisprudencial atrás reseñado, especialmente en lo que atañe con la ausencia defensiva, el ejercicio pasivo de la defensa y el principio de trascendencia que gobierna el instituto de las nulidades procesales.

En cuanto a lo primero, según se ha precisado líneas atrás, la Sala ha sostenido de manera constante que la ausencia de defensor o el abandono de la gestión sólo es relevante, como vicio que compromete la garantía de defensa, en los casos en que se presenta durante una etapa completa

¹⁶ CSJ SP, 30 May. 2014, Rad. 22917



del proceso. Criterio que ha servido para interpretar, que la ausencia de defensor o su inactividad, ninguna consecuencia tendría para la validez del procedimiento si en algún interregno de los estadios procesales hubo presencia activa – o estratégicamente pasiva- del profesional del derecho encargado de guardar los intereses del acusado.

Sin embargo, tal manera de apreciar las cosas, parece que pugna con la misma caracterización con que la Corte ha definido el derecho de defensa, en tanto garantía constitucional definida como intangible, real o material, y permanente en todo el proceso. Intangibilidad, referida a su condición de irrenunciable, por lo que el Estado se encuentra precisado a designarle un defensor de oficio, en el evento de que el imputado no designe uno de su confianza; material o real, en la medida en que su ejercicio debe gobernarse por actos positivos de gestión defensiva y no como una mera presencia formal; y, por último, la permanencia se refiere a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de excepciones ni limitaciones¹⁷.

Así que no es cierto, como pareciera interpretarse, que resulta inane para las garantías del procesado la ausencia de su defensor y su inactividad procesal en segmentos de las distintas etapas procesales. Lo que puede entenderse es que la inmovilidad defensiva, por ausencia o pasividad injustificada,

¹⁷ CSJ SP, 18 Abr. 2012, Rad. 34465

27 

durante toda la etapa procesal, contiene tan crasa y evidente violación al derecho fundamental, que resultaría innecesaria su demostración; empero, se precisa de la verificación de la inacción segmentaria para dar por acreditado el mismo vicio de garantía.

En el caso que concita la atención de la Sala, es un hecho cierto que desde el mismo momento en que fue declarado persona ausente se le proveyó de defensora de oficio al acusado JIMÉNEZ CONTRERAS, por manera que al menos desde el punto de vista nominal estuvo presente en todas las etapas procesales, desde la instrucción hasta el juicio, siendo relevada para la audiencia pública, donde igual se mantuvo como constante la existencia de una defensa técnica para el procesado.

Así las cosas, de bulto no se advertiría la afectación de la garantía de defensa en su acepción técnica, al menos en la presencia formal de un defensor encargado de guardar los intereses del procesado, pues además tampoco se evidencia la existencia de algún tipo de falta de idoneidad profesional de quien oficiaba como su asistente judicial. Sin embargo, lejos estuvo la defensora designada de cumplir a cabalidad con las funciones que el cargo le demandaba.

Y es que el ejercicio defensivo no se puede limitar al enteramiento del nombramiento como defensora de oficio o a la mera notificación de la resolución de cierre de la investigación,



como hizo la profesional nombrada para tal efecto. Se compone la defensa de una serie de actividades que por lo menos deben delatar la existencia de una posición de vigilancia de la gestión judicial con la potencialidad de intervención en favor de los intereses del procesado, de modo que se alcance a percibir un auténtico contraste dialéctico en relación con las tesis que desarrolló el acusador, probatoria y argumentativamente.

La defensora, a partir de aquellos actos de comunicación, se comportó dentro del proceso como si no existiera, mostrando un total alejamiento del trámite procesal, que en las circunstancias particulares no puede interpretarse de manera distinta a un total abandono de sus obligaciones.

No desconoce la Sala que el derecho de defensa puede ejercerse no solo a través de actos positivos de gestión, sino también de actitudes pasivas que dentro del marco de una planeación estratégica busque mejores resultados para el procesado que aquellos que se podrían obtener de una activa participación en el desarrollo del proceso. No obstante, sería una ingenuidad entender en este caso que la falta de actividad procesal de la defensora, obedeció no a una grosera negligencia de su parte, sino a una estratégica postura frente a la acción defensiva que debía desplegar en pro del acusado.

