

Ciudad, xxx de xxxx.

H. Magistrados,

Corte Suprema de Justicia

Sala de casación penal – Sala de decisión en tutelas.

Bogotá D.C.

E. _____ S. _____ D. _____

Accionante:	XXXX
Accionado :	Juzgado XX. Penal Circuito de XXXX - Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXXX – Sala Penal de decisión.

Muy distinguidos Señores Magistrados,

XXXXX, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, ante Ustedes, con el respeto que siempre me ha caracterizado, me permito presentar acción de tutela en contra del **Juzgado XXXX Penal del Circuito de XXXX** y el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXXX – Sala Penal de Decisión**. Con ocasión del proceso penal que se adelantó en contra del Sr. XXXXX por los delitos de Homicidio Agravado y tentativa de homicidio y en el cual fue condenado a la pena de cincuenta (50) años de prisión.

Acción constitucional que busca conforme el artículo 86 de la Constitución Política, se proteja el **derecho fundamental a la defensa** lo cual vengo a precisar en los siguientes términos.

Capítulo primero.

Partes en la tutela.

Accionante:

- XXXXX

Accionado:

- **XXXXX**
- **XXXXX.**

Capítulo segundo

Los hechos que sustentan la presente acción de tutela.

Primero : El día XXX de noviembre del año XXX en horas de la madrugada, el Sr. XXXXX departía con su hermana y varios amigos en la discoteca XXXX de la ciudad de XXXX Con ocasión de que su hermana se vomitó en el lugar, se suscito una discusión con los empleados del lugar, quienes procedieron a desalojar del sitio al Sr. XXXX.

Segundo : El Sr. XXXX, visiblemente alterado tomó el vehículo montero de placas XXXX de propiedad de su señora madre – xxxxxxxx – e intempestivamente, cuando se movilizaba por el frente de la discoteca, accionó su arma de fuego en repetidas ocasiones, causando la muerte del joven XXXXX y heridas a los Sres. XXXX, XXXX y XXXX. Estas personas se encontraban en aquel momento en las afueras del establecimiento de comercio.

Tercero : El joven XXXX era conocido en el establecimiento nocturno, especialmente porque uno de sus propietarios – xxxxxxxx – , quien estuvo presente el día de los hechos, había sido compañero de estudio de XXXX en el Colegio XXXX. Deposition que fue recepcionada escasos días después de los fatídicos hechos.

Cuarto : El joven XXXX fue plenamente identificado por la Fiscalía Local XXX como el autor de los luctuosos hechos y el XX de noviembre de XXX, es decir, escasos cinco días de aquéllos, solicita la respectiva orden de captura en contra de XXXX. Esta fue ordenada por el Juzgado XX°. Penal Municipal con Función de Control de Garantías.

Quinto : Desde el momento en que ocurren los hechos, la familia del joven XXXX, a través del Sr. XXXX (tío del procesado),

contactó al abogado XXXXX para que asumiera su representación. Efectivamente el día XX de diciembre del año XXX, el letrado acompañó el poder conferido por su representado a la Fiscalía XX°. Seccional, y en él también se acreditaba como apoderado suplente al abogado XXXXX. Con este profesional del derecho, la familia nunca tuvo contacto, siempre el Sr. XXXXX se entendió directamente con el abogado XXXXX, que de tanto en cuanto, le informaba de la situación procesal.

Sexto : La instrucción del abogado XXXX era que XXX debía permanecer oculto mientras se adelantaba la investigación, recomendación que se atendió hasta el momento en que fue capturado en el Municipio de XXXX.

Séptimo : Desde el momento en que los abogados asumieron la representación del Sr. XXXX, era evidente la identificación que se hacía de éste como el autor de los hechos.

Octavo : De otro lado, resulta importante destacar que desde aquéllas calendas eran ya hechos esclarecidos las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el joven XXXXX accionó el arma aquella fatídica noche, especialmente; la reiteración de los disparos; la presencia de múltiples personas en el lugar; la orientación de las detonaciones. Este ámbito circunstancial desde aquél momento señalaba la inevitable imputación en contra de XXXXX de los delitos de Homicidio y tentativa de homicidio a título de dolo eventual.

Noveno : Ante la no comparecencia del indiciado y el hecho de que éste no había sido posible capturarlo, la Fiscalía previa solicitud de declaratoria de persona ausente, formuló imputación en su contra por los delitos de Homicidio agravado, en concurso heterogéneo de tentativa de homicidio agravado (en número de tres) y Fabricación, tráfico y porte ilegal de arma de fuego o municiones de defensa personal. Igualmente se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión en disfavor de XXXX. Estas audiencias preliminares se celebraron el día XX de octubre del año XXX ante el Juzgado XXXX Penal con funciones de control de garantías.

