El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / NULIDAD POR INACTIVIDAD DEL ABOGADO DEFENSOR / REQUISITOS / ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL / DEBE SER EVIDENTE LA AUSENCIA DE ESTRATEGIA DEFENSIVA.**

… en este caso la pretensión principal del recurrente se centra en que se decrete la nulidad de la actuación desde la audiencia de formulación de acusación, por considerar que se presentó una violación del derecho de defensa del señor AER… por falencias en el cumplimiento del mandato legal otorgado a la primera defensora del procesado, en lo que atañe al ejercicio del ius postulandi, lo que en su opinión tuvo injerencia en la condena impuesta al procesado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes…

… para establecer si se ha vulnerado el derecho de defensa es necesario examinar el caso concreto, para verificar si se dejaron de ejercitar determinadas posibilidades defensivas y para acreditar si se encuentran satisfechas las exigencias de: i) intangibilidad; ii) defensa real y material; y iii) permanencia de la defensa, que en caso de no cumplirse generan la nulidad de la actuación, que además se encuentra condicionada al principio de trascendencia, en la medida en que el menoscabo del derecho a la defensa tiene que ser sustancial”.

Los criterios antes expuestos resultan conformes a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se ha expuesto que el derecho a la defensa técnica se puede vulnerar por fallas en la defensa, que no correspondan al margen de libertad del abogado para escoger su estrategia defensiva y que además sean determinantes en la decisión judicial, de acuerdo a la valoración que se haga de cada asunto en particular…

… en el caso sub examen no se cumplen los requisitos deducidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que no hubo una evidente ausencia de estrategia defensiva de la abogada Cardona Hoyos, ni se evidencia que esta hubiera tenido una conducta pasiva en la fase de solicitudes probatorias o en su intervención en el juicio, o que esas situaciones hubieran tenido injerencia en la decisión adversa para el procesado.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 627 del once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, doce (12) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 9:38 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66045 60 00 061 2015 00021 01 |
| Accionante | AER |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado de Conocimiento | Promiscuo del Circuito de Apía (Risaralda) |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia del 27 de noviembre de 2015. |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía (Risaralda), mediante la cual se condenó al señor AER por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376-2 C.P.).

**2. ANTECEDENTES**

2.1 El supuesto fáctico del escrito de acusación[[1]](#footnote-1) establece lo siguiente:

*“El día veintiséis (26) de marzo del año dos mil quince (2015) a las 17:20 horas, personal adscrito a la Unidad básica de investigación Criminal SIJIN del Municipio de Santuario R/da, con acompañamiento del personal uniformado de la vigilancia de la Estación de Policía Santuario, quienes eran los encargados de la seguridad externa de la vivienda, se desplazaron al inmueble ubicado en la calle 8 Nos. 5-58 y 6-66 sector de la salida del municipio de Santuario Risaralda hacia la Virginia, el cual consta de dos plantas, construido en material, con dos puertas de ingreso metálicas de color negro, la primera puerta ubicada al lado de un poste de energía y la segunda al lado de un fogón de carbón, la cual conduce al segundo piso o nivel, con cuatro ventanas dos en cada nivel con vidrios oscuros-polarizados, con solar en la parte trasera de la vivienda, procediendo a tocar en la puerta número uno, la cual conduce al primer nivel, sin que accedieran de manera voluntaria a abrirla, dándoles a conocer de manera verbal que se trataba de la Policía Nacional, haciendo caso omiso de los llamados que se hacían, motivo por el cual se forcejeó la puerta hasta que ésta cedió. Al ingresar a la vivienda se observa en la primera habitación ubicada a lado derecho de la casa, una señora de sexo femenino, quien se identificó como LUZ DARY RAMÍREZ, y un menor de edad, quien permaneció con el acompañamiento de una agente de la policía de infancia y adolescencia, procediendo a darles a conocer la orden de registro y allanamiento, así como su finalidad, momentos en el cual baja del segundo piso una persona de sexo femenino identificada como MIRYAM YOHANA SÁNCHEZ, acompañada de una persona de sexo masculino, de contextura gruesa, estatura alta, tez trigueña, cabello rapado, el cual vestía jeans azul oscuro y no portaba camisa, de nombre AER, a quienes también se les dio a conocer la orden de registro y allanamiento, informándoles e! procedimiento, en el momento que se estaba dando inicio a la diligencia se acerca a los investigadores de la SIJIN el IT. FABIÁN ARIEL VALENCIA, uniformado que se encontraba de apoyo y seguridad externa en la parte trasera de la vivienda (solar), manifestando haber observado a una persona de sexo masculino, sin camisa, de contextura gruesa, de estatura alta, de cabello rapado, en el balcón trasero del segundo piso de la vivienda, donde se estaba llevando a cabo la diligencia de allanamiento cuando lanza un paquete de color negro y blanco, procediendo el uniformado a recogerlo de manera inmediata, e informar lo acontecido al Jefe de la Policía Judicial, indicando el lugar de donde había caído, verificando su contenido donde se observan 174 papeletas plásticas pequeñas con sello hermético, las cuales en su interior contienen una sustancia pulverulenta que por su color y olor se asimilan a estupefaciente, procediendo a plasmar fotográficamente este hallazgo como EMP No, 1, los cuales se embalan y rotulan en un mismo contenedor, señalando de manera directa el Intendente FABIÁN ARIEL VALENCIA al señor AER, como la persona que momento antes había lanzado del balcón este paquete.*

*Seguidamente se procede con la diligencia registrando las tres (03) habitaciones del primer nivel, la cocina, el baño y el pasillo sin encontrar EMP, luego se registran las tres (3) habitaciones del segundo nivel, donde en la habitación utilizada como dormitorio del señor AER, denominada como la No. 5, se halla en una mesa de madera utilizada como nochero, tres (03) bolsas plásticas pequeñas de sello hermético que en su interior contienen sustancia pulverulenta de color beige que por sus características de color y olor son similares a estupefaciente, de igual forma se hallan en el mismo lugar 124 paquetes pequeños transparentes, de sello hermético de color rojo, los cuales son utilizados para empacar sustancias estupefacientes, siendo plasmados fotográficamente corno EMP o EF No. 2, se embalan y rotulan, seguidamente se registra la cocina y el baño del segundo nivel, sin encontrar más EMP o EF, dando por termina la diligencia siendo las 18:00 horas, dándole a conocer al señor AER, sus derechos corno persona capturada en flagrancia por e! delito de Tráfico, Fabricación o Porte de estupefacientes, y levantando las respectivas actas de incautación de los EMP encontrados en la residencia allanada, dejando constancia que el señor AER no quiso firmar el acta de incautación de elementos.*

*Las sustancias incautadas, se embalaron, rotularon y luego se enviaron al perito para la prueba de PIPH, la que en efecto se realizó, obteniendo como resultado, positivo para cocaína y sus derivados en un peso neto de 68.4 gramos. Así: el EMP No. 1 (bolsas contentivas de 174 papeletee, de sello hermético de color azul) con peso neto de 67.1 gramos y el EMP No. 2 (03 bolsas plásticas de sello hermético color azul), con un peso neto de 1.3 gramos. (…)”*

2.2 El 27 de marzo de 2015, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santuario, se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de orden y diligencia de allanamiento y registro, de elementos incautados y de captura, formulación de imputación y de medida de aseguramiento. La F.G.N. le imputó al señor AER la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrita en el artículo 376 inciso 2º, del C.P. bajo la inflexión verbal “conservar”. El señor AER no aceptó los cargos comunicados (fls. 1-3).

2.3 El Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía (Risaralda) asumió el conocimiento de la presente causa (fl. 8). La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 26 de junio de 2015 (fl. 12). La audiencia preparatoria se celebró el 24 de julio de 2015 (fls. 25-26). El juicio oral tuvo lugar los días 17 de septiembre de 2015 (fls. 70-75) y 14 de octubre de 2015 (fls. 76-78) al cabo del cual se anunció el sentido del fallo condenatorio. La sentencia fue proferida el 27 de noviembre de 2015 (fls. 81-88).

2.4 El defensor del procesado apeló el fallo de primer nivel (fls. 89-94).

**3. IDENTIFICACIÓN**

Se trata de AER, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 9.957.424 expedida en Santuario (Risaralda), nació el 19 de diciembre de 1976 en el mismo municipio, hijo de Luz Dary y Arles, grado de instrucción noveno, de ocupación oficios varios (fls. 22-23).