Su actitud frente al proceso fue de una absoluta dejadez, lo que se deduce no propiamente del hecho de no haber llevado a cabo actos positivos de actuación procesal, tales como

interposición de recursos, presentación de alegatos precalificatorios o solicitud de pruebas en la audiencia preparatoria, pues se acepta que la abogada gozaba de total libertad para intervenir o no conforme a su táctica defensiva, sino porque evidentemente no tuvo el menor acercamiento al curso de la investigación y posterior juzgamiento de su defendido, tal y como lo demuestra la circunstancia de no atender las continuas citaciones para hacerse presente al juzgado para el seguimiento del proceso.

Su ausencia en la audiencia preparatoria, que por si sola no se traduce en la invalidez de dicha diligencia, obedeció, sin duda, a un abandono nugatorio de su ejercicio profesional, que de hecho se generalizó como se patentiza en las diferentes constancias secretariales a través de las cuales fue convocada sin respuesta alguna.

Significativo es, para evidenciar la total inercia en el ejercicio de sus deberes, que además de las citaciones enviadas, por avisos fijados en el Palacio de Justicia de Medellín y por constantes llamadas telefónicas de los funcionarios de la Secretaría del despacho judicial¹⁸, se procuró la comparecencia de la defensora en la audiencia pública, concluyéndose por el juez que *«nunca fue posible su ubicación»*¹⁹.

¹⁸ Fls. 143 y ss.

¹⁹ Fls. 146



No es ese propiamente el contexto de una estrategia defensiva, sino el absoluto abandono de la gestión técnica encomendada, lo que hace ilusorio el derecho fundamental, por lo que resulta por completo equivocado el raciocinio del Tribunal en el sentido de entender que no se vulneró el privilegio porque «[l]a Fiscalía realizó las gestiones tendientes a notificar a la defensa». También la judicatura hizo esfuerzos por obtener la presencia de la abogada, pero con ello, por obvias razones, no se satisface la exigencia de intangibilidad de la garantía.

Ahora bien, la exigencia de acreditación de la trascendencia del vicio, también merece especial consideración.

Tratándose de una garantía de rango superior, que es legitimadora del proceso penal y que se constituye en el principal derecho del acusado, correlativo a la acusación, como la concreción del principio de contradicción, mal puede ligarse su trascendencia a un curso hipotético de los acontecimientos procesales, para afinar su relevancia en el supuesto de que de no haberse presentado el vicio, la decisión habría favorecido al procesado.

Sin duda, la ausencia material de la defensa técnica, como ocurre en el caso que ocupa la atención de la Corte, reduce sustancialmente las posibilidades defensivas, con perjuicio para el procesado, traduciéndose en una violación



de la garantía fundamental. De manera que exigir la prueba de cuál habría sido la acción defensiva que en concreto se dejó de ejecutar, como lo plantea el *Ad quem*, siguiendo de manera distorsionada líneas jurisprudenciales de esta Sala, se torna en una inconsistencia sistemática, en tanto su vigencia no puede estar atada al cumplimiento de una determinada finalidad.

En este sentido, la Sala reivindicando la importancia tutelar del derecho de defensa en punto de la validez del proceso, ha precisado²⁰:

[s]obresale lo repetitivo que fue el legislador en cuanto a que la validez de la actuación no puede admitirse en detrimento del derecho de defensa, como garantía procesal que es, aún cuando el acto cumpla la finalidad o el sujeto reclamante haya coadyuvado con su conducta o anuencia en la formación de la irregularidad sustancial, toda vez que en tales casos la nulidad es la única forma de enmendar el vicio, dado que no es posible de otra manera resolver el conflicto, debiéndose regresar las cosas a su cauce normal, pues es obvio que la agresión a dicha garantía conlleva consecuencias que no pueden restablecerse sino con la invalidación de lo actuado²¹.

Por lo tanto, estima la Sala que es necesario matizar aquella idea relativa a la trascendencia del vicio que, tratándose del derecho de defensa, impone la demostración de que la presencia de la asistencia letrada durante el

²⁰ CSJ SP, 18 Abr. 2012, Rad. 34465

²¹ Cfr. Sentencias de 22 de junio de 2006 y 6 de septiembre de 2007, Radicaciones N° 22304 y 16958, respectivamente.



respectivo intervalo, habría variado el resultado del proceso en favor del acusado²².