Décimo : El Escrito de acusación se radicó el día XX de octubre del año XXX. En él se observa claramente el abundante material probatorio del que gozaba la Fiscalía para obtener una muy probable condena en contra del Sr. XXXX por los delitos imputados. Por lo demás, ya parte de dicho material había sido anunciado en las audiencias preliminares, por manera, que la defensa debía prever desde aquél momento la inconveniencia de llevar un proceso de esta naturaleza a juicio, excepto que se tuviera una estrategia defensiva sólida. Particularmente, era de considerar desde los momentos en que se formuló imputación que los cargos contemplaban unas penas excesivamente elevadas.

Undécimo: Los apoderados nunca comunicaron al Sr. XXXX, ni a su familia cercana, la inconveniencia de ir a juicio y tampoco les sugirió la posibilidad de una terminación anticipada del proceso, ora a través de un preacuerdo o mediante una aceptación unilateral de cargos. Nunca les señaló las ventajas punitivas que aparejaría una terminación abreviada y por el contrario, les informaba de la posibilidad de obtener una victoria en el juicio.

Décimo segundo : El joven XXXX siempre estuvo atento a recibir los consejos del profesional del derecho y si ello significaba una entrega y un preacuerdo o una aceptación unilateral, estaba presto a hacerlo. Sin embargo, esta alternativa defensiva, extrañamente, nunca se planteó como una opción seria y real a instancias del letrado.

Capítulo tercero

Los derechos constitucionales fundamentales violados y en qué consiste su violación.

1.- Derechos fundamentales violados.

Artículo 29 de la C. Pol. Debido proceso, en su manifestación del **derecho de defensa** y **acceso a la administración de justicia** – tutela judicial efectiva – y **libertad personal**.



2. Sentido de la violación: Defecto procedimental

absoluto.

Normas violadas.

Constitución Política.

Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la 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 las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Instrumentos internacionales de derechos humanos.

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

Art. 14º.

(...)

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

(...)

d). A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada sino tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

(...)



5. **Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.**

Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica. (Ley 16 de 1972).

Art. 8º. Garantías Judiciales.

(...)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

d) **derecho del inculgado** de defenderse personalmente o **de ser asistido por un defensor**, de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) **derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor** proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculgado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

(...)

h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior;

Conceptualización del derecho a la defensa técnica por la Corte Constitucional, de cara al caso concreto.

En sentencia T-544/2015, la Corte se refirió a la asistencia letrada en el proceso judicial, considerando que la misma se materializa en actos de “*contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación*”, pero además, el ejercicio defensivo, puede ser ejercido “**de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser practicado con tácticas diversas.**”¹

También desde el año 2005 en la sentencia C-591 de 2005, la Corte tuvo oportunidad de insistir en el cambio de paradigma que significaba para la defensa la ley 906 de 2004, al considerar que esta exige ahora más que nunca un papel activo del defensor.

“El nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes, según el cual, el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que,

1 C. Const., **Sent. T-544**, agosto 21/15. M.P. Mauricio González Cuervo.



sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado.” (negrillas y subrayas nuestras)²

Postura que es ratificada en sentencia C-1194 del 22 de noviembre de 2005.

“De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, **la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia.**” (negrillas y subrayas nuestras) ³

Incluso, la misma Corte Constitucional en acción de tutela recordó la importancia de la defensa técnica de quien se encuentra ausente, y responsabilizó a los profesionales hasta por la culpa levísima en su gestión;

“Por 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.⁴ **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 levísima, 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 derechos. “(negrillas y subrayas nuestras) ⁵

En sentencia señera, pero que anticipaba lo ya dicho en el anterior derrotero jurisprudencial, el máximo tribunal constitucional, adoptó unos criterios respecto a la defensa técnica, que de concurrir, a su

2 C. Const., Sent. C-591, jun. 9/2005. M.P. Clara Ines Vargas Hernández.

3 Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 22 de noviembre de 2005.

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

5 C. Const., **Sent. T-957**, nov. 17/2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

juicio se presentaría una vulneración a los derechos fundamentales del ciudadano por este aspecto:

“(1) **que efectivamente existieron fallas en la defensa** que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada;

(2) que **las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado**;

(3) que **la falta de defensa** material o **técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial** de manera tal que pueda afirmarse que esta incurre en uno de los cuatro defectos anotados - sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental-;

(4) que, como consecuencia de todo lo anterior, **aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado**. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso”. (negritas y subrayas nuestras) ⁶

- **Conceptualización del derecho a la defensa técnica por la Corte Suprema de Justicia – Sala de casación penal, de cara al caso concreto.**

La Corte Suprema de Justicia tiene una decantada y abundante jurisprudencia en torno a las deficiencias predicables de la defensa técnica, y por ello, resulta oportuno recordar algunos criterios y reseñas fácticas, que permiten iluminar el camino en el *sublite*.

