



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, martes, catorce de febrero de dos mil diecisiete

Aprobado mediante acta número 0011 del siete de febrero de dos mil diecisiete

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la Defensa y la Fiscalía, conoce en segunda instancia esta Corporación el auto proferido dentro de la audiencia celebrada el 24 de noviembre de 2016 por el Juez Décimo Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual decretó la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria, inclusive, al estimar violado el derecho de defensa de la procesada.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que originaron este proceso ocurrieron el 11 de abril de 2016 a eso de las 19:20 horas aproximadamente, en la carrera 53 con calle 53 del barrio Estación Villa de Medellín, cuando patrulleros de la Policía Nacional que prestaban vigilancia practicaron inspección corporal a la señora JHOANA ANGÉLICA BERMÚDEZ, hallándole una bolsa plástica contentiva de: (i) 75 empaques transparentes con una sustancia en polvo de color beige con olor y características similares a la base de coca, (ii) 30 cigarrillos en papel aluminio y en su interior sustancia vegetal con propiedades equivalentes a la marihuana y, (iii) 30 pastillas y 7 tabletas de 10 unidades cada una marcadas con nombre "clonazepan", por lo que fue privada de la libertad y puesta a disposición de la Fiscalía General de la Nación, donde se conceptuó que dicha sustancia era positiva para cocaína y sus derivados con un peso neto de 108.6 gramos, positivo para marihuana y sus derivados con un peso neto de 27 gramos y positivo para anfetaminas con peso neto de 26 gramos.

El 12 de abril de 2016 la señora JHOANA ANGELICA BERMÚDEZ fue presentada ante la Juez Quince Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, funcionaria que verificó la legalidad de la captura en flagrancia de la mencionada ciudadana y se abstuvo de aplicarle medida de aseguramiento pese a la solicitud que en ese sentido elevó la representante del ente acusador. En el mismo acto la Fiscal 90 Seccional le formuló imputación por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES en la modalidad de llevar consigo, cargo que no fue aceptado por la imputada.

Recurrida en apelación la decisión de no imponer medida de aseguramiento preventivo, la Juez Quince Penal del Circuito de esta ciudad, el 19 de mayo último, confirmó la providencia proferida por la primera instancia.

El 27 de abril siguiente la Fiscal 94 Seccional radicó escrito de acusación y la formulación oral se realizó el 09 de junio pasado ante el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 25 de agosto de 2016, oportunidad en la cual las partes celebraron las siguientes estipulaciones probatorias: (i) la plena identidad de la acusada, (ii) las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la captura de la acusada, y (iii) la naturaleza y mismidad de la sustancia incautada. El 10 de noviembre pasado se desarrolló el juicio oral en el que se introdujeron los elementos en los cuales se soportan las estipulaciones, se hicieron los alegatos conclusivos, se dictó sentido del fallo condenatorio y se corrió el traslado del que trata el artículo 447 del código de procedimiento penal.

Como a partir de la audiencia de formulación de imputación la implicada no compareció al proceso, la audiencia de lectura de fallo fue programada para el 24 de noviembre de 2016 con la finalidad de intentar ubicar a la acusada por última vez, diligencia en la cual el titular del Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín decretó la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria, inclusive, decisión que motivó la inconformidad de la defensa y de la representante de la Fiscalía, quienes acudieron en apelación y en virtud de la cual conoce en segunda instancia esta Colegiatura.

2. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA Y LOS MOTIVOS DEL DISENSO

Argumentó el a quo que con las estipulaciones presentadas por las partes, mediante las cuales dan por ciertos todos los hechos relevantes para el proceso, y por no haberse presentado en el juicio consecuentemente ningún debate probatorio impulsado por la defensora, se genera una violación a las garantías procesales fundamentales de defensa y contradicción de la procesada, pese a su renuencia para asistir al proceso y prestar su colaboración para la defensa material.