**4. FUNDAMENTOS DEL FALLO**

(Síntesis)

* Hizo referencia al conocimiento que debe tener el funcionario judicial para emitir una condena de conformidad con lo previsto en el artículo 381 del CP. Se refirió a los elementos de la conducta punible como la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad.
* Adujo que respecto de la responsabilidad del procesado se tuvo en cuenta que antes de que se efectuara la diligencia de registro y allanamiento ya se tenía información entregada por “fuentes humanas” de que en dos viviendas contiguas incluyendo la de nomenclatura No. 6-58, se expedían sustancias estupefacientes y se desarrollaron labores investigativas por parte de los funcionarios judiciales en las que se estableció que esos inmuebles estaban siendo utilizados para la distribución de estupefacientes.
* Por lo anterior se llevó a cabo una diligencia de allanamiento en el inmueble contiguo al que se señaló en el proceso y se realizaron dos capturas lo que terminó con la aceptación de cargos por parte de alias “fresa”.
* Con las investigaciones previas ya se sabía que en este inmueble residían varias personas de sexo femenino, una hombre y un menor, y sobre las mujeres, los informantes siempre hablaron de Miriam Sánchez, alias “Yoyo”, como una persona que participaba en la distribución de estupefacientes; con lo que se desvirtúa el argumento de que no se tenía claridad sobre cuál era el inmueble a allanar, toda vez que las fuentes de información ya habían relacionado a la señora Sánchez y a su pareja (AER), como expendedores de drogas y por ende, poseedores de la misma sustancia.
* Es claro que la captura del señor AER se presentó en medio del allanamiento que se presentó el 26 de marzo de 2015, por causa del señalamiento directo que le hiciera el Intendente Fabián Ariel Valencia Aristizábal, como la persona que arrojó del balcón del inmueble una bolsa negra contentiva de sustancias estupefacientes.
* Tuvo en cuenta que según los testimonios de los policiales que intervinieron el registro, estuvieron de diez a quince minutos intentando que les abrieran, tiempo que pudo haber usado el procesado para tratar de deshacerse de la sustancia que guardaba. Además el IT Valencia dijo que la sustancia la había arrojado una persona de sexo masculino, y en efecto durante la diligencia se determinó que al inicio de la misma, el único hombre que estaba en ese inmueble era el señor AER y la descripción que entregó el IT Valencia, en el sentido de que la persona que arrojó la sustancia como de contextura gruesa, sin camisa y rapado, concordaba con las características de AER.
* La diligencia comenzó un poco después de las 17.00 horas y la distancia entre el citado IT y la persona que arrojó la bolsa que tenía el estupefaciente era de 15 a 20 metros, a la cual una persona con capacidad visual normal es capaz de describir con detalle a otra persona. Fuera de lo anterior según los testimonios recibidos en el juicio y un esquema presentado por este oficial, desde el lugar donde este se encontraba si se veía el tercer nivel del inmueble desde donde fue arrojada la bolsa, por lo cual no resultaba aceptable el argumento de la Defensa en el sentido de que no había buena visibilidad y que las condiciones no eran aptas para que el IT Valencia hubiera descrito al infractor.
* En cuanto al argumento de la Defensa en que su defendido no podía haber arrojado la bolsa porque siempre estuvo acompañado por un policía, adujo que ello se dio momentos antes de empezar la diligencia, puesto que los agentes encargados de la diligencia no fueron atendidos y estuvieron diez o quince minutos esperando para tratar de entrar al inmueble y respecto a que el PT Blanco hubiera dejado su actividad en el inmueble contiguo para ir junto con el otro policial por la bolsa, ello se explicaba porque tenía funciones de Policía Judicial y se necesitaba esta investidura para manejar el EMP decomisado.
* Por lo tanto quedó claro que la sustancia estupefaciente fue arrojada por la parte de atrás del balcón de la vivienda, a través de una abertura o ventana grande. A su vez, en lo relativo al argumento de la Defensa en el sentido de que los testigos no tenían claro el nombre de AER a pesar de haber realizado investigaciones previas, tuvo en cuenta que según las investigaciones siempre se dijo que en esa casa vivían Miriam Sánchez con su compañero y otras personas más y la misma señora Sánchez dijo que era la esposa del procesado, que vivía con él hacía muchos años y tenían una hija.
* Se tenía conocimiento previo que en aquella vivienda se expendían estupefacientes, que allí vivía la señora Mirian Johana Sánchez con el acusado AER, aunado al hecho de que era la única persona de sexo masculino que estaba en el inmueble al inicio de la diligencia, dejaba claro al despacho la responsabilidad del enjuiciado, quien actuó dolosamente al realizar la conducta punible, por lo cual se reunían los requisitos del artículo 381 del CPP, para dictar una sentencia de carácter condenatorio contra el procesado por la violación del artículo 376 del CP.
* Al hacer el ejercicio de dosimetría penal, el *A quo* tuvo en cuenta los extremos punitivos del artículo 376 inciso 2º CP y la concurrencia de una circunstancia de menor punibilidad del artículo 55 numeral 1 CP. No obstante, refirió que aunque la imputación se hizo por el verbo rector “conservar”, las labores investigativas denotaban que la finalidad del estupefaciente, que superaba en más de 50 veces la dosis mínima, era la distribución o venta de las mismas, por lo cual fijó la pena en el máximo del cuarto mínimo consistente en 75 meses de prisión y multa de 2 smlmv.