Hasta ahora, no hay discusión en torno al hecho de que toda persona que sea vinculada a un proceso de naturaleza penal debe gozar de la asistencia letrada, sea por designación propia o porque el Estado la provea.

Ese derecho a la defensa técnica, la propia Sala de casación penal, la ha caracterizado bajo tres aristas; que sea **intangible**, lo cual significa su condición de irrenunciable, de modo que si el mismo ciudadano no designa su apoderado, el Estado debe hacerlo por él; que sea **material o real**, porque no puede entenderse garantizada por la sola

⁶ C. Const., Sent. T-654, nov. 11/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

existencia nominal de un defensor, sino que es indispensable la presencia de actos positivos de gestión defensiva y la tercer arista; mira con la permanencia, a saber, que el ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal (todas las etapas) sin ninguna clase de limitación⁷

Siguiendo el mismo derrotero fijado por la Corte Constitucional en las sentencias C-591 de 2005 y C-1194 de 2005 y reconocidos tratadistas nacionales y foráneos, la Sala Penal se decantó por darle una especial relevancia al papel del defensor bajo el sistema Penal Acusatorio. En sentencia del 11 de julio de 2007, con ponencia del Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, se hizo una amplia exposición en torno al papel del defensor bajo el sistema penal acusatorio colombiano:

Atendiendo las referidas precisiones, es evidente que frente al procedimiento reglado en la Ley 906 de 2004, lo dicho por la jurisprudencia en materia de defensa técnica, en cuanto a que la táctica o estrategia concebida por el abogado “...según su fuero interno, capacitación, estilo y actitud ética...”⁸, bien puede consistir en **asumir una actitud simplemente pasiva, silenciosa, expectante, debe ser revisado y matizado frente al nuevo ordenamiento procedimental.**

Una consideración como la aludida, no cabe duda, era admisible en el modelo de enjuiciamiento anterior, de corte mixto, en el que el acusador tenía la obligación constitucional y legal de “investigación integral” e imparcial, es decir, de escudriñar con igual celo lo desfavorable como favorable al procesado; en el que el juez gozaba en forma plena de la facultad o iniciativa probatoria con la misma finalidad, y en el que, por lo mismo, el procesado “...podía permanecer inactivo en el proceso, al tanto de lo que sobre su responsabilidad penal decidieran el fiscal y el juez de la causa”⁹.

Pero, **en un sistema con tendencia acusatoria, adversarial, en el que la verdad acerca de los hechos no es monopolio del Estado**, sino que debe construirse entre las partes, a las que se garantiza la igualdad de armas, y quienes llegan con visiones distintas de lo sucedido a debatirlas en un juicio regido por los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración y el respeto a las garantías fundamentales, con el fin de convencer al juez, tercero imparcial, de su posición jurídica, **no es siempre acertado sostener que la defensa técnica se desarrolla en forma válida, efectiva y eficaz con una actitud de inercia, de simple complacencia o indiferencia ante la acusación de la Fiscalía.** (negrillas y subrayas nuestras)¹⁰

Y líneas más adelante, la Sala de Casación Penal resalta la importancia de que el ciudadano reciba de su abogado un servicio de calidad:

Como ya se ha dicho, **con el advenimiento del nuevo sistema procesal penal, fueron modificados no sólo los roles de la fiscalía**, el

7 CSJ, Cas. Penal, Sent. T.16081, abril. 21/2004.

8 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 21 de marzo de 2007. Radicación N° 23816.

9 Sentencia C-1194 de 2005.

10 CJS, Cas. Penal, Sent. Jul. 11/2007. Rad. 26.827. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.



Juez y el imputado, **sino también, y significativamente, los del abogado defensor**, profesional que está en el deber de sensibilizarse de la condición y necesidades **de quien requiere su asesoría y representación en el ámbito penal, con el fin de brindar un servicio de calidad y eficaz que consulte con la función social que está llamado a cumplir.**

En la nueva dinámica que implica el paradigma de enjuiciamiento oral con tendencia acusatoria “...**las funciones tradicionalmente desempeñadas por el defensor, deben revalorarse para insertar en ellas las exigencias de un sistema que tiene por fin humanizar la actuación procesal, alcanzar una justicia pronta y cumplida, activar resoluciones a los conflictos sociales mediante manifestaciones del principio de oportunidad como la abstención, suspensión o renuncia de la persecución penal** (...), innovaciones que **conllevan una mutación en el perfil del defensor** de quien se pretende un mayor protagonismo en la investigación, **el manejo de destrezas mínimas de negociación**, en definitiva un profesional muy activo...”¹¹.

(...)