Específicamente, sostuvo que las estipulaciones no pueden abordar directa ni indirectamente la responsabilidad penal del acusado y que cuando la parte defensiva no puede aportar pruebas dada la contumacia o ausencia de su defendido, debe, en virtud de su deber constitucional y legal de defensa, auscultar de los elementos de prueba de cargos y del escenario fáctico de la aprehensión o realización de la conducta punible, todos aquellos componentes que puedan ser benéficos al procesado y aunarlos a los aspectos socio-personales que se conozcan de éste, para de esta manera tratar de obtener alguna posibilidad de exoneración o, por lo menos, de disminución punitiva, señalando además que no se pide que se aborden o aleguen aspectos contrarios a lo probado, ni que se eleven pretensiones alejadas de la realidad procesal demostrada que resulten desleales, sino que acordes, así sea en grado mínimo con aquella realidad procesal, enseñen un mínimo intelectual y acucioso del togado en pro de su defendido.

Continua exponiendo que cuando no hay presencia del implicado en el trámite penal y la defensa no cuenta con pruebas de descargos, no es conveniente la estipulación de temas tales como la incautación del elemento materia del delito o de la captura como tal, ya que al hacerlo, dada la no aportación de elementos de prueba contrarios de dicha aprehensión o tenencia en este tipo de delitos, termina por convertirse en una aceptación tácita de la responsabilidad penal del procesado por la carencia de pruebas tendientes a desvirtuar la culpabilidad, privándose con ello además de la posibilidad de desvirtuar o restar credibilidad a los testigos de cargos a través del conainterrogatorio de los policiales captadores.

Advierte que en este caso en concreto se estipularon la captura de la procesada y la mismidad y cantidad de la sustancia ilícita incautada, pero no se estipuló ninguna circunstancia penal atenuante de punibilidad ni se aportó prueba alguna de exoneración o atenuación de la responsabilidad penal, así como tampoco hubo ninguna oposición o controversia en los alegatos de conclusión por parte de la defensa, por lo que al quedar probada la tipicidad y la antijuridicidad, fruto de las estipulaciones, y al no haberse presentado ninguna prueba que exonere de responsabilidad, la consecuencia es que la conducta delictiva no tuvo ninguna defensa.

Anota que lo anterior evidencia que no se materializó el derecho de defensa, no solo porque no se aportaron pruebas de descargos, por culpa de la misma contumacia de la procesada, sino especialmente porque no hubo ninguna contraposición a la pretensión acusatoria, generándose así el

relevo a la Fiscalía de tener que demostrar en juicio la conducta punible enrostrada a la procesada, lo que origina una irregularidad sustancial o trascendente y, por estar el proceso ad portas del proferimiento de la sentencia, no hay otra solución más idónea ni jurídica para subsanarla que la nulidad. Y para soportar su decisión el a quo citó los artículos 125, numerales 4 y 5, y 457 del código de procedimiento penal, así como las sentencias SP10902 del 19 de agosto de 2015, radicado 45735, SP3052 del 18 de marzo de 2015, radicado 42337 y el fallo de tutela del Tribunal Superior de Medellín de fecha 12 de agosto de 2014, radicado 2014 00753.

Adicionalmente, sostuvo que de quedar en firme su decisión, no podría continuar conociendo del presente proceso por cuanto se encontraría inmerso dentro de la causal 4º del artículo 56 del código de procedimiento penal, ello por cuanto ya emitió sentido de fallo de carácter condenatorio al valorar, así sea sumariamente, los elementos aportados como soporte de las estipulaciones probatorias.