**5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO**

* 1. **Defensa (Recurrente)**
* En los actos de investigación previos siempre se manifestó que la expendedora de estupefacientes era Miriam Yohana Sánchez y en tal virtud fue que se expidió la orden de registro inicial para el inmueble donde residía la señora Sánchez, e incluso en una oportunidad se solicitó el aplazamiento de esa diligencia, ya que se tenía información de que esa persona no estaba en esa vivienda.
* El 26 de marzo de 2015 se efectuó la diligencia de allanamiento y registro, y en desarrollo de la misma se dice que uno de los uniformados que prestaban apoyo y seguridad externa en la parte trasera de la vivienda observó a un hombre que estaba en el balcón de ese predio quien lanzó un paquete de color negro y blanco que fue hallado por el IT Fabian Ariel Valencia, el cual indicó a los funcionarios de policía judicial que se encontraban en el interior de la vivienda de donde había sido arrojado ese atado que contenía una cantidad de droga, manifestando ese oficial que ese paquete fue aventado desde un balcón por el procesado AER.
* Ese hallazgo fue “dudoso” ya que no hizo en la vivienda objeto del registro donde estaban reunidos sus ocupantes, sino en la parte externa de ese inmueble y fue realizado por un funcionario de policía que prestaba labores de apoyo y seguridad externa, quien hizo el señalamiento concreto contra el señor AER, pese a que la investigación venía dirigida contra Miriam Sánchez, por lo cual se presentó un “positivo” contra una persona distinta.
* El procesado AER manifestó que no había arrojado ningún paquete ya que se encontraba reunido con todos los moradores del inmueble y era custodiado por los funcionarios participantes en la diligencia, por lo cual se negó a firmar el acta de incautación de elementos por el mismo motivo. Aunado a ello no aceptó los cargos imputados y la FGN declinó de la solicitud de medida de aseguramiento.
* Pese a que en el inmueble se encontraban varias personas, los funcionarios de policía judicial que adelantaron el registro solo detuvieron al procesado AER sin que existiera alguna manifestación suya en el sentido de que era el responsable del alucinógeno, así fuera para exonerar a su compañera Miriam Sánchez quien siempre fue señalada como la presunta expendedora de las sustancias sicoactivas.
* Pese a esas anomalías en la diligencia de allanamiento y registro cuyos resultados fueron la base del proceso subsiguiente, la Defensora del procesado no desplegó la actividad necesaria para garantizar un debido proceso y su intangible derecho a la defensa técnica y material mediante actos positivos de gestión defensiva, toda vez que conforme los registros de las audiencias, la representante del acusado no solicitó en la audiencia de formulación de acusación el descubrimiento de todos los EMP anunciados por la FGN y en la audiencia preparatoria se limitó a solicitar la declaración de Miriam Yohana Sánchez y a señalar que con base en las fotografías tomadas en el sitio de los hechos probaría la absoluta imposibilidad física en que se encontraba el Intendente Valencia para haber observado el momento en que presuntamente el acusado lanzó el supuesto paquete contentivo de la droga, por razón de la ubicación del inmueble y el sitio donde se encontraba ese IT, lo que sería demostrado con la declaración de un investigador de la Defensa, y a pedir una inspección judicial al sitio de los hechos que le fue negada por el juez de primer grado por considerar que ese investigador podía proporcionar tales evidencias a través de las indagaciones propias de su labor.
* Por causa de su inexperiencia en materias penales, la defensora del acusado no se opuso en la audiencia preparatoria a las solicitudes probatorias de la FGN e hizo unas peticiones probatorias deficientes que fueron aceptadas por el Juez de primer grado, quien la orientó en el sentido de que el investigador de la Defensa podía efectuar esa labor investigativa en cumplimiento del denominado "principio de caridad", que fue examinado en una decisión de esta Sala, con base en el precedente CSJ SP del 20 de octubre de 2010, radicado 33022.
* Con posterioridad a la audiencia preparatoria la defensora entregó el nombre del funcionario investigador, y durante el desarrollo de la audiencia de Juzgamiento no apeló la decisión del juez de primer grado que negó la práctica de sus pruebas, concretamente al testimonio del citado investigador, al cual se opuso el delegado de la FGN aduciendo que se trataba de un perito del cual no se le había corrido traslado de sus declaraciones, lo que fue rehusado de manera errónea por el juez de la causa, puesto que ese declarante no tenía la calidad de perito sino de investigador de la Defensa encargado de la recopilación de elementos materiales probatorios y/o evidencia física exculpatoria.
* Fuera de lo anterior la representante del acusado no contrainterrogó a los testigos de cargo, ni formuló ningún tipo de objeciones al interrogatorio formulado por la delegada de la FGN a sus testigos, que fue abiertamente sugestivo, lo que tampoco fue advertido por el Juez de la causa que debía velar por el cumplimiento cabal del debido proceso y del derecho de defensa del acusado, por lo que cual la labor de la representante del acusado no se tradujo en garantizar la defensa técnica del señor AER, lo que genera una causal de nulidad supralegal o constitucional de conformidad con las prescripciones del artículo 29 de CP .
* Citó una sentencia de 11 de julio de 2007 de la SP de la CSJ, MP Julio Enrique Socha Salamanca, donde se casó una sentencia del TS de Buga, que había confirmado una decisión de primera instancia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Palmira, por violación del derecho a la defensa.
* Los hechos permiten suponer que ante el magro resultado de la incautación en las habitaciones de AER y Miriam Yohana Sánchez que escasamente llegaba a lo reconocido por ley como dosis personal que ellos admitieron consumir para combatir el cansancio que les producían las arduas labores de fabricación y venta de arepas con las que sobrevivían, los encargados de la diligencia de allanamiento y registro del sitio con base supuestamente en las informaciones de las sempiternas “ fuentes humanas” no identificadas en el sentido de que en ese sitio se efectuaban actos de expendio de estupefacientes, que en la práctica resultan imposibles de controvertir, no dudaron en montar un “falso positivo” para involucrar al acusado, con el pretexto de que uno de los agentes que intervino en el operativo lo había visto en el momento en que lanzaba la bolsa desde la residencia donde se encontraba, quedando claro que la sustancia no fue encontrada en el inmueble donde este se hallaba sino en el lugar donde fue “convenientemente recogida” por los agentes, por lo cual se detuvo al señor AER.
* El juez de primer grado hizo caso omiso de las imprecisiones e inexactitudes en que incurrieron varios de los funcionarios que practicaron el allanamiento y registro, que no fueron puestas de presente por su defensora para hacer efectivas las garantía de su representado y desvirtuar los fundamentos de la acusación, por lo cual en la sentencia se hizo una valoración sesgada de la prueba en favor de la FGN, e incluso se ignoró la petición de dosificación de la pena hecha por la delegada del ente acusador que ante la carencia de circunstancias de agravación punitiva y la existencia de circunstancias de menor punibilidad como la carencia de antecedentes de AER solicitó la imposición de la pena mínima establecida en ley, pese a lo cual el juez de primer grado, considerando que existían informaciones originadas en labores de investigación previas que aludían a que en el sitio se expendían drogas partió del máximo del primer cuarto mínimo, dejando de lado el carácter de justicia rogada que tiene el actual sistema procedimental penal, según el cual no puede ir más allá de lo solicitado por las partes, al igual que el principio de congruencia entre acusación y sentencia, ya que el cargo formulado al procesado fue el de conservar y jamás el de expender sustancias sicoactivas.
* En consecuencia pide que se declare la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de acusación, inclusive, por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectaron los derechos al debido proceso y la defensa técnica del incriminado.
* De manera subsidiaria, el recurrente solicitó que de confirmarse la sentencia se fijara la pena en el mínimo establecido por ley, con base en la pretensión punitiva de la delegada de la FGN en la lPS.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**6.1.Competencia:**

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

**6.2 Problemas jurídicos a resolver:**

6.2.1 En atención al principio de la limitación de la doble instancia se debe manifestar que en este caso la pretensión principal del recurrente se centra en que se decrete la nulidad de la actuación desde la audiencia de formulación de acusación, por considerar que se presentó una violación del derecho de defensa del señor AER… por falencias en el cumplimiento del mandato legal otorgado a la primera defensora del procesado, en lo que atañe al ejercicio del ius postulandi, lo que en su opinión tuvo injerencia en la condena impuesta al procesado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. De manera subsidiaria se examinará lo concerniente a la dosificación de la pena impuesta al señor AER, con base en la argumentación del censor sobre ese tema.

6.2.3 Sobre esta demarcación de la decisión de segunda instancia, hay que precisar que al examinar el recurso propuesto queda claro que el defensor que obra como impugnante no se ocupó de controvertir la prueba de cargos presentada en el juicio por la FGN contra el acusado AER, que en lo esencial se centró en: i) el informe ejecutivo del 27 de enero de 2015 suscrito por los PT Esteban González O. y José Avila Navarro, donde se solicitó el registro del inmueble ubicado en la calle 8 No. 6-58 a la salida del municipio de Santuario, en el cual se indicaba que la señora Miriam Yohana Sánchez, conocida como “Yoyo” se dedicaba al expendio de estupefacientes[[2]](#footnote-2) y ii) la orden de registro del citado predio y el acta de la diligencia practicada el 26 de marzo de 2015 a las 17.20 horas donde se dejó constancia de que en la habitación ocupada por AER se decomisaron 3 porciones de una sustancia estupefaciente y que el IT. Fabián Ariel Valencia quien prestaba seguridad en la parte externa de ese predio habia visto a un hombre que había arrojado un paquete que según se comprobó contenía 174 papeletas contentivas de estupefacientes, cuyos rasgos físicos coincidían con los del señor AER según lo dicho por el citado oficial por lo cual se produjo su captura, lo cual fue documentado mediante fotografías[[3]](#footnote-3). Fuera de lo anterior tampoco es objeto de controversia probatoria la prueba de identificación preliminar de la sustancia sicoactiva requisada cuya muestra No 1 tuvo un peso neto de 67.1 gramos y la 2 de 1.3 gramos siendo identificadas las sustancias como positivas para cocaína y sus derivados, lo cual fue confirmado con el análisis pericial correspondiente[[4]](#footnote-4).

6.2.4 Igualmente debe decirse que en el escrito presentado por el impugnante solo se hace una referencia tangencial en el sentido de que las 3 porciones de derivado de cocaína que se encontraron en la habitación ocupada por el procesado AER y su compañera Miriam Yohana Sánchez estaban destinadas a su consumo individual por causa de sus extenuantes jornadas de trabajo como fabricantes y vendedores de arepas y a sugerir que al no haberse hallado otras cantidades de droga en ese inmueble, los agentes que hicieron el allanamiento montaron un “ falso positivo” con base en el testimonio de un agente que se hallaba en la parte externa de la residencia, a efectos de demostrar el hallazgo de una cantidad de droga que permitiera detener a AER e involucrarlo por la tenencia de ese estupefaciente sin que el recurrente se hubiera pronunciado sobre el grado de convicción de los testimonios entregados por: i) el IT Fabían Valencia, quien dijo en el juicio que había visto al acusado AER lanzaba la bolsa con las 174 papeletas de la sustancia estupefaciente desde el segundo piso de la habitación donde se encontraba, hacia un solar contiguo; ii) del PT Guido Rabelo Sanabria, quien dijo haber encontrado tres papeletas que contenían la sustancia conocida como “ bazuco” en la habitación del procesado y de su compañera; iii) los testimonios complementarios entregados por los urbanos José Miguel Avila Navarro, Esteban David Gonzalez Osorio, Andres Felipe Blanco Corredor sobre las circunstancias que determinaron la solicitud de allanamiento del lugar donde fue capturado el procesado, por adelantarse allí labores de expendio de estupefacientes que inicialmente se atribuyeron a la señora Miriam Johana Sánchez compañera del acusado y lo relativo a los pormenores del procedimiento en el cual fue capturado el señor AER.