El referido artículo 125 de la citada Ley están señalados los deberes y funciones especiales de la defensa, y entre ellas, el numeral 8, prevé que al defensor le asiste el derecho a “*No ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral*”, **sin embargo, tal prerrogativa, no debe entenderse de manera literal, taxativa y excluyente, pues aún cuando es verdad que el defensor, en el desempeño de su tarea, goza de autonomía científica, amplitud de investigación y libertad de expresión, también es cierto que en el modelo colombiano de enjuiciamiento penal, como lo ha advertido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud pro activa** y diligente en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su función, entre ellas las de controvertir pruebas .4 ib., interrogar, contrainterrogar testigos, peritos .5 ib, etc.”

Solución del caso concreto.

La Corte Constitucional en la sentencia T-957 del 16 de noviembre del año 2006, anteriormente citada, tuvo la oportunidad de fijar unas subreglas hermenéuticas, que nos permiten inferir si en un determinado evento puede predicarse una afectación del derecho a la defensa técnica:

- **Las fallas obedecieron a una especial estrategia defensiva?**

Lo primera que debemos indicar, es cómo desde un inicio del proceso, los hechos y circunstancias que rodearon éstos eran sumamente claros. Posteriormente, los mismos se vinieron a confirmar en cuanto a su trascendencia jurídica con la calificación que le dio la Fiscalía. Esta calificación desde las albores de la investigación gozaban de un clara correspondencia con los hechos, y por lo mismo, era previsible el resultado

11 USAID, Defensoría del Pueblo, Ediciones Jurídicas Andrés Morales. PROCESO ORAL en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Módulo de Instrucción para Defensores. 2006.

para el acusado; una pena elevadísima. De modo entonces, que no por que en el marco de los roles que fija la ley a cada interviniente, haya salido airoso la tesis de la Fiscalía es que se califique al abogado como ineficaz, sino a partir de un juicio *ex ante*¹².

Nótese cómo si el panorama probatorio se tenía claro desde el inicio de la actuación, no resultaba eficaz permitir que el proceso se continuara hasta el juicio con sentencia condenatoria.

Al fin y al cabo la misma Corte Suprema de Justicia, ha considerado que la defensa técnica se garantiza cuando “se materializa en la actuación una razonable estrategia de defensa”¹³, y la pregunta no tan sencilla por supuesto, es que se considera como razonable.

Ciertamente sin entrar en amplias disquisiciones filosóficas, cuando hablamos de lo razonable en un ámbito como lo es lo jurídico, debemos acudir a la razón práctica¹⁴, pues el conocimiento práctico es aquel que tenemos en relación con la facultad que determina nuestras acciones, de conformidad con motivos. Se busca el dominio de la realidad a través de la acción, pero es una acción con arreglo a fines y valores. Ahora, como dice *Atienza*, citando a *Perelman*, lo razonable e irrazonable está ligado a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable. Aquí se toma como un criterio de lo razonable, el consenso objetivo (aceptabilidad social)¹⁵. Para nuestro caso, ese consenso lo brinda la comunidad jurídica, porque es esta comunidad la que objetivamente puede indicar qué era lo correcto y lo incorrecto en el subjúdice; cuál era la opción práctica más acertada de cara a los fines y el ámbito circunstancial que rodeaba el caso concreto.

12 CJS, Cas. Penal, Sent. May. 03/2007. Rad. 26.467. M.P. Jorge Luis Quintero Milanes.

13 CJS, Cas. Penal, Sent. Nov. 30/2011. Rad. 37584. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

14 Kant, Emanuel. *La Metafísica de las costumbres*. Edit. Tecnos, 1989, p. 23; *Crítica del Juicio*. Edit. Espasa Calpe. Madrid, p. 327.

15 PERELMAN, Chaim, cit. por ATIENZA, Manuel. «¿Para una Razonable Definición de Razonable?». En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N. 4, 1987. p. 191.

La comunidad jurídica, conformada por la doctrina, por la jurisprudencia, han interpretado que ante la disyuntiva de la defensa, si enfrenta un juicio o busca una terminación abreviada; la decisión recae en la posibilidad de éxito de la teoría del caso que pretenda hacer valer, juicio práctico que emplea y se anticipada a través de un anticipa un record de pros y contras.

Ahora bien, examinadas bien las cosas, teniendo como referente la situación fáctica y probatoria que se perfilaba para el juicio en el caso del Sr. XXXXX, cualquier observador experto ajeno y actuando como tercero imparcial, no habría llevado al imputado a un juicio, en el que inevitablemente le esperaba una elevada condena, como efectivamente ocurrió.