La tesis correcta debe comprenderse sobre el fundamento de que el derecho de defensa es una garantía fundamental e inmanente al proceso penal, que no está librada a los resultados obtenidos en la gestión sino a la protección permanente del procesado, en procura del mantenimiento del equilibrio de los poderes que confluyen en el juego dialéctico de cara a la pretensión punitiva radicada en el Estado, debiéndose propugnar por sostener una real equiparación entre la acusación y la defensa. Dicho de otra manera, la trascendencia de una irregularidad por ausencia o abandono en el derecho de defensa se justifica así misma, esto es, es trascendente por sí sola.

Los resultados hipotéticos derivados del ejercicio del derecho de defensa, en sus aspectos material y técnico, no pueden validar un estado de orfandad para el acusado en el decurso procesal, pues la garantía estriba en que de manera permanente exista una efectiva resistencia a la persecución penal, sin importar la fortaleza de la pretensión punitiva o la fuerza persuasiva de la prueba practicada a instancias del acusador.

²² CSJ AP 907-2014, 26 Feb. 2014, Rad. 38654



de la garantía fundamental. De manera que exigir la prueba de cuál habría sido la acción defensiva que en concreto se dejó de ejecutar, como lo plantea el *Ad quem*, siguiendo de manera distorsionada líneas jurisprudenciales de esta Sala, se torna en una inconsistencia sistemática, en tanto su vigencia no puede estar atada al cumplimiento de una determinada finalidad.

En este sentido, la Sala reivindicando la importancia tutelar del derecho de defensa en punto de la validez del proceso, ha precisado²⁰:

[s]obresale lo repetitivo que fue el legislador en cuanto a que la validez de la actuación no puede admitirse en detrimento del derecho de defensa, como garantía procesal que es, aún cuando el acto cumpla la finalidad o el sujeto reclamante haya coadyuvado con su conducta o anuencia en la formación de la irregularidad sustancial, toda vez que en tales casos la nulidad es la única forma de enmendar el vicio, dado que no es posible de otra manera resolver el conflicto, debiéndose regresar las cosas a su cauce normal, pues es obvio que la agresión a dicha garantía conlleva consecuencias que no pueden restablecerse sino con la invalidación de lo actuado²¹.

Por lo tanto, estima la Sala que es necesario matizar aquella idea relativa a la trascendencia del vicio que, tratándose del derecho de defensa, impone la demostración de que la presencia de la asistencia letrada durante el

²⁰ CSJ SP, 18 Abr. 2012, Rad. 34465

²¹ Cfr. Sentencias de 22 de junio de 2006 y 6 de septiembre de 2007, Radicaciones N° 22304 y 16958, respectivamente.



respectivo intervalo, habría variado el resultado del proceso en favor del acusado²².

La tesis correcta debe comprenderse sobre el fundamento de que el derecho de defensa en una garantía fundamental e inmanente al proceso penal, que no está librada a los resultados obtenidos en la gestión sino a la protección permanente del procesado, en procura del mantenimiento del equilibrio de los poderes que confluyen en el juego dialéctico de cara a la pretensión punitiva radicada en el Estado, debiéndose propugnar por sostener una real equiparación entre la acusación y la defensa. Dicho de otra manera, la trascendencia de una irregularidad por ausencia o abandono en el derecho de defensa se justifica así misma, esto es, es trascendente por sí sola.

Los resultados hipotéticos derivados del ejercicio del derecho de defensa, en sus aspectos material y técnico, no pueden validar un estado de orfandad para el acusado en el decurso procesal, pues la garantía estriba en que de manera permanente exista una efectiva resistencia a la persecución penal, sin importar la fortaleza de la pretensión punitiva o la fuerza persuasiva de la prueba practicada a instancias del acusador.

²² CSJ AP 907-2014, 26 Feb. 2014, Rad. 38654



De lo contrario, bien podría legitimarse la ausencia de la defensa y la construcción de juicios potestativos en los eventos en que desde un comienzo de la investigación, a juicio del instructor, pueda despuntar como evidente la responsabilidad penal del acusado, desconociéndose de tal manera las consecuencias que una postura de tal laya tendrían para el mantenimiento de una garantía inherente al mismo Estado de Derecho.

La bilateralidad del proceso penal impone el establecimiento de condiciones propicias para el ejercicio de los derechos del acusado, brindándole las garantías y los instrumentos necesarios para enfrentar en un plano de igualdad a su legítimo contendor procesal. El Estado, aún en la dinámica procesal de la Ley 600 de 2000, debe garantizar el pleno goce material de los derechos del acusado en la contienda que traza el proceso penal y para ello, su ausencia, como consecuencia de su decisión voluntaria o de la física imposibilidad de hacerlo comparecer, debe ser equilibrada con la presencia de una defensa oficiosa participativa, de manera activa o pasiva, pero vigente, actual y permanente.