Lo anterior indica que el recurso propuesto solo fue sustentado frente a dos temas específicos a saber: i) la declaratoria de nulidad de la actuación por presunta deficiencia en la defensa técnica del señor AER y ii) la pena impuesta al sentenciado frente a la cual su actual defensor considera que resultó excesiva ya que nunca se le acusó por expendio de sustancias controladas, pese a lo cual se le agravó la sanción por ese hecho, pese a que la delegada de la FN había solicitado que al señor AER se le impusiera la sanción mínima, lo que en criterio del recurrente significa una vulneración del principio de congruencia.

6.3 En ese orden de ideas, al no plantear la defensa ninguna inconformidad de fondo frente a los fundamentos de la sentencia en la cual se declaró la responsabilidad del procesado AER por la conducta punible de conservar sustancias estupefacientes, con la pena prevista en el inciso 2º del art. 376 del CP, la Sala en aplicación del principio de prioridad, se pronunciará inicialmente sobre el primer tema propuesto por el recurrente.

**6.4 SOBRE LA PETICIÓN DE DECLARATORIA DE NULIDAD DEL PROCESO A PARTIR DE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN:**

6.4.1 En el caso *sub lite,* el censor aduce una presunta falta de defensa técnica y material por deficiencias de la labor de la abogada que representó inicialmente los intereses del señor AER durante la fase de juzgamiento, sobre lo cual se hace el siguiente análisis:

6.4.2 El derecho de defensa se encuentra reconocido por el artículo 29 de la C.P. que dispone lo siguiente: *“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”.* Además esta garantía aparece consignada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14, numeral 3º literal b) y en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8º, numeral 2º literales d) y e). Estos instrumentos internacionales se encuentran incorporados en nuestro ordenamiento interno a través de las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente y hacen parte del *“bloque de constitucionalidad,* por mandato expreso del artículo 93 de la Constitución Política. [[5]](#footnote-5)

6.4.3 En atención a la argumentación del recurrente quien cuestiona la idoneidad profesional de la abogada María Gladys Cardona Hoyos en razón de su actuación dentro del proceso que se tramitó contra AER por la conducta punible enunciada, hay que manifestar inicialmente que para establecer una violación del derecho de defensa que constituye una de las causales de nulidad que contempla el artículo 457 del CPP, no se puede acudir simplemente a la particular opinión que un nuevo letrado tenga sobre la gestión adelantada por su antecesor, que en estos casos estaría basada en su conocimiento privado que desde los tiempos de Jeremías Bhentam se encuentra proscrito como evidencia o fuente probatoria, por lo cual es necesario hacer un ejercicio de valoración sobre componentes diversos relacionados con el ejercicio del derecho a la defensa, como se ha señalado en la jurisprudencia pertinente sobre el tema así:

*“De entrada se aprecia que lo argumentado corresponde no a la demostración de un abandono de la gestión encomendada o de un ostensible desconocimiento profesional que redundó en contra de los intereses de la asistida legal, sino a la óptica particular que adopta la impugnante en su interés por sacar avante algún medio que faculte anular lo hasta ahora adelantado. (…)*

*Ahora, que la actuación del defensor no hubiese rendido los frutos queridos, es asunto que de ninguna manera sustenta la tesis de precariedad o ausencia defensiva, en tanto, elemental asoma que la función del abogado asoma de medio y no de resultado, debiendo criticarse la simple inercia o pasividad ajena a cualquier estrategia y no que se intente por los medios legales, así no tenga eco la propuesta, favorecer la condición sub iudice del procesado, ora buscando se le declare inocente, ya pretendiendo se dejen de lado medidas coercitivas o facultando se aminoren sus efectos. (…)*[[6]](#footnote-6)*”*

6.4.4 Es necesario advertir que esa misma Corporación ha indicado en sus precedentes, que para establecer si se ha vulnerado el derecho de defensa es necesario examinar el caso concreto, para verificar si se dejaron de ejercitar determinadas posibilidades defensivas*[[7]](#footnote-7)* y para acreditar si se encuentran satisfechas las exigencias de: i) intangibilidad; ii) defensa real y material; y iii) permanencia de la defensa, que en caso de no cumplirse generan la nulidad de la actuación, que además se encuentra condicionada al principio de trascendencia, en la medida en que el menoscabo del derecho a la defensa tiene que ser sustancial*[[8]](#footnote-8)”[[9]](#footnote-9).*

6.4.5 Los criterios antes expuestos resultan conformes a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se ha expuesto que el derecho a la defensa técnica se puede vulnerar por *fallas en la defensa,* que no correspondan al margen de libertad del abogado para escoger su estrategia defensiva y que además sean determinantes en la decisión judicial, de acuerdo a la valoración que se haga de cada asunto en particular*[[10]](#footnote-10)*.

6.4.6 Descendiendo al caso en concreto y para dar solución al problema jurídico propuesto, con base en los precedentes citados, resulta necesario hacer referencia a la gestión defensiva cumplida por la abogada Cardona Hoyos en las diferentes audiencias en las que actuó con el fin de establecer si resulta o no necesario el decreto de nulidad por su presunta indiligencia profesional, que en todo caso no se puede deducir de apreciaciones subjetivas sobre la conducta o el grado de acierto de las peticiones que en su oportunidad formuló la citada profesional, o la manera en la que este hizo uso de las técnicas de interrogatorio o contrainterrogatorio en ejercicio de su derecho de postulación, como opina el recurrente.

6.5 En ese sentido hay que manifestar que la togada María Gladys Cardona Hoyos asistió al acusado desde el momento de las audiencias preliminares posteriores a su captura, que se adelantaron el 27 de marzo de 2015 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Garantías de Santuario, y hasta la finalización de la audiencia de juicio oral.

Sus intervenciones dentro de la causa de la referencia se pueden relacionar de la siguiente manera:

6.5.1 En la audiencia preliminar celebrada el 27 de marzo de 2015 ante la Juez Promiscua Municipal de Garantías de Santuario se le reconoció personería jurídica para actuar a la doctora Cardona Hoyos,quien representó a su poderdante en esa diligencia, y fue dejado en libertad al finalizar ese acto.

6.5.2 En la audiencia celebrada el 25 de junio de 2015[[11]](#footnote-11) y luego de un apercibimiento del juez de conocimiento, la defensora del señor AER dio lectura al escrito de acusación, indicó que necesitaba todos los EMP y EF que la FGN tuviera en su poder y ante una pregunta del titular del despacho dijo que hasta ese momento no había recolectado evidencias para entregar al ente acusador[[12]](#footnote-12).

6.5.3 En la audiencia preparatoria que se llevó a cabo el 24 de julio de 2015 la abogada Cardona Hoyos advirtió que no tenía observaciones sobre el descubrimiento probatorio de la FGN[[13]](#footnote-13).

6.5.4 Cuando le correspondió hacer su descubrimiento probatorio la defensora manifestó lo siguiente[[14]](#footnote-14): i) solicitó el testimonio de la señora Mirian Johana Sánchez; ii) pidió incorporar al proceso las diligencias de allanamiento y registro del 26 de marzo de 2015, practicadas en dos inmuebles, dentro del radicado 66-045-60-00-061-2015-00022, indicando que se hicieron dos registros en dos viviendas contiguas a efectos de determinar donde se encontró la bolsa con estupefacientes; y iii) requirió practicar una inspección ocular al lugar de los hechos en la residencia con nomenclatura Calle 8 No.6-58, para establecer lo narrado por los funcionarios de Policía Judicial, la capacidad de observación del IT que vio lanzar la bolsa, el sitio donde fue hallada la droga y probar que en ese inmueble que era de tres pisos vivían 12 personas.

La delegada de la FGN se opuso a que se allegaran las diligencias del radicado en mención y a la práctica de la inspección solicitada[[15]](#footnote-15), lo cual fue aceptado inicialmente por el juez de conocimiento quien consideró que no se había hecho la debida fundamentación frente a esas solicitudes probatorias.[[16]](#footnote-16)

Seguidamente intervino la defensora del procesado para argumentar porqué consideraba pertinentes y conducentes esas pruebas, ya que esa era una facultad de la defensa en la audiencia preparatoria, insistiendo en que esa inspección era fundamental para demostrar que el IT Fabián Ariel Valencia no estaba en condiciones de haber visto a su representado cuando presuntamente se aligeró del paquete que contenía el material sicoactivo y que se requería de las diligencias relacionadas con el otro allanamiento para probar que la casa de su mandante no tenía solar y que el material fue encontrado en el predio donde se adelantó el otro registro simultáneo.[[17]](#footnote-17).