La Representante de la Fiscalía advirtió que entre la Fiscalía y la defensa no se ha estipulado ninguna responsabilidad penal, pues lo único estipulado fueron hechos, por lo que no entiende qué refutación tendría que hacer la señora defensora para restar credibilidad a los testigos de cargos, pues sobre los de acreditación no hay ninguna oposición por parte del señor Juez, esto es, lo establecido por los peritos químicos y la plena identidad de la señora JHOANA ANGELICA BERMUNEZ, razón por la cual se estaría fundamentando la nulidad solo en que no se llevaron al proceso a los testigos del hecho, resaltando que el informe de policía judicial es un documento público que se da bajo

la gravedad de juramento, sin que exista ni siquiera un asomo de que los policiales hubiesen obrado contrario a derecho o de alguna manera que pudieran vulnerar los derechos constitucionales de la procesada.

Refiere que la abogada no podía desvirtuar la teoría del caso acusatoria porque estaba huérfana de defensa material, lo que la dejaba en imposibilidad de entrar a debatir los hechos que quedaron registrados en el informe de captura en flagrancia, además de que no es cierto que se haya privado de ejercer la defensa técnica, pues fue muy clara y precisa en indicar que durante las audiencias preliminares la señora JHOANA ANGÉLICA no estuvo interesada en ejercer ningún tipo de defensa. Señala que desde la audiencia de imputación se le indicaron todas las garantías constitucionales a la implicada y que desde esa oportunidad ella pudo haber controvertido los hechos planteados por el ente acusador.

Afirma que en este caso no se presentó una ausencia de defensa técnica sino que hubo una falta de exculpación material que obedeció única y exclusivamente a la voluntad de la señora JHOANA ANGÉLICA BERMÚDEZ, y que en el juicio no se podía pretender desvirtuar unos hechos que no tienen ningún vicio de ilicitud o de ilegalidad, ya que la defensa lo único que hizo fue reconocer lo que estaba debidamente probado, razones todas por las que considera que no ha sido vulnerado ningún derecho fundamental de la procesada.

La defensora, también como recurrente, relató que el 12 de abril de 2016, fecha en la cual se entrevistó con la

señora JHOANA ANGÉLICA BERMÚDEZ, al realizar la suscripción de los documentos que se hacen necesarios para la prestación del servicio, la procesada no suministró ni aportó ningún teléfono fijo ni celular, pues solo manifestó que residía en el "hotel de oro", por lo que se le informó sobre los derechos y obligaciones que tenía como usuaria con el servicio de defensoría pública, entre ellas, allegar los documentos o copias necesarias para adelantar la defensa de sus derechos y actualizar permanentemente la información relacionada con su domicilio y teléfono en caso de cambio de dirección.

Aclaró que desde las audiencias preliminares la implicada sostuvo que no existió ninguna vulneración de sus derechos fundamentales, razón por la cual no se opuso a su aprehensión, que no hizo manifestación alguna frente a los hechos y delito imputado y que no aceptó los cargos. Señala que por la cantidad de sustancia estupefaciente incautada y dado que dentro del arraigo se determinó que la imputada no es consumidora de alucinógenos, la delegada de la Fiscalía solicitó medida de aseguramiento intramural, pero que sin embargo la petición fue negada por la Juez 15 Penal Municipal con funciones de control de garantías, situación ante la cual se le puso de presente a la señora BERMÚDEZ que quedaba en libertad pero que continuaba vinculada al proceso, por lo que le brindó los respectivos datos de contacto.

Afirma que si bien es cierto la Defensoría Pública debe ejercer una defensa técnica con los elementos materiales probatorios allegados por los usuarios, destaca que es responsabilidad de las personas vinculadas al proceso ejercer una

exculpación material, pero que en razón de que no se le había aportado ninguna pieza probatoria, para la audiencia preparatoria adelantó las respectivas indagaciones con sus investigadores respecto al único dato de contacto suministrado por la señora JHOANA ANGÉLICA, esto es, su domicilio en el hotel de oro, obteniendo como resultado que dicho hospedaje no se encuentra registrado en la ciudad de Medellín, por consiguiente la defensa técnica se quedó sin soporte probatorio de descargo y en consecuencia no tenía otra alternativa jurídica que estipular la hechos suficientemente demostrados, recalcando que en ningún momento se pactó la responsabilidad penal de la procesada.