Cuestión distinta es que se pensara en una especial estrategia defensiva, que tuviera el alcance de desvirtuar o por lo menos, morigerar los cargos imputados, sin embargo, como se vió en el juicio, el papel del abogado simplemente se ocupó de incorporar el salvoconducto expedido a favor de su cliente – documento ya obrante en la carpeta – y de ejercer un conainterrogatorio que no señalaba nada distinto que el cumplimiento de la labor nominal como abogado, pero que ningún objetivo claro y preciso señalaba. Y el colofón se encuentra en los alegatos de cierre, que sin lugar a dudas, discurre en torno a lo que es el dolo directo, cuando era inocultable que los hechos se imputaban a título de dolo eventual, como a la postre fue condenado su defendido. Es decir, sus alegaciones no revelaron una estrategia defensiva ya planeada y diseñada con antelación, sino una estrategia inane, carente de un propósito definido y razonable.

Resulta notorio que las fallas descritas, desde ninguna perspectiva pueden ser entendidas como una especial o particular estrategia defensiva y ello resalta notoriamente cuando se observa la actuación del defensor en el juicio: Nótese que la pasividad no era el medio para enfrentar un abultado arsenal probatorio de cargo, como el que desfiló en el debate público, porque *ab-initio*, ya el proceso en cuanto a la autoría y la responsabilidad en los hechos de XXXXX estaba con suficiencia esclarecida. Es decir, no era razonable agotar un juicio, cuando de

antemano, desde las mismas audiencias concentradas de imputación e imposición de medida de aseguramiento – XX de octubre de XXX - la prueba de la Fiscalía era prácticamente inexpugnable. Y si el abogado, no tenía clara esta situación desde aquél estadio procesal, cualquier duda se disipó cuando escasos veinte (20) días después se radica el escrito de acusación con el cual se inicia un descubrimiento incontestable.

El compromiso del Sr.XXXX en los hechos era incontestable y así lo debió entender el profesional del derecho, porque entre otras cosas, cualquier abogado en la misma situación lo habría advertido, es la razonabilidad que mencionamos líneas atrás. Pero no menos grave que lo anterior, es que ante una situación procesal tan comprometedor para el justiciable, era de elemental sentido común, prever la muy probable condena. Futura sentencia que sin lugar a dudas, comportaría una pena excesivamente gravosa, en tanto los punibles enrostrados contemplaban penas elevadísimas. Bajo ese marco situacional, la estrategia defensiva que mejor consultara una sencilla razonabilidad, era buscar algún tipo de preacuerdo con la Fiscalía o una aceptación unilateral de responsabilidad, en caso de que el ente Fiscal no se aprestase a resolver el conflicto por la vía premial o anticipada.

La actuación del abogado le son imputables al accionante?.

Un segundo aspecto que resulta necesario despejar, viene dado por establecer si las acciones y omisiones del letrado, le son imputables a XXXXX. Ello porque éste fue contumaz y como contumaz se le condenó.

Pese al estado de contumacia del Sr. XXXX, lo cierto es que ello no impedía que el abogado sugiriera con su consejo experto a la familia de aquél, la probabilidad de buscar una forma de terminación anticipada del proceso, especialmente por el notable compromiso en los hechos del procesado. Sin embargo, ello nunca ocurrió.

Incidencia de la falta de defensa técnica en la sentencia de primer grado.

Desde antaño se ha perfilado que en cada caso concreto se debe evaluar si el desconocimiento de la garantía tuvo una injerencia cierta y efectiva en las decisiones cuestionadas, entre otras cosas, porque no se trata de sustentar un amparo fundado en especulaciones, conjeturas o afirmaciones carentes de demostración.

Los apoderados del Sr. XXXX asumieron la representación de éste prácticamente días después de ocurridos los hechos. Desde aquél momento el apoderado principal, quien solo asistió a la audiencia de acusación, pero quien tenía conversación constante y permanente con el tío del procesado, tuvo la oportunidad de enterarse de todos los hechos ocurridos y sus circunstancias. La forma como se presentaron los hechos no llamaba a duda de la manera en como se tipificaron éstos por la Fiscalía en la imputación.

Si existía claridad de la defensa de la gravedad de los hechos y la alta penalidad que representaban los mismos, el defensor debió evitar una sentencia de tal gravedad, lo cual habría hecho con la simple búsqueda de un preacuerdo o una aceptación unilateral de cargos, circunstancia que habría evitado la imposición de una pena de CINCUENTA (50) años, y que el sentido común imponía, es que la defensa se califica **en virtud de sus conocimientos especializados**¹⁶ y con la opción escogida por los defensores, se pone en tela de juicio dichos conocimientos.

Y aparte de que el abogado no contempló evitar una sentencia condenatoria de tal gravedad, lo cual era previsible y evitable, tampoco ejerció le mínimo que se le exige a un abogado defensor, así considere la causa perdida, que era IMPUGNAR el fallo. Esta anomalía tuvo una incidencia decisiva y perjudicial para los intereses de su defendido, porque mínimo **lo privó de la oportunidad de que el fallo fuera revisado** por la segunda instancia; no sólo en torno a si se trataba de

16 C. Const., **Sent. C-488**, sept. 26/96. M.P.

unos delitos culposos, que dogmáticamente en nada se correspondía con el devenir fáctico – lo cual revelaba el desacierto de la estrategia defensiva - , sino frente a la oportunidad de discutir la concurrencia de agravantes que desde ese momento se avizoraban como de dudosa adecuación típica.