6.5.5 El juez de conocimiento hizo mención de la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ sobre los deberes probatorios de la defensa en el esquema de la ley 906 de 2004 y el concepto de “carga dinámica de la prueba”.

6.5.6 Posteriormente la defensora solicitó como testigos de acreditación de los documentos que pretendía aportar relacionados con la otra diligencia de allanamiento, los testimonios de los oficiales PT. Esteban David González, PT. José Ávila Navarro, PT. Andrés Felipe Blanco Corredor y PT. Guido Hernando Ravelo Sanabria, quienes fungían como testigos de la FGN, frente a lo cual el juez de conocimiento consideró que esas pruebas no las había pedido la defensa en su oportunidad[[18]](#footnote-18).

6.5.7 Finalmente esas pruebas referidas, fueron admitidas por el juez de conocimiento, quien no fue del todo claro en ese punto ya que: i) advirtió para extremar las garantías de la defensa, la vocera del acusado podía practicar a su cargo la inspección ocular solicitada, e introducirla con la persona que realizara esa prueba y luego tenía que ponerla en conocimiento de la FGN para efectos de su descubrimiento; y ii) que en lo relativo a la prueba documental derivada del allanamiento simultáneo a aquel en que se capturó al señor AER, si la delegada de la FGN lo permitía, la defensora podría hacer uso de uno de los agentes que participaron en ese procedimiento como testigo común para introducir esa evidencia, ya que eran testigos del órgano requirente en este caso. La representante del ente acusador no se opuso a ese pedimento, indicando la abogada del acusado que haría uso del testimonio del PT. Guido Hernando Ravelo Sanabria[[19]](#footnote-19).

6.6 El 17 de septiembre de 2015 se instaló el juicio oral, donde la delegada de la FGN expuso su teoría del caso y acto seguido lo hizo la defensora del procesado[[20]](#footnote-20).

6.7 Ya en lo referente a la práctica de las pruebas en el juicio y específicamente durante la recepción de los testimonios allegados por la FGN, la defensora María Gladys Cardona Hoyos, hizo uso del derecho de contradicción frente a la prueba testimonial del ente acusador, para lo cual ejerció el interrogatorio cruzado sobre los siguientes declarantes:

6.7.1 El patrullero José Miguel Ávila Navarro: a quien le requirió información: i) respecto del material de construcción de los techos de los inmuebles donde se hizo el procedimiento de allanamiento y registro; ii) la delimitación de la casa de a. “fresa” donde se hizo un registro simultáneo el día que se capturó a su representado; iii) la forma en la que se realizó el procedimiento de registro ya que se trataba de dos inmuebles contiguos, con patios aledaños; iv) el hecho de que el testigo, por su función como miembro de la Policía Judicial podía pasar de un inmueble a otro para recolectar evidencia y v) solicitó precisiones sobre la dirección del predio donde se aprehendió a su representado.

6.7.2 Igualmente contrainterrogó al urbano Esteban David González Osorio, sobre : i) el tiempo que debieron esperar para poder ingresar al predio donde estaba el acusado y la forma en que penetraron a ese inmueble ; ii) como se adelantó el procedimiento tanto al interior como exterior del inmueble y la ubicación de sus moradores; iii) la información que recibió sobre el paquete que lanzaron hacia un solar, según lo dicho por el IT Valencia ; iv) la labor que le correspondió adelantar durante el registro; y v) las labores de verificación que se hicieron antes de solicitar la orden de allanamiento.

6.7.3 El investigador Andrés Felipe Blanco Corredor fue confrontado por la defensora sobre: i) la forma de ingreso al inmueble y las personas que estaban al interior; ii) el lugar donde se encontró el paquete con las bolsas que contenían el estupefaciente; iii) lo referente a las personas que atendieron la diligencia; iv) las labores que adelantó durante el registro; y v) se refirió al informe que suscribió sobre el allanamiento del inmueble.

6.7.4 El PT Guido Ravelo Sanabria, respondió a la defensora en el interrogatorio cruzado sobre: i) la el lugar y la manera como ingresaron al inmueble; ii) el hallazgo de una sustancia en un “chifonier” que estaba en el segundo piso del predio donde se hallaba el procesado; y iii) la visibilidad que existía desde esa casa hacia el solar contiguo.

6.7.5 El IT Fabián Valencia Aristizabal, le respondió a las preguntas de la defensora en torno a: i) su llamado por radio al comandante del operativo de la policía de vigilancia, luego de ver el lanzamiento de la bolsa desde la vivienda donde se hallaba el acusado; ii) el sitio donde estaba ubicado, detrás de las casas de AER y a. “fresa”; iii) la forma como pudo avistar la vivienda del procesado; iv) la manera como observó que se lanzaba un paquete por esa ventana; y v) la manera como se fijó ese elemento por parte de los oficiales Morales y a Blanco.

6.7.6 Finalmente la abogada Cardona Hoyos llamó a declarar como su testigo a la señora Mirian Johana Sánchez, compañera permanente del procesado, a quien interrogó sobre su actividad productiva y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aconteció el hecho investigado, sobre lo cual la señora Sánchez entregó una extensa declaración a efectos de sostener en lo esencial que: i) el paquete que contenía las papeletas de la sustancia a base de cocaína fue encontrado en un solar que no pertenecía a su residencia; ii) en su casa solamente se hallaron tres porciones de “bazuco” que eran de ella y del señor AER; iii) las bolsas pequeñas que se encontraron eran para labores escolares de su hija; y iv) su compañero dijo que la sustancia que fue encontrada en el solar aledaño no le pertenecía.

6.8 Luego al ser requerida para que presentara sus alegatos de conclusión[[21]](#footnote-21) la abogada Cardona Hoyos hizo una extensa intervención, donde pidió la absolución de su representado para lo cual se refirió a: i) los errores del procedimiento de allanamiento y registro en que incurrieron los miembros de la Policía, que se deducían del testimonio de los agentes que declararon en el proceso; ii) las diferentes manifestaciones que estos testigos hicieron sobre el tiempo en que se tardaron para ingresar al inmueble donde estaba el acusado, indicaban que este tuvo tiempo suficiente para deshacerse de la sustancia cuya tenencia le fue atribuida; iii) se probó que no hubo exactitud respecto de la dirección del inmueble registrado, pese a que los agentes conocían su nomenclatura; iv) se presentaron fallas en el protocolo de allanamiento y registro al no ser identificadas ni requisadas todas las personas que se encontraban dentro de ese inmueble; v) se comprobaron las inconsistencias en que se incurrió en la fase de indagación preliminar respecto de la afluencia de personas los fines de semana al predio registrado, lo que se explicaba porque habían personas del campo que se hospedaban en un sótano de uno de esos inmuebles, fuera de que se probó que el acusado y su compañera tenían allí un negocio de venta de arepas hacía 6 años, por lo cual no se trataba de ninguna “fachada” para disimular la venta de estupefacientes; vi) se demostró que el jefe del operativo incurrió en un error al abandonar el lugar que se le había asignado para pasarse a otro inmueble, fuera de que su versión no fue clara sobre la manera como enteró a otros uniformados de lo que pudo presenciar; vii) existían dudas de entidad sobre la procedencia del estupefaciente que fue encontrado, ya que no se estableció en cual solar fue donde cayó el paquete por existir diferentes versiones sobre ese hecho, fuera de que no se identificó el material debidamente , no se estableció la forma en que se ingresaba a los dos inmuebles registrados, ni si el IT Valencia tenía visión hacia el sitio donde presuntamente se lanzó la droga y si desde ese sitio podía identificar a su mandante; viii) en las actas se incurrió en error al identificar los inmuebles registrados y la ubicación de la madre del acusado; ix) la única sustancia sicoactiva que se encontró en la casa del acusado excedía ligeramente la dosis personal, lo que no afectaba el bien jurídico protegido por el artículo 376 del CP y no estaba claro si fue hallada en un closet, o una mesa al interior de la casa, ni hubo fijación fotográfica sobre ese hecho; y x) ante la imposibilidad de identificar a la persona que lanzo el paquete al solar y el lugar donde este fue a caer , se debía proferir un fallo absolutorio por existir duda razonable sobre la responsabilidad del procesado, que se deducía de la prueba testimonial presentada por la FGN.