Es asunto notorio que en el presente caso no hubo construcción de la bilateralidad procesal y, a consecuencia de ello, no se edificó el necesario contradictorio entre las hipótesis de la fiscalía y la defensa, puesto que a la ausencia del acusado se sumó la de su defensora, quien con su abandono cumplió una mera función formal, sin

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'J' or 'D' followed by a vertical line and a small flourish.

trascendencia para los intereses a cuya protección se comprometió.

La defensa no cumplió con su mandato constitucional de servir de límite y opositor al poder punitivo del Estado, no se resistió a la pretensión punitiva de la fiscalía, no ofreció razones en favor del procesado, no participó en la construcción de una teoría en beneficio de su apadrinado, no procuró la aminoración de los efectos de la sanción penal y, en general, no fue partícipe del necesario balance procesal.

En resumen, a la falta de defensa técnica, se sumó la inexistencia de la real defensa calificada, lo que de suyo denota el quebrantamiento de una garantía fundamental, cuyo restablecimiento solo es posible llevar a cabo retrotrayendo la actuación al momento procesal en que se evidenció el abandono de la defensora oficiosa que le fue designada por la Fiscalía al procesado JIMÉNEZ CONTRERAS, concretamente a partir de la resolución mediante la cual el Juzgado 21° Penal del Circuito avocó el conocimiento del juzgamiento²³.

Por último, ante el posible incumplimiento de los deberes en que pudo incurrir la abogada que fungió como defensora del acusado, la Sala compulsara copias ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, con el fin de que esa autoridad dilucide si dicha letrada está incurso en falta alguna de las previstas en el estatuto de la profesión.

²³ Fls. 128



En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CASAR la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 16 de mayo de 2013, mediante la cual confirmó la emitida el 29 de febrero de 2012 por el Juzgado Primero Penal del Circuito especializado de esa ciudad.

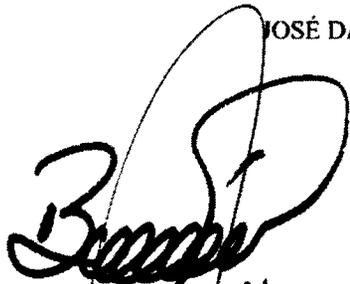
SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del proceso, inclusive desde la resolución de 26 de octubre de 2010, mediante la cual el Juzgado 21° Penal del Circuito de Medellín dispuso avocar conocimiento del juicio, momento a partir del cual deberá reponerse la actuación con pleno respeto del derecho a la defensa de JOSÉ DANIEL JIMÉNEZ CONTRERAS.

TERCERO: Se ordena compulsar copias, dirigidas a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, a fin de que se investigue la conducta de la abogada Carmenza Mosquera Ramos.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

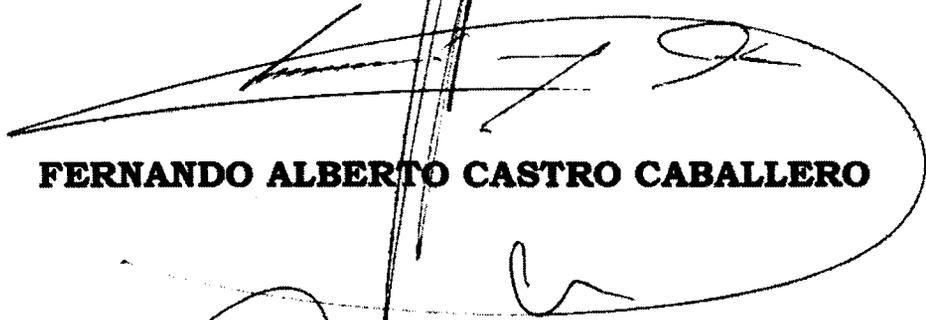
31 



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PERMISO

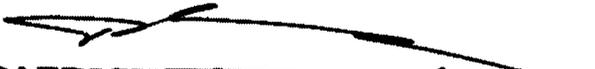
MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ



GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



Nubia Yolanda Nova Garcia
Secretaria

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrado Ponente

SP - 3052 - 2015

Radicación 42337

Aprobado Acta No. 105

Bogotá D.C., dieciocho de marzo de dos mil quince
(2015).

V I S T O S

Se examina en sede de casación el fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal Superior de Medellín el 16

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script.