En conclusión.

Los graves efectos del accionar del abogado, se revelan con claridad meridiana en las resultas del proceso; (i) Optó por ir a juicio, sin una clara estrategia defensiva y sin ningún recurso probatorio que tuviera como propósito oponerse a la pretensión acusatoria; (ii) desde la audiencia preparatoria el defensor no presentó pruebas, porque naturalmente carecía de ellas; (iii) el ejercicio de contradicción de la prueba en el juicio fue palmariamente deficiente y por lo mismo, ineficaz; (iv) la teoría del caso esgrimida en la etapa de alegaciones de conclusión, carecía de cualquier fundamento probatorio serio y objetivo; (v) nada hizo y mucho menos, dijo el abogado respecto a la discusión en torno a las circunstancias de agravación o la presencia de alguna circunstancia de atenuación. Todas estas circunstancias, conllevaron inevitablemente a una sentencia de condena.

Pero adicional a lo anterior, se tiene el hecho de cómo, proferida una sentencia tan notoriamente severa en contra del procesado, joven estudiante para las calendas en que ocurren los hechos, como lo fueron cincuenta años de prisión, la misma no merezca ser impugnada por el abogado defensor. Una de las garantías torales frente a un proceso de segunda instancia, es la posibilidad de impugnar la sentencia de primer grado, oportunidad que sin explicación razonable, dejó pasar la defensa. Contrariamente, la Fiscalía si apeló el fallo, pero con la única finalidad de agravar aún mas la situación del acusado.

Se ha dicho, que la aparente pasividad del abogado o la ausencia de actos positivos de gestión, no pueden considerarse *per se*, como infractoras del derecho de defensa, porque una tal postura puede obedecer a la estrategia misma¹⁷, pero aquí el afrontar un juicio público,

17 CSJ, Cas. Penal, Sent. 13/2006, Rad. 20345.

sin que del mismo se desprendieran actos positivos o negativos, encaminados a favorecer de algún modo la situación del cliente, no puede calificarse como un tema de estrategia reservada al fuero del profesional e inaccesible a la crítica¹⁸, y por lo mismo, que la falta de una asesoría jurídica pertinaz, dejó en indefensión al Sr. XXXX desde el momento en que sus defensores asumieron su representación, porque precisamente nunca articularon una estrategia defensiva coherente con la abundante prueba de cargo, situación que justifica el remedio constitucional y que no permita verse nuestra postura como una simple discrepancia de criterios. Porque el éxito de una defensa, no se mide por las absoluciones imposibles, sino por las posibilidades reales de defensa del ciudadano, que obligan a consultar otras vías distintas a discutir la inocencia. De modo, que en los términos de la Corte Suprema de Justicia, no existió defensa real o material, no porque se haya carecido formalmente de un profesional del derecho, sino porque su plan defensivo fue a todas luces equívoco.

Modo constitucional de remediar la irregularidad.

En suma, las irregularidades denunciadas, afectaron gravemente la garantía a la defensa técnica que le asistía al Sr. XXXX, y tratándose de un vicio o defecto procedimental. En estos casos, como lo ha dicho la Corte de tiempo atrás, existe una evidente tensión entre el derecho al debido proceso y la protección del interés general, la seguridad jurídica y la eficiencia de la administración de justicia (CP arts. 1,2, 209 y 228), con base en los cuales sustentan en parte sus decisiones negativas los jueces de tutela, principios que tienen también raigambre constitucional.

Atendiendo entonces a dicha tensión, la Corte siempre se pregunta si es posible armonizar principios de estirpe constitucional como la protección a la defensa técnica y la eficacia de la justicia y, en todo caso, cuál de los dos principios mencionados tiene, *prima facie*, prevalencia constitucional. A este respecto, la Corte ha indicado que la "*Corporación no duda en señalar que en caso de que no pueda establecerse una armonización concreta de los principios constitucionales en conflicto, debe darse preferencia al derecho fundamental al debido proceso, pues la eficacia de la*

18 CSJ, Cas. Penal, Sent. Feb. 07/2018, Rad. 49715. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

administración de justicia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general (CP art. 1º) sobre el particular, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5º).¹⁹.

Para nuestro caso, el modo de salvaguardar el derecho a la defensa técnica del Sr. XXXXX, es la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, para que se rehaga la actuación a partir de la radicación del escrito de acusación, momento procesal en el cual el sindicado pudiera válidamente buscar una solución preacordada con la Fiscalía o en su defecto de forma subsidiaria, a partir de la audiencia preparatoria, etapa en la cual se puede reconocer una rebaja de pena por aceptación unilateral de responsabilidad. Estadio procesal en el cual a su vez se abriría la posibilidad de ofrecer una reparación económica por parte del acusado.