6.9 Lo expuesto anteriormente permite inferir que al señor AER le fueron salvaguardados sus derechos a la defensa técnica y al debido proceso, pues contó en todo momento con la asesoría de su apoderada judicial, quien asumió una estrategia defensiva tendiente a demostrar que en el caso de la referencia existían errores en el procedimiento de allanamiento y registro del cual sobrevino su captura así como a poner de presente las inconsistencias en que incurrieron los testigos de la FGN en sus declaraciones en el juicio, lo cual en su criterio generaba dudas respecto de la responsabilidad de su prohijado.

6.10 En ese orden de ideas y frente a la argumentación del censor, hay que poner de presente que no son ciertas las manifestaciones en el sentido de que la togada inicial del señor AER omitió solicitar el descubrimiento probatorio en la audiencia de formulación de acusación, que solo solicitó una prueba en la audiencia preparatoria, que no contrainterrogó a los testigos de cargos y permitió interrogatorios sugestivos, toda vez que de los elementos antes analizados se pudo observar que la togada sí llevó a cabo una labor defensiva proactiva encaminada a defender los intereses de su representado.

6.11 De otro lado, resulta factible considerar que como consecuencia del principio de lealtad procesal la apoderada advirtiera que no existían razones para oponerse a las solicitudes de pruebas de la FGN, máxime si usó como base de sus alegatos de conclusión las pruebas que se practicaron a instancias de la FGN.

En torno a su solicitud de no apelar la decisión mediante la cual se excluyó como prueba para el juicio el informe elaborado por el investigador de la defensa Alberto Vallejo Londoño, con fotografías del lugar donde se produjo el registro y el hallazgo de la droga por no haberse dado traslado del mismo a la FGN (base de opinión pericial), debe advertirse que la representante del procesado se opuso a esa decisión explicando las razones por las cuales había pedido esa prueba en la audiencia preparatoria lo que era conocido por la Fiscal, lo que en su opinión suplía la exhibición o entrega de esa evidencia y adujo que la misma no se podía excluir porque ya había sido admitida. A su vez, el hecho de que finalmente no hubiera impugnado esa determinación no se puede considerar como una violación sustancial del derecho a la defensa del procesado, ya que bien pudo advertir la vocera del acusado, que esa sanción procesal resultaba conforme con lo dispuesto en el artículo 346 del CPP.

6.13 Sobre la base de las consideraciones anteriores se puede concluir que en el caso concreto no se observa que le asista razón al recurrente al plantear la nulidad del proceso por deficiencia en la defensa técnica, ya que sí existió una gestión diligente de la togada que asistió al señor AER durante el proceso.

6.13.1 En ese sentido hay que manifestar que en la jurisprudencia pertinente sobre el tema en discusión se ha expuesto lo siguiente:

6.13.2 En la sentencia T-395 del 24 de abril de 2010 de la Corte Constitucional se hicieron las siguientes consideraciones:

*“(...) Ahora bien, de acuerdo con los presupuestos fácticos que determinan la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la jurisprudencia constitucional sostiene que, en principio, las fallas o deficiencias en la defensa técnica del procesado no constituyen una vía de hecho judicial. A juicio de la Corte, en cuanto no existe una relación de necesidad entre una y otra, las posibles faltas en la asistencia letrada solo habilitan al afectado para reclamar su protección judicial y ejercer los recursos ordinarios y extraordinarios preestablecidos en el proceso, sin que tal habilitación se extienda por sí misma al amparo constitucional.*

*Desde esta perspectiva la Corte ha considerado que se sólo entiende violado el* *núcleo esencial del derecho a la defensa técnica, cuando concurren los siguientes cuatro elementos:*

*i) Debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica.*

*Esto implica que efectivamente se presenten fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada. A este respecto, la jurisprudencia ha puesto de presente que las fallas de la defensa no pueden estar referidas a aspectos que se encuentren por dentro de la estrategia del abogado para proteger los intereses del sindicado. En efecto, el defensor cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de su cargo. Por tal motivo, para comprobar la vulneración del núcleo esencial del derecho a la defensa técnica, es necesario que haya una ausencia evidente de estrategia por parte del defensor. En palabras de la Corte: “Para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción será necesario, adicionalmente, demostrar los siguientes cuatro elementos: (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”[[22]](#footnote-22). Ello implica que, para que se pueda alegar una vulneración del derecho a la defensa técnica, debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier asomo de estrategia.*

*ii) Que las mencionadas deficiencias no le sean imputables al procesado o no hayan resultado de su propósito de evadir la acción de la justicia.*

*Habrá de distinguirse en estos casos, entre quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y quienes no lo hacen porque les fue imposible conocer su existencia. Así, sin perjuicio de que el reo ausente cuente con las acciones y recursos pertinentes, no puede éste válidamente alegar deficiencias en la defensa técnica, en sede de tutela, cuando ellas han sido efecto de su intención de evadir los efectos de la respectiva decisión judicial. Ello se debe a que, en este caso, su interés, al ser antijurídico, dejaría, lógicamente, de estar protegido por el ordenamiento. En tal situación se encuentran, entre otras, quienes, conociendo la existencia de un proceso penal en su contra, no se presentan ante la justicia con el fin de evitar su responsabilidad. Al respecto la Corte ha afirmado que: “Para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción será necesario, adicionalmente, demostrar (…) (2) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado”[[23]](#footnote-23). A su vez, en otra ocasión, distinguiendo entre quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y quienes no lo hacen porque les fue imposible conocer su existencia, dijo:*

*“En el caso del procesado ausente, debe distinguirse entre el procesado que se oculta y el sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso, para efectos de determinar los derechos que les asiste. Así, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica.” Sentencia C-488 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.*

*iii) Que la falta de defensa material o técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial; de manera tal, que pueda afirmarse que se configura una vía de hecho judicial por uno de los cinco defectos sustantivo, fáctico, orgánico, procedimental o por consecuencia.*

*iv) Que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado.*

*Si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o no aparejan una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra la respectiva decisión* judicial.[[24]](#footnote-24)

*En este orden de ideas, la ausencia de defensa técnica debe haber tenido repercusiones respecto de otros derechos fundamentales del sindicado y debe evaluarse dentro del contexto general del derecho al debido proceso. En tal medida, si, a pesar de las deficiencias en la defensa, el sindicado es absuelto, no puede afirmarse que se haya perpetrado una vulneración del derecho fundamental de defensa técnica. Ello se debe a que el derecho a la defensa técnica, es parte integrante del derecho al debido proceso, que tiene un carácter teleológico. Por tal razón, a pesar de que el derecho a la defensa técnica es autónomo, en estos casos es necesario considerarlo a partir del derecho al debido proceso, el cual, pese a sus imperfecciones puntuales, puede lograr su objetivo general, aquel en función del cual está establecido como derecho fundamental, que es la protección de los derechos sustanciales del sindicado. Carecería de objeto pretender su protección, cuando el sindicado ya ha sido absuelto.*

*Entonces, frente a una presunta vulneración del derecho fundamental a una defensa técnica, es necesario estudiar cada caso concreto para evaluar sus precisas consecuencias a partir de una ponderación que tenga en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, previa verificación del cumplimiento del requisito de procedibilidad de la acción de tutela.”* (Subrayas ex texto)

6.13.3 En atención al precedente citado se observa que en el caso *sub examen* no se cumplen los requisitos deducidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que no hubo una evidente ausencia de estrategia defensiva de la abogada Cardona Hoyos, ni se evidencia que esta hubiera tenido una conducta pasiva en la fase de solicitudes probatorias o en su intervención en el juicio, o que esas situaciones hubieran tenido injerencia en la decisión adversa para el procesado.