Reitera que la falta de elementos materiales probatorios para discutir en juicio obedece única y exclusivamente a que la señora BERMÚDEZ no ejerció su defensa material, por lo que no entiende cómo se podría adelantar un juicio si no hay pruebas que debatir toda vez que la procesada en ningún momento demostró tener interés en acercarse a la defensa técnica, indicando que ante este evento no está obligada a lo imposible. Adicionalmente, informa que en las ocasiones que tuvo contacto con la implicada, ésta en ningún momento manifestó que los hechos no hubiesen sido como efectivamente fueron narrados en las audiencias preliminares, por lo que solicita se revisen sus actuaciones desde las diligencias concentradas para constatar que sí ha existido una defensa técnica acorde con lo que la imputada suministró.

De conformidad con lo anterior depreca la revocatoria de la providencia proferida por el a quo y en su lugar se profiera el fallo correspondiente.

3. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente este Tribunal para examinar, por vía de apelación, la providencia proferida por el Juez Décimo Penal del Circuito de Medellín mediante la cual decretó la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, inclusive.

Es así como en este evento se procederá a estudiar la intervención realizada por la defensora pública dentro del presente proceso con el fin de determinar si con su comportamiento se produjo una irregularidad sustancial insalvable respecto al derecho de defensa de la procesada que amerite mantener la invalidez de la actuación proferida por el a quo.

Sobre el tema objeto de controversia, la Corte Suprema de Justicia ha dicho en reiteradas ocasiones que:

"El derecho de defensa como se sabe, se descompone en un doble cariz: de una parte, el derecho a contar de manera real, efectiva, permanente e ininterrumpida con la asistencia de un abogado, de confianza o provisto por el Estado; y de otra, la facultad de intervenir directamente en resguardo de los propios intereses, actividad esta última que se manifiesta, entre otras formas, mediante el derecho a ser oído

10.1. En tratándose de la asistencia jurídica cualificada o técnica durante la investigación y juzgamiento, escogida por el procesado o provista por el Estado, es por sí misma una garantía de rango superior autónoma e independiente, cuya eficacia no queda al libre ejercicio de quien oficiosamente es postulado por el funcionario o del defensor público o contractual, ni se reduce a su designación sucesánea cuando el procesado

no cuenta con un abogado de confianza, sino que se prolonga con la vigilancia de la gestión, a fin de que la oposición a la pretensión punitiva del Estado se amolde a los parámetros de diligencia debida, en pro de los intereses del inculcado¹.

Tiene dicho la Corte² que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características sustanciales, a saber, intangible, real, y permanente, sin las cuales no puede aseverarse el respeto de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Fundamental.

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 o a través de la Defensoría del Pueblo.

El carácter real implica que no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos y perceptibles de gestión defensiva que la vivifiquen, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia³.

Y, finalmente, la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de excepciones ni limitaciones.

*La no satisfacción de cualquiera de esos atributos, por ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido, e impone la declaratoria de nulidad.*⁴ (Subrayas fuera del texto original).

Y respecto al específico rol que debe desempeñar el defensor dentro del sistema penal acusatorio se aclaró:

¹ Cfr. SP 11 jul. 2007, rad. N° 26827, y SP 6 sep. 2007, rad. N° 16958.

² Cfr. SP 19 oct. 2006, rad. N° 22432.

³ Cfr. SP490-2016, 27 Ene. 2016, rad. N° 45790.

⁴ Corte Suprema de Justicia, SP15868-2016, radicación N° 44943 del 02 de noviembre de 2016.

"En el mismo sentido, nuestro tribunal constitucional determinó los contornos que adquirió la asistencia cualificada en materia penal a partir de las características del procedimiento acusatorio acogido en el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004. Así lo explicó en la sentencia C-127 de 2011:

En relación con el derecho a la defensa técnica, conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de "igualdad de armas", la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es particularmente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales. Para la Corte, el principio de igualdad de armas "constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección".