3. Causales generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-590 de 2005²⁰, refundó, sistematizó y unificó la jurisprudencia relativa a los requisitos de procedencia y a las razones o motivos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Tanto los de naturaleza general como particular.

1.- En cuanto a los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, se cumplen en el caso que nos ocupa, así:

a.- Que la cuestión que se discute tenga una evidente relevancia constitucional: Toda la cuestión gira en torno a la presunta

19 C. Const. Sentencia T-669/96.

20 C. Const., Sent. C-590, Jun. 8/2005. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

vulneración del derecho al debido proceso, expresado en el derecho a la defensa técnica y el acceso a la administración de justicia del Sr. XXXX, lo cual incide directamente en la libertad. Situación fáctica originada con ocasión de la deficiente representación judicial de la que fue objeto al interior del proceso penal Nro. XXXXX y que culminó con una sentencia condenatoria en su contra de **cincuenta años** (50) años de prisión, proferida por el Juzgado XXXX Penal del Circuito de XXXX. **Fallo que extrañamente no fue impugnado por su defensor**, pero si por la misma Fiscalía y confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXXX. Así las cosas, la controversia gira en torno a derechos fundamentales y de ser remediada en sede de amparo, se generarían consecuencias en torno al efectivo acceso a la administración de justicia y la protección del derecho a una **defensa técnica real o efectiva, al igual que a la libertad del condenado.**

b.- Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable. En lo que atañe a la subsidiariedad, es decir, al agotamiento previo de los medios o remedios procesales que contempla la legislación para subsanar la situación irregular, es evidente, que el proceso se ha finiquitado con sentencia en firme y no se advierte, siquiera de manera remota, la configuración de causales que permitiera promover la acción de revisión en un futuro mediato. De modo, que el requisito de la subsidiariedad se allana, porque la acción de tutela es el único medio de protección que le concede la Carta al accionante con el fin de obtener una protección plena de sus derechos.

c.- Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración: Teniendo en cuenta que la aprehensión del Sr. XXXX **se produjo el pasado XX de septiembre de XXX, momento en que tiene conocimiento de la existencia de tan drástica sentencia en su contra y en el cual se materializa la afectación al derecho a la libertad de abandono,** creemos fundadamente que es oportuna la promoción de la acción de amparo

constitucional. No sobra puntualizar, cómo la afectación de los derechos fundamentales, viene dada no propiamente por el proferimiento de las sentencias de condena, sino por la actitud pasiva y desacertada de la defensa técnica a lo largo del proceso, que condujo a tan calamitosa sentencia para el proyecto existencial del actor. Actitud negligente y equivocada de la defensa, que solo vino a ser conocida por el Sr. XXXX cuando privado de la libertad conoce los pormenores de la actuación de su defensor y las opciones procesales de que era titular, *inter alia*; la posibilidad de manifestaciones de culpabilidad preacordada, reparación de los perjuicios causados a las víctimas; comparecencia al proceso, etc.

d.- Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial. Esta exigencia se cumple en los capítulos segundo y tercero de la presente acción de tutela.

e.- La violación a los derechos fundamentales, surge de la plurales irregularidades procesales, entre otras; (i) la falta de información oportuna y certera de parte de la defensa hacia su representado (ii) desacierto de la defensa técnica en la orientación de su estrategia; (iii) el precario ejercicio de contradicción probatoria en la dialéctica propia del juicio; (iv) la no impugnación ordinaria y extraordinaria del fallo de primer grado, entre otras circunstancias. En este evento, las irregularidades denunciadas tuvieron un efecto decisivo en el fallo de primera instancia, porque de no presentarse, era muy probable que la sentencia habría sido sustancialmente distinta respecto al *quantum* punitivo. Ésta circunstancia *per se*, tiene una grave incidencia en el derecho a la libertad personal del accionante.

f.- Que no se trate de sentencias de tutela: el caso en cuestión ventila una cuestión que atañe al desempeño del abogado defensor a lo largo del proceso penal, no discute en torno a un fallo de tutela.

Capítulo cuarto.

Petición en sede constitucional.

Con fundamento en los hechos expuestos, solicitamos

Primera: Amparar los derechos fundamentales al derecho de defensa y al acceso a la administración de justicia impetrados a través de esta acción de tutela.

Segunda : Dejar sin efecto lo actuado en el proceso con radicación Nro. XXXX a partir de la celebración de la audiencia de acusación llevada a cabo el día XX de noviembre de XXX, inclusive, o en su defecto, a partir de la audiencia preparatoria. Lo anterior con el fin de posibilitar una terminación anticipada del proceso y garantizar el ejercicio de una defensa real y efectiva.