6.13.4 Además hay que manifestar que en la jurisprudencia puntual de la SP de la CSJ se ha indicado que no se puede alegar la vulneración de garantías fundamentales por causa del ejercicio de la defensa técnica, cuando no se obtiene una decisión que resulte favorable para los intereses del procesado. En ese sentido en CSJ SP del 14 de noviembre de 2007 radicado 28639 se dijo lo siguiente:

*“(...) Ahora, que la actuación del defensor no hubiese rendido los frutos queridos, es asunto que de ninguna manera sustenta la tesis de precariedad o ausencia defensiva, en tanto, elemental asoma que la función del abogado asoma de medio y no de resultado, debiendo criticarse la simple inercia o pasividad ajena a cualquier estrategia y no que se intente por los medios legales, así no tenga eco la propuesta, favorecer la condición sub iudice del procesado, ora buscando se le declare inocente, ya pretendiendo se dejen de lado medidas coercitivas o facultando se aminoren sus efectos.*

*(...) Bien poco aportan, en contrario, los asuntos meramente episódicos destacados por la demandante para señalar la supuesta incompetencia de su antecesor en el cargo, como quiera que refieren ellos a aspectos si se quiere normales dentro de la sistemática acusatoria, que se caracteriza por el debate y la dialéctica, en curso de los cuales perfectamente puede intervenir el Juez o Magistrado para encauzar de la que entiende mejor manera la discusión, sin que ello represente, como lo enseña la práctica judicial diaria, evidente desconocimiento o carencia de fortalezas en el profesional del derecho que asume la representación de la acusada, como de ordinario ocurre también con la fiscalía y el Ministerio Público.*

*Sobre el tópico, ya la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse, del siguiente tenor[[25]](#footnote-25):*

*“Porque no se trata de que el recurrente, quien ahora asume la tarea de representación legal del acusado, anteponga su particular criterio, conocimientos o perspectiva profesional, a la de su antecesor en el cargo, para ver de encontrar falencias o yerros que no superan el campo de la simple especulación, sin establecer siquiera cómo la que se entiende mejor estrategia hubo de tener más positivos efectos a favor del procesado.*

*“Mucho menos cuando, como sucede aquí, la crítica no va dirigida a la inactividad real o presunta del defensor anterior, sino a su supuesta incompetencia profesional, misma que pretende demostrarse a través del mecanismo si se quiere descontextualizado, de atomizar la intervención global del profesional del derecho, haciendo referencia a aspectos coyunturales que generaron objeciones de la contraparte, aceptadas por la Jueza directora de la audiencia de juicio oral.*

*“Apenas en agraz la implementación del nuevo sistema acusatorio, desde luego que, como lo pregona el recurrente, se hace necesaria una profunda capacitación de quienes profesionalmente intervienen en el proceso.*

*“Pero, precisamente por su naturaleza germinal, no es esta una actividad que deba entenderse acabada o signifique asumir en manos de determinados profesionales el conocimiento completo de la dinámica procesal y las técnicas propias del juicio oral.*

*“Todo lo contrario, como la experiencia lo enseña, incluso cuando las modificaciones procesales son mínimas, el periodo de acomodamiento y decantación del mejor proceder, es amplio y proceloso, sin que los errores propios de la implementación puedan ser atribuidos a la incapacidad profesional del funcionario o la parte que los cometen.*

*“Porque, es necesario precisarlo, la vigencia de la Ley 906 de 2004, ha demostrado que las novísimas instituciones allí insertas, así como la forma de adelantar las distintas audiencias, emergen aspectos las más de las veces problemáticos, propensos a disímiles interpretaciones y posturas, sin que exista en muchas de ellas, al presente, una postura sólida y unificada que permita aseverar que la práctica contraria obedece a la incompetencia, ignorancia o incuria de quien así actúa.*

*“Sólo la práctica, y desde luego la jurisprudencia de esta Corporación, permitirán que a futuro los tópicos hoy discutibles o de difícil factura, alcancen un punto óptimo de discernimiento y operatividad en la dinámica procedimental.*

*“En el entretanto, asoma bastante discutible la postura del impugnante, cuando de las dificultades propias de la implementación del sistema, recurrentes y generales como la práctica diaria lo enseña, pretende extractar la supuesta incompetencia de su antecesor en el cargo sólo porque dentro de las técnicas propias del juicio, algunas de sus intervenciones fueron objetadas y la jueza consideró adecuada la objeción.*

*(...) “Porque, es necesario precisar, la reiteración en las objeciones, dentro del campo virgen de técnicas de oralidad atrás descrito, si bien, puede significar, como referencia el recurrente, algún tipo de falencia en el interrogatorio o intervención de la parte en contra de la cual se proponen, también es posible que refleje similares limitaciones en el proponente de las mismas.*

*“Es claro, igualmente, que a la definición de adecuada o inadecuada defensa, no puede llegarse por la vía fragmentaria e inconexa pretendida por el casacionista, si a la par el análisis global y conjunto del comportamiento procesal del defensor anterior y sus efectos, permite advertir que finalmente pretendió hacer valer una teoría del caso efectivamente propuesta y cabalmente desarrollada a través de la presentación y controversia de pruebas, aunque la pretensión resultó fallida, no por ostensibles yerros u omisiones, sino en atención a que el despacho fallador dio plena validez y efectos a las pruebas de cargos presentadas por la fiscalía.”*

6.13.5 Como complemento de lo expuesto anteriormente y en lo relativo a la posibilidad que tiene el defensor de plantear su propia estrategia defensiva, conforme a las particularidades de cada caso se cita lo manifestado en CSJ SP del 23 de abril de 2008, radicado 29118, donde se expuso lo que se transcribe a continuación:

*“(...) Ya la Corte, en punto del derecho de defensa, ha decantado su jurisprudencia de manera amplia y pacífica, determinando que la pretensión casacional basada en la actividad del profesional del derecho que acompañó al procesado durante el trámite, no puede partir de simples lucubraciones o hipótesis referidas a cómo el demandante hubiese adelantado esa tarea, pues, siempre será posible, de manera retrospectiva y cuando el resultado ha sido adverso, definir otros caminos pasibles de seguir y que eventualmente pudieron rendir mejores réditos.”*

6.13.6 Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala considera que no hay lugar a decretar la nulidad planteada por el recurrente, por presunto déficit en la defensa técnica del procesado.

**7. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO PROPUESTO DE MANERA SUBSIDIARIA POR EL CENSOR: LO RELATIVO A LA FIJACIÓN DE LA PENA IMPUESTA AL PROCESADO.**

7.1 De conformidad con lo previsto en el artículo 60 del C.P., para efectuar el proceso de individualización de la pena, el juzgador debe fijar en primer término los límites mínimos y máximos dentro de los que se debe mover. La misma norma dispone que cuando hubiere *“circunstancias modificadoras de esos límites”,* se deben aplicar las reglas previstas en los numerales 1 a 5 de ese artículo.

7.2 En el caso en estudio el procesado fue condenado por la conducta de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes” (artículo 376 inciso 2º C.P.), cuya pena es de 64 a 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 smlmv.

7.3 En el caso *sub lite* el a quo procedió a delimitar los ámbitos punitivos de movilidad para ese tipo penal de conformidad con lo previsto en el artículo 61 inciso segundo del CP: *“el sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva”.* (Subrayas ex texto).

Para el efecto tuvo en cuenta que en el caso bajo análisis existía una circunstancia de menor punibilidad como la carencia de antecedentes penales del procesado, por lo cual la fijación de la pena debía hacerse dentro del cuarto mínimo que oscila entre 64 a 75 meses de prisión y multa de 2 a 39 SMLMV para el año 2015.

7.4 La controversia que propone el apelante surge de la decisión del juez de primer grado al incrementar la pena hasta el límite máximo del cuarto mínimo, con base en los factores previstos en el inciso 3º del artículo 61 del C.P., por lo cual fijó la sanción en 75 meses de prisión, al considerar que la conducta atribuida al procesado revestía un mayor *plus* de gravedad, ya que si bien el verbo rector por el cual fue acusado fue el de conservar sustancia estupefaciente, la cantidad de dosis que le fueron encontradas en el operativo superaba en más de 50 veces la dosis permitida y existía información en el entendido que esa sustancia era conservada con fines de distribución, lo que implicaba una mayor desvaloración del acto en razón de los problemas sociales que acarrea el microtráfico de estupefacientes.

7.5 En ese sentido es necesario tener en cuenta que el tercer inciso del artículo 61 del CP, dispone lo siguiente:

*“Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto…”.* (Subrayas ex –texto)

7.6 Respecto del incremento punitivo, el censor planteó que se debe tener en cuenta lo pedido por la FGN en el procedimiento de que trata el artículo 447 del CPP en la cual solicitó partir del mínimo de pena a imponer.