Por último, esta Corte de Casación desde años atrás ya había aclarado lo concerniente al rol del defensor técnico en el vigente sistema procesal de marcada tendencia acusatoria y sus diferencias con el que antes regía, así:

(...), es evidente que frente al procedimiento reglado en la Ley 906 de 2004, lo dicho por la jurisprudencia en materia de defensa técnica, en cuanto a que la táctica o estrategia concebida por el abogado "...según su fuero interno, capacitación, estilo y actitud ética...", bien puede consistir en asumir una actitud simplemente pasiva, silenciosa, expectante, debe ser revisado y matizado frente al nuevo ordenamiento procedimental. Una consideración como la aludida, no cabe duda, era admisible en el modelo de enjuiciamiento anterior, de corte mixto, en el que el acusador tenía la obligación constitucional y legal de "investigación integral" e imparcial, es decir, de escudriñar con igual celo lo desfavorable como favorable al procesado; en el que el juez gozaba en forma plena de la facultad o

iniciativa probatoria con la misma finalidad, y en el que, por lo mismo, el procesado "...podía permanecer inactivo en el proceso, al tanto de lo que sobre su responsabilidad penal decidieran el fiscal y el juez de la causa".

Pero, en un sistema con tendencia acusatoria, adversarial, en el que la verdad acerca de los hechos no es monopolio del Estado, sino que debe construirse entre las partes, a las que se garantiza la igualdad de armas, y quienes llegan con visiones distintas de lo sucedido a debatirlas en un juicio regido por los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración y el respeto a las garantías fundamentales, con el fin de convencer al juez, tercero imparcial, de su posición jurídica, no es siempre acertado sostener que la defensa técnica se desarrolla en forma válida, efectiva y eficaz con una actitud de inercia, de simple complacencia o indiferencia ante la acusación de la Fiscalía.⁵⁶

En este evento tenemos que el motivo por el cual el actual Juez Décimo Penal del Circuito de Medellín estima vulnerado el derecho de defensa de la procesada es, en su criterio, la falta de actividad efectiva por parte de la profesional del derecho al haber estipulado con la Fiscalía los hechos relevantes de la actuación sin presentar ninguna prueba que pudiera exonerar de responsabilidad a su prohijada, o por lo menos beneficiarla, pese a la renuencia de ésta de asistir al proceso y prestar colaboración para su defensa material.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia citada en acápites anteriores, el derecho de defensa y contradicción en el sistema penal acusatorio cobra especial relevancia por cuanto la ley, en aras de proteger el principio de igualdad de armas, facultó a la defensa para que en asocio con la Fiscalía construyan y aporten las pruebas que se

⁵ Fallo del 11 de julio de 2007, rad. 26827.

⁶ Corte Suprema de Justicia, SP490-2016, radicación N° 45790 del 27 de enero de 2016.

debatirán en el juicio oral y público, las cuales estarán dirigidas a demostrar la teoría del caso asumida por cada parte procesal. Sin embargo, se debe resaltar también que cada defensor tiene libertad para desarrollar su táctica defensiva, no pudiendo confundirse la ausencia de defensa técnica con una postura que advierta vigilancia del proceso y que esté presta a intervenir de la manera que lo considere necesario dentro de las diferentes etapas procesales de la actuación.

Pues bien, luego de hacer un estudio del proceso tenemos que en las audiencias preliminares la señora JHOANA ANGÉLICA BERMÚDEZ estuvo acompañada y asesorada por su defensora pública, funcionaria que ha representado sus intereses durante todas las etapas procesales evacuadas en este proceso, labor que ha cumplido pese a que la implicada le brindó datos de ubicación inexactos y desde que recobró su libertad no ha tenido ningún acercamiento con su defensora.

