SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: PATRICIA SALAZAR CUELLAR
NÚMERO DE PROCESO	: 42337
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP3052-2015
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 18/03/2015
DECISIÓN	: CASA
DELITOS	: Omisión de agente retenedor o recaudador.
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia art. 29 / Ley 16 de 1972 art. 8.2 / Ley 74 de 1968 art. 14.3 / Ley 600 de 200 art. 310

TEMA: DEFENSA TÉCNICA - No se satisface con la simple presencia nominal del defensor

«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 incriminado».

VINCULACIÓN AL PROCESO PENAL - Persona ausente: carácter residual o supletorio

«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».

REO AUSENTE - Derecho de defensa: defensa material y técnica, radica exclusivamente en el defensor designado

«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».

DEFENSA TÉCNICA - Carencia momentánea (ausencia de defensor o abandono de gestión): análisis del caso concreto, principio de trascendencia

«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 proceso , 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 acusado .

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».

DEFENSA TÉCNICA - Carencia momentánea (ausencia de defensor o abandono de gestión): análisis del caso concreto, principio de trascendencia / **DEFENSA TÉCNICA** - Actuación pasiva del defensor: análisis del caso concreto, principio de trascendencia

«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 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 limitaciones.

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, 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».

DEFENSA TÉCNICA - Carencia momentánea (ausencia de defensor o abandono de gestión): análisis del caso concreto, principio de trascendencia / **REO AUSENTE** - Derecho de defensa: defensa técnica, mayor exigencia dada la ausencia del procesado

«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 JC, por manera que al menos desde el punto de vista nominal estuvo presente en todas las etapas procesales.

(...)

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.

(...)

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 afincar 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 precisado :

Sobresale 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 actuado .

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

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 trascedente 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.

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 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 JC, concretamente a partir de la resolución mediante la cual el Juzgado 21º Penal del Circuito avocó el conocimiento del juzgamiento».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: C-488 DE 1996 | Tema: DEFENSA TÉCNICA-Derecho del procesado a tenerla: Obligaciones de los funcionarios judiciales

Rad: 22432 | Fecha: 19/10/2006 | Tema: DEFENSA TÉCNICA-Características esenciales / DEFENSA TÉCNICA-Derecho del procesado a tenerla: Obligaciones de los funcionarios judiciales

Rad: 11085 | Fecha: 03/12/2001 | Tema: DEFENSA TÉCNICA-Abandono de la gestión

Rad: T-957 | Fecha: 17/11/2006 | Tema: REO AUSENTE - Derecho de defensa: defensa técnica, mayor exigencia dada la ausencia del procesado

Rad: 30132 | Fecha: 12-10-2003 | Tema: DEFENSA TÉCNICA - Carencia momentánea (ausencia de defensor o abandono de gestión): análisis del caso concreto, principio de trascendencia

Rad: 24297 | Fecha: 11-07-2007 | Tema: DEFENSA TÉCNICA - Carencia momentánea (ausencia de defensor o abandono de gestión): análisis del caso concreto, principio de trascendencia

Rad: 38654 | Fecha: 26-02-2014 | Tema: DEFENSA TÉCNICA - Carencia momentánea (ausencia de defensor o abandono de gestión): análisis del caso concreto, principio de trascendencia /