Capítulo quinto.

Sobre la competencia

En el presente caso la autoridad competente para conocer de la acción de tutela lo es el superior jerárquico funcional de la autoridad judicial accionada, esto es, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de casación Penal.

Capítulo sexto

Pruebas que se hacen valer.

1. Acta de audiencias del XX de noviembre de XXX. Juzgado XX°. Penal Municipal. Se ordena captura en contra del Sr. XXXXXX. Proceso XXXXXXXXXX.

2. Orden de captura del XX de noviembre de XXXX, expedida por el Juzgado XX. Penal con función de control de garantías.



3. Poder conferido por el Sr. XXX el XXX de noviembre de XXX y recibido por la Fiscalía el XX de diciembre de XXX.

4. Actas de audiencias de control previo y posterior a búsqueda selectiva de datos y/o interceptación telefónica o similares y resultados.

4.1. Acta del 26 de abril de XXX.

4.2. Acta del 04 de mayo de XXX.

4.3. Acta del 28 de mayo de XXX.

4.4. Acta del 14 de julio de XXX.

4.5. Acta del 03 de noviembre de XXX.

4.6. Acta del 31 de diciembre de XXX.

4.7. Acta del 31 de enero de XXX.

4.8. Acta del 08 de febrero de XXX.

4.9. Acta del 21 de febrero de XXX.

4.10. Acta del 01 de marzo de XXX.

4.11. Acta del 31 de marzo de XXX.

4.12. Acta del 02 de mayo de XXX.

4.13. Acta del 31 de mayo de XXX.

4.14. Acta del 22 de junio de XXX.

5. Acta del XX de agosto de XXXX del Juzgado XX°. Penal Municipal. Se accede a solicitud de declaratoria de persona ausente.

6. Edicto emplazatorio al Sr. XXXXX del XX de agosto de XXXX.

7. Acta de audiencias del 04 de octubre de XXX del Juzgado X°. Penal Municipal. Se declara persona ausente al Sr. XXXX, se formula imputación y se impone medida de aseguramiento de detención preventiva.

8. Escrito de acusación radicado el XX de octubre de XXXX.

9. Remisión del XX de noviembre de XXX del escrito de acusación para su reparto.

10. Acta de audiencia de acusación del XX de noviembre de XXXX celebrada ante el Juzgado XXXX Penal del Circuito de XXXX.

11. Acta de audiencia preparatoria del XX de enero de XXX.

12. Acta de audiencia preparatoria del XX de febrero de XXXX.

13. Actas de audiencia de juicio oral en el proceso Nro. XXXXXXXX.

13.1. Acta del 13 de marzo de XXX

13.2. Acta del 14 de marzo de XXX



13.3. Acta del 16 de marzo de XXX.

13.4. Acta del 30 de abril de XXX.

13.5. Acta del 10 de mayo de XXX.

13.6. Acta del 14 de mayo de XXX.

13.7. Acta del 15 de mayo de XXX.

14°. Sentencia de primera instancia proferida el XX de junio de XXXX, con su respectiva acta.

15°. Sentencia de segunda instancia proferida el XX de septiembre de XXXX, con su respectiva acta.

16. Informe ejecutivo del XX de septiembre de XXX, con el cual se pone a disposición al Sr. XXXX.

17. Solicitud audiencia preliminar de legalización de captura del XX de septiembre de XXX.

18. Acta de audiencias del XX de septiembre de XXXX de legalización del procedimiento de captura, celebrada por el Juzgado X°. Penal Municipal.

19. Petición radicada el XX de octubre de XXX por el Sr. XXXXX ante el Centro de Servicios Judiciales, en la cual solicita copias del expediente XXXX y autoriza al efecto a una firma de abogados para reclamarlas.

20. C.D. Contentivo de las audiencias preliminares y de conocimiento.

21. Declaración extrajuicio rendida el XX de marzo de XXXX por el Sr. XXXXX.

22. Declaración extrajuicio rendida el XX de marzo de XXXX por la Sra. XXXXX.

23. Copia de pasaporte de la joven XXXX.

Capítulo octavo

Anexos

1. Copia de la tutela y sus anexos para las autoridades accionadas.

Capítulo noveno

Manifestación bajo la gravedad del juramento.

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que el suscrito no ha presentado otra tutela por los mismos hechos y contra la misma autoridad.

Capítulo décimo

Notificaciones.

Accionado:

- **Accionante y su apoderado.**

De los H. Magistrados, con el debido y acostumbrado
respeto,

Firma.

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN DE ESTE TEXTO CON FINES COMERCIALES, SOLO SE AUTORIZA PARA FINES ACADÉMICOS.
© ESTUDIO JURÍDICO PÉREZ & ASOC. MEDELLÍN. ENERO 2020.

Estudio Jurídico Pérez & Asoc.