Ahora, frente a las actuaciones específicas consideradas por el a quo como vulneradoras del derecho de defensa, se tiene que en la audiencia preparatoria, cuando se le concedió la palabra para que descubriera las pruebas que haría valer en el juicio, la profesional del derecho indicó: *"...frente a la imposibilidad de ubicar a la señora JHOANA ANGÉLICA BERMÚDEZ, ya que si bien es cierto en la entrevista previa con esta defensa no aportó ningún registro de ubicación, lo único que manifestó es que vivía o se ubica en el hotel de oro, sin embargo esta defensa fue a realizar las labores de campo para su ubicación y ese hotel no existe por lo que ha sido imposible la ubicación de la señora JHOANA ANGÉLICA BERMÚDEZ y así mismo realizar actos de*

investigación con el fin de allegar algún elemento material probatorio en esta audiencia su señoría, por lo que esta defensa no tiene ningún elemento para descubrir. Muchas gracias”⁷.

Posteriormente, al inicio de la audiencia de juicio oral, el Juez Décimo Penal del Circuito advirtió que “*la procesada se encuentra en libertad por esta actuación, la misma no entregó número de teléfono donde ubicarla, simplemente dejó el nombre de un hotel, hotel dorado, y con base en ello se le dio la libertad, es decir, esos fueron los datos que aportó y que obran en la boleta de libertad*”. Y en esa misma oportunidad, tanto la Delegada de la Fiscalía como la defensora le informaron al Despacho sobre su falta de comunicación o contacto con la procesada, resaltando la abogada que “*desde las audiencias preliminares la señora JHOANA ANGÉLICA BERMÚDEZ ha manifestado que su residencia es el hotel oro, sin aportar teléfono. Efectivamente esta defensa emite una misión de trabajo con el fin de verificar la residencia de la señora JHOANA ANGÉLICA BERMÚDEZ y poder que compareciera a estas audiencias, misión de trabajo la cual fue negativa por cuanto el hotel oro en la ciudad de Medellín no existe, por lo que no tenemos ni dirección exacta ni un teléfono que desde las audiencias preliminares no aportó a la defensa, por lo que le ha quedado la imposibilidad de hacerla comparecer o tener algún contacto con ella. Muchas gracias*”.

Y al momento de pronunciarse sobre las estipulaciones celebradas con la Fiscalía, la defensora sostuvo que “*...uno de los derechos y obligaciones que tienen los usuarios que*

⁷ Audiencia preparatoria celebrada el 25 de agosto de 2016. Minuto 2:24 a 3:09 del registro de audio 05001600020620161885300_050013109010_6.wma

asistimos por parte de la defensoría pública, es tener contacto permanente con el fin de ejercer esa defensa técnica y material con el fin de garantizarle un debido proceso frente a la comparecencia de estas audiencias y frente a que las mismas personas acusadas puedan allegarle a la defensa estos elementos materiales probatorios para desvirtuar su inocencia (sic). Si bien es cierto la señora JHOANA ANGÉLICA BERMÚDEZ desde las audiencias preliminares restó importancia frente a estos hechos ya que a la misma defensa no le suministró esa información, por el cual podía ubicar (sic) a pesar que la defensa si bien es cierto el día que quedó en libertad se le informó que el proceso continuaría, que el juicio continuaría con ausencia de ella y en vista de esta situación esta defensa no pudo allegar elementos materiales probatorios a su estrado con el fin de corroborar o desvirtuar las afirmaciones de la teoría del caso por parte de la Fiscalía, por lo que esta defensa si bien es cierto por lealtad frente a usted y a la administración de justicia sería algo absurdo solicitar algo contrario a lo que ha solicitado la señora delegada de la Fiscalía... Su señoría, esta defensa no resta más que manifestarle ya frente a la decisión que usted bien lo tenga, ya que no fue posible por parte de esta defensa por ausencia de la señora JHOANA ANGÉLICA BERMÚDEZ allegar a su estrado elementos materiales probatorios".⁸