7.8 Sin embargo hay que manifestar que el primer inciso del artículo 447 del CPP dispone que en esa audiencia el fiscal y el defensor; *“Si lo consideran conveniente podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado”.*

7.9 En ese orden de ideas lo que corresponde decidir es si le asistió razón al *A quo,* para hacer ese incremento punitivo por calificar el acto atribuido al procesado como más grave, sobre lo cual debe decirse que no se comparte el argumento del censor, en el sentido de que se debió aplicar la pena tal como fue solicitada por la delegada de la FGN y la defensora del procesado en la audiencia de IPS, [[26]](#footnote-26)quienes pidieron fijar la sanción en el mínimo del primer cuarto de pena previsto para la conducta punible atribuida al sentenciado, ya que esa petición no resultaba vinculante para el juez de conocimiento, [[27]](#footnote-27)ni violaba la regla de congruencia establecida en el artículo 448 del CPP, que solo se predica entre acusación y sentencia, fuera de que el recurrente no controvierte en forma alguna la motivación del fallador utilizó para efectuar una mayor desvaloración de la gravedad de la conducta atribuida al procesado como ocurrió en el *sub examen.*

7.10 En ese sentido, esta Colegiatura considera que el comportamiento del procesado sí comportaba un mayor desvalor que justificaba el incremento de la sanción que se le impuso, que no vulneró el principio de legalidad de la pena, toda vez que con la conducta del señor AER se afectó a la comunidad y la salud pública debido a las cantidades de dosis de estupefacientes encontradas en el registro domiciliario en que fue privado de su libertad.

7.11 Sobre ese tema en particular la SP de la CSJ, en decisión del 29 de julio de 2008, proferida dentro del expediente radicado Nro. 29.788 expuso lo siguiente:

*“Frente al cargo propuesto, la Corte estima que no le asiste razón al libelista cuando reprocha la sentencia por graduar el monto de la pena imponible conforme al criterio de la gravedad de la conducta, toda vez que contrario a lo sugerido por la censura, la observación de tal criterio es una obligación legal a la que están sujetos los juzgadores por virtud del inciso 3º del artículo 61 ibídem, en concordancia con el artículo 3º de la Ley 890 de 2004, cuando quiera que no se haya negociado el monto de la pena en virtud de un acuerdo. (…)*

*Sobre la valoración de la gravedad de la conducta punible a efecto de tasar la pena a imponer, en vigencia de la Ley 600 de 2000, la Sala tiene establecido[[28]](#footnote-28):*

*“3. De conformidad con el artículo 61 del Código Penal de 1980, una vez el juzgador determina los límites dentro de los cuales debe fijar la pena, aplicará la que corresponda teniendo en cuenta “la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente”.*

*Por su parte, el artículo 61 de la Ley 599 del 2000 dispone que, establecido el cuarto de movilidad “dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo... la necesidad de pena y la función que ella debe cumplir en el caso concreto”.*

*Con los dos Estatutos, el juez debía, y debe, considerar la “gravedad de la conducta” para determinar si, dentro de los límites legales establecidos, hay lugar a imponer el tope mínimo, alejarse de éste, o aplicar el máximo”. (…)*

*De los razonamientos de la demanda y la sustentación del recurso respectivo, la Sala puede percibir que el censor desconoce el alcance de la expresión “la mayor o menor gravedad de la conducta”, porque asume que cuando el referido presupuesto de graduación punitiva hace relación a la “conducta”, esta no se refiere a la gravedad del delito en sí mismo, sino, al comportamiento humano previo, concomitante y posterior a la comisión del punible del enjuiciado, error aprehensivo que conduce a una sesgada apreciación de la norma…”*

7.11 De conformidad con el anterior precedente respecto de la proporcionalidad al fijar la pena, esta Colegiatura concluye que la decisión de la *A quo* no fue excesiva o desproporcionada al fijar como pena del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes de 75 meses de prisión que corresponde al máximo del cuarto mínimo de movilidad punitiva, por razón de la mayor gravedad de la conducta, frente a lo cual se debe aclarar que aunque en la sentencia de manera incongruente no se hizo el mismo incremento frente a la pena de multa, que se fijó en el mínimo del primer cuarto de movilidad, (2 SMLMV) no se procederá a variar la misma, para no vulnerar el principio de la *non reformatio in pejus*.

7.12 Sobre el concepto de la “mayor gravedad de la conducta” se ha dicho en la doctrina pertinente que éste debe constituir *“un plus de la conducta que está más allá de la misma circunstancia de agravación, genérica o específica, y que es un comportamiento especial que aumenta la intensidad del injusto, sin que el legislador la haya contemplado expresamente como agravante y en tal medida se justifica la destinación que hace el precepto examinado. Son pues manifestaciones existenciales especiales que caracterizan determinada conducta”[[29]](#footnote-29)*, por lo cual se considera que el juez de primer grado actuó acertadamente al no partir del mínimo del primer cuarto de pena para fijar la sanción corporal y en cambio tuvo en cuenta las particulares circunstancias del delito atribuido al procesado, lo que puede entenderse como una mayor intensidad del dolo, que comportaba un incremento de la lesividad de acto, con efectos en la pena a imponer.

En consecuencia se considera acertada la decisión recurrida frente al ejercicio de dosimetría penal del caso en estudio, con las salvedad enunciada frente a la errónea fijación de la pena de multa, lo cual lleva a confirmar la decisión que fue objeto del presente recurso en la cual se le impuso al sentenciado una pena de 75 meses de prisión y multa de 2 SMLMV para el año 2015, por la violación del artículo 376 del CP con la pena prevista en el inciso 2º de esa disposición

8. Con base en las razones antes expuestas se impartirá confirmación a la sentencia recurrida, y se reitera que en aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, esta colegiatura no hará ningún pronunciamiento sobre la responsabilidad del procesado, ya que ese componente de la sentencia no fue objeto del recurso de apelación interpuesto

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO**: **CONFIRMAR** la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2015, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía (Risaralda), en la cual se declaró penalmente responsable al señor AER por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc 2º C.P.).

**SEGUNDO**: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 4-7. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 33 a 39 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 42 a 61 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 14 a 18 [↑](#footnote-ref-4)
5. Sobre el tema ver sentencia C-225 de 1995 Corte Constitucional [↑](#footnote-ref-5)
6. Auto del 14 de noviembre de 2007 Radicado 28.639. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sobre el tema ver C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de abril de 2008 Radicado 28028 M.P. Augusto de J. Ibáñez Guzmán. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Sentencias de 22 de junio de 2006 y 6 de septiembre de 2007, Radicaciones N° 22304 y 16958, respectivamente. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia del 18 de abril de 2012. Proceso Rad. 34.465. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. Ver Corte Constitucional Fallo de tutela T-957 de 17 de noviembre de 2006. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 12 [↑](#footnote-ref-11)
12. V 1 A partir de H.00.20.13 [↑](#footnote-ref-12)
13. V 1 partir de H. 00.22.40 [↑](#footnote-ref-13)
14. V 1 A partir de H.00.23.13 [↑](#footnote-ref-14)
15. V 1 A partir de H. 00. 29. 00 [↑](#footnote-ref-15)
16. V 1 A partir de H. 00. 33.50 [↑](#footnote-ref-16)
17. V 1 A partir de H. 00. 34.25 [↑](#footnote-ref-17)
18. V 1 A partir de H.00.44.25 [↑](#footnote-ref-18)
19. V 2 A partir de H. 00. 01.39 [↑](#footnote-ref-19)
20. A partir de H. 00.24.07 [↑](#footnote-ref-20)
21. A partir de H.02.02.40 hasta H.02.25.45 y réplica a partir de H.02.37.50 [↑](#footnote-ref-21)
22. Sentencia T-654 del 11 de noviembre de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [↑](#footnote-ref-22)
23. Ibídem. [↑](#footnote-ref-23)
24. En este sentido se ha manifestado la Corporación, por ejemplo, al negar el amparo en un caso en el cual el juez había valorado una prueba obtenida al margen del debido proceso, sin que el sindicado hubiera tenido oportunidad de defenderse. En esta oportunidad la Corporación entendió que sólo procedía la acción de tutela si la mencionada prueba constituía un elemento central de manera tal que, sin ella, la decisión judicial hubiese sido, necesariamente, diversa. Como en el caso existían otros elementos que podían justificar la mencionada decisión la Corte no concedió la respectiva anulación. Sentencia T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [↑](#footnote-ref-24)
25. *Sentencia del 25 de abril de 2007, radicado 26.381* [↑](#footnote-ref-25)
26. A partir de H. 00.11.40 [↑](#footnote-ref-26)
27. En la sentencia CSJ SP del 25 de mayo de 2016, radicado 43837 se dijo que el juez podía condenar al procesado, pese a que existiera una petición de absolución del fiscal. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ver sentencia del 17 de agosto de 2005. Radicado. 23458. [↑](#footnote-ref-28)
29. Dosificación judicial de la pena. Nelson Saray Botero. Segunda edición. Leyer. Pag. 226. [↑](#footnote-ref-29)