En los alegatos de conclusión expuso: "esta defensa le solicita con todo respeto a su estrado, se tenga en cuenta la solicitud de la señora delegada de la Fiscalía referente al quantum punitivo al no poseer, no tener antecedentes la señora

⁸ Audiencia de juicio oral celebrada el 10 de noviembre de 2016. Minuto 31:01 a 33:15 del registro de audio 05001600020620161885300_050013109010_2.wma

*JHOANA ANGÉLICA BERMÚDEZ en el momento de su captura y la solicitud de subrogados a consideración de su despacho*⁹, solicitud que no es otra que para la tasación de la pena el Juez se ubique en el cuarto mínimo al no haberse imputado ninguna circunstancia de mayor punibilidad, además de que la implicada carece de antecedente penales, y que dentro de ese cuarto se imponga la ínfima pena establecida en la ley.

Ahora, en lo referente con las estipulaciones probatorias celebradas entre las partes, tenemos que los tres (3) hechos concertados fueron los siguientes: (i) la plena identidad de la procesada; (ii) las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la captura; y (iii) la naturaleza, cantidad y mismidad de las sustancias incautadas.

Pues bien, vale la pena recordar que en virtud del inciso 4º del artículo 10 y del párrafo del numeral 4º del artículo 356, ambos de la Ley 906 de 2004, las partes están facultadas para celebrar estipulaciones sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, a condición de que ello no implique renuncia de los derechos constitucionales. Y en este punto resulta trascendente reiterar que el defensor goza de libertad para desarrollar su gestión defensiva.

Pero más allá de eso, de conformidad con la norma se percibe que las estipulaciones celebradas en este evento no transgreden garantías fundamentales de la procesada, pues nótese que: (i) la plena identidad de la señora JHOANA ANGÉLICA

⁹ Audiencia de juicio oral celebrada el 10 de noviembre de 2016. Minuto 45:12 a 45:37 del registro de audio 05001600020620161885300_050013109010_2.wma

BERMÚDEZ está acreditada con el informe dactiloscópico realizado a las huella que le fueron tomadas a la procesada en el momento de su captura; (ii) las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la captura están basados en el informe de la policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia, acta de derechos del capturado y acta de incautación de elementos (últimos dos documentos que se encuentran debidamente firmados por la señora BERMÚDEZ); y (iii) la naturaleza, cantidad y mismidad de las sustancias incautadas se fundamentan en la prueba preliminar homologada PIPH y en el informe de laboratorio sobre la identificación de sustancias controladas¹⁰, documentos todos signados bajo la gravedad de juramento por funcionarios judiciales y que relatan unos hechos que no fueron controvertidos o negados por la procesada durante el tiempo que estuvo presente en el proceso y la entrevista rendida en la defensoría pública, según información suministrada por la misma abogada.

Como viene de verse, los hechos estipulados están soportados en documentos que no resultan controvertibles sin el aporte que haga la implicada, aunque sea verbal, de que lo allí registrado es efectivamente diferente a lo acontecido el día de la captura, pero, se reitera, ello no fue manifestado por la acusada en la entrevista preliminar rendida ante la defensora, y en virtud de la no comparecencia de la implicada, pese a las labores investigativas desplegadas por la abogada, y por el mismo Despacho de conocimiento¹¹, para su ubicación, en este evento la togada se quedó huérfana de defensa material que pudiera permitirle intentar acreditar o demostrar una realidad diferente a

¹⁰ Folios 31 a 46.

¹¹ Folios 19, 55 a 69, y 71.

la presentada por la delegada de la Fiscalía y que fue basada en elementos materiales probatorios que le otorgaron completa credibilidad a dicha tesis.

Y es que así lo consideró también el Juez Décimo Penal del Circuito de Medellín en el momento en que emitió el sentido del fallo condenatorio, pues en aquella oportunidad fue muy claro al afirmar que *"el hecho de que se hayan estipulado todas no podría, en este evento concreto, podría ser que en otras eventualidades o en otros procesos no fuera ello factible dado pues que se afectaría el derecho de defensa material y la idoneidad de la defensa, en este evento, dado pues las circunstancias fácticas de la captura y sobre todo los elementos de convicción de cada una de las estipulaciones, encuentra este funcionario judicial que las mismas allegan esa credibilidad y por lo tanto su estipulación en forma alguna podría entenderse como una afectación del derecho de defensa, repito, por cuanto esas estipulaciones están soportadas con elementos de convicción que han sido debidamente descubiertos en la etapa pertinente del proceso e incorporados en la etapa igualmente pertinente del juicio"*¹².

De lo expuesto en precedencia concluye esta Corporación que no se puede afirmar que la defensora pública haya abandonado o faltado con el ejercicio de la defensa técnica, pues dentro de los cánones legales y constitucionales a los que se encuentra sometida en razón de su función no está obligada a presentar solicitudes o impugnaciones que por infundadas, claramente advierta que no van a tener prosperidad¹³.

¹² Audiencia de juicio oral celebrada el 10 de noviembre de 2016. Minuto 40:48 a 41:52 del registro de audio 05001600020620161885300_050013109010_2.wma

¹³ Corte Constitucional, sentencia T 383 de 2011.

No se puede hablar entonces de una negligencia respecto a las posibilidades defensivas con que contaba la funcionaria de la Defensoría Pública y con la cual pudiera haberse vulnerado el derecho de defensa, pues éste sólo es posible determinarlo en cada caso concreto y frente a los diversos matices que caractericen su específica dinámica, pues su propósito es buscar una decisión en pro de los intereses del implicado la que no siempre ha de entenderse como la absolución sino la que objetivamente resulte más benéfica a éste, lo que en este evento se dio, pues ante la renuncia tácita hecha por la señora JHOANA ANGÉLICA BERMÚDEZ sobre su exculpación material, la funcionaria que asumió su defensa deprecó del juzgador la pena mínima a imponer atendiendo a la única prueba que pudo hallar en favor de su prohijada, esto es, la carencia de antecedente penales.

Por lo anterior, no observa la Sala la trasgresión de garantías fundamentales alegada por el a quo para decretar la nulidad parcial de la actuación y para apartarse completamente de lo manifestado por él mismo en la culminación del juicio oral.

En conclusión, la glosa que advirtió la judicatura de primera instancia en la audiencia convocada para la lectura de fallo y que finalizó con la nulidad de la actuación a partir de la audiencia preparatoria, inclusive, no resulta de recibo en atención a que, como ya quedó demostrado, la labor defensiva ejercida en este caso resulta acorde con los elementos materiales probatorios allegados por la Fiscalía y las posibilidades demostrativas a las que tuvo acceso la abogada en razón a las características propias de la actuación surtida al interior del trámite penal.

Finalmente, esta Corporación se abstendrá de pronunciarse frente a la declaratoria de impedimento realizada por el Juez Décimo Penal del Circuito de Medellín para seguir conociendo del proceso por cuanto el a quo considera configurada la causal alegada solo en el evento en que se avalara su providencia.

Entonces, como la decisión impugnada se basa en una transgresión de garantías fundamentales que no se presenta en este evento en razón a que se observa una labor defensiva acorde con las características propias del desarrollo del proceso, la Sala revocará la decisión de primera instancia y dispondrá en su lugar que se profiera el fallo que reclaman las partes.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia de naturaleza y origen conocidos y en su lugar DISPONER que el Juez Décimo Penal del Circuito de Medellín profiera el fallo que ya había anunciado y que reclaman las recurrentes.

SEGUNDO: Contra esta decisión no proceden recursos.

Auto interlocutorio segunda instancia
Acusada: Jhoana Angélica Bermúdez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Radicado: 05001 60 00206 2016 18853
(0606-16)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado