

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ AUDIENCIA ESPECIAL/
INTERES PARA RECURRIR

PROCESO : 10578

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ

Aprobado Acta N° 148 (Octubre 16 de 1996)

Santafé de Bogotá, D. C., Octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y seis.

VISTOS:

Con fundamento en el trámite especial previsto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, uno de los Juzgados Regionales de Santafé de Bogotá dictó la sentencia anticipada de fecha 12 de julio de 1994, por medio de la cual condenó a FERLEY MEDINA CAMACHO, DARÍO CHAVARRO CALDERÓN y SERGIO SERRANO NIÑO, el primero, a la pena principal de diecisiete (17) años, seis (6) meses y veinte (20) días de prisión y multa por valor de ochocientos diecisiete con setenta y tres (817.73) salarios mínimos mensuales, como coautor responsable de un concurso de delitos de secuestro extorsivo-agravado y rebelión, de acuerdo con las previsiones de los artículos 6° del Decreto 2790 de 1990 y 1° del Decreto 1857 de 1989, adoptados como legislación permanente por los artículos 11 y 8° del Decreto 2266 de 1991, respectivamente; el segundo, a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión y multa de sesenta y seis con seis (66.6) salarios mínimos legales mensuales, en su condición de autor del delito de

rebelión tipificado en los mismos términos del anterior; y el tercero, a la pena principal de ocho (8) meses de prisión, al hallarlo responsable a título de autor del delito de “omisión de informes” sobre el injusto de secuestro (Ley 40 de 1993, art. 9°). A los tres condenados, se les impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, con la distinción de que al primero le corre dicha sanción por un período de diez (10) años, mientras que a los dos restantes los afecta por un término igual al de la pena privativa de la libertad. En el mismo fallo, se declaró la obligación separada de los tres sentenciados de resarcir los daños y perjuicios ocasionados con los delitos, en cuantías diferentes; se les negaron los subrogados penales (impropiamente el juez se refirió de una vez y directamente a la libertad condicional) y también se ordenó la ruptura de la unidad de proceso, con el fin de que la Fiscalía continuara la investigación de los hechos punibles y de los demás procesados no cobijados por dicha terminación anticipada.

Por la vía del recurso de apelación, el Tribunal Nacional conoció del reseñado fallo y, por medio del de segunda instancia que está fechado el 25 de noviembre de 1994, lo modificó en el sentido de aumentar la pena dispuesta para FERLEY MEDINA CAMACHO a veintidós (22) años, diez (10) meses y veinte (20) días y multa por valor equivalente a noventa y uno con cincuenta y cinco (91.55) salarios mínimos legales mensuales, por cuanto el delito de secuestro extorsivo, en razón de su naturaleza permanente que extendió su perfeccionamiento hasta el 25 de enero de 1993 -fecha de liberación de la víctima-, debía tratarse punitivamente conforme con el artículo 1° de la Ley 40 de 1993, cuya vigencia comenzó el 20 de enero del mismo año, y no de cara al artículo 6° del Decreto 2790/90 que había seleccionado la primera instancia. Las restantes determinaciones del fallo de primer grado fueron avaladas por el superior funcional.

Precisamente en relación con esta sentencia del Tribunal Nacional, el sentenciado Medina Camacho interpuso el recurso extraordinario de casación y su defensor presentó oportunamente la respectiva demanda, acto que ahora concita la intervención de la Corte.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. A partir de la denuncia formulada por el joven Jesús Antonio Peña Parra, se tuvo conocimiento de que el día 22 de octubre del año de 1992, aproximadamente a las 11:00 horas de la mañana, el octogenario comerciante y ganadero Aníbal Peña Sánchez -padre del denunciante-, salía de su finca “Condorito”, situada en la vereda El Salado-Aguablanca del municipio de Pitalito, departamento del Huila, en su vehículo tipo camioneta, marca LUV 2300, modelo 1992, de placas PTT-043, color blanco, acompañado de dos servidores suyos, cada uno de los cuales había sido dotado de arma de fuego corta para que proveyeran a la seguridad personal del hacendado, cuando fue interceptado por un grupo de cinco (5) personas, aproximadamente, que rápidamente los amenazaron con armas de fuego de largo alcance, granadas y pistolas, desarmaron a sus custodios y sacaron forzosamente al anciano de su vehículo y lo hicieron abordar el carro marca dahiatsu en el que se movilizaban los delincuentes, le advirtieron que ahora sí les pagaría el dinero que tenían pendiente, para después conducirse con él en dirección al pueblo de San Adolfo y posteriormente, con recorridos a caballo y a pie, se internaron en la zona montañosa del departamento de Caquetá, lugar donde fueron recibidos por otro grupo de hombres armados que se encargó de la vigilancia y cuidado del retenido.

De esta manera se produjo el secuestro del señor Peña Sánchez, de quien inicialmente se exigían cuatrocientos millones de pesos (\$ 400.000.000.00) para su liberación, exigencia que al final se situó en la suma de trescientos millones de pesos (\$ 300.000.000.00). Los dos acompañantes del cautivo, Jhon Jairo Meneses Guerrero y Rodolfo Nelson Roa Acharly, habían quedado con vida y vigilados dentro de la camioneta de propiedad de su empleador, pero después fueron hallados sus cadáveres en jurisdicción de San Adolfo.

Ocurre que el día jueves 12 de noviembre de 1992, en la vía Garzón-Altamira-Pitalito, el

grupo UNASE del Ejército Nacional retuvo a dos (2) individuos que se movilizaban como pasajeros en un taxi de servicio público, quienes portaban en ese momento un radio de comunicaciones, un revólver marca smith & wesson, calibre 38 largo, con seis (6) cartuchos para el mismo y ochenta y siete (87) cartuchos más calibre 7.62. Estos sujetos fueron identificados como URIEL ORDOÑEZ (o ROBERTO ACOSTA) y FERLEY MEDINA CAMACHO (o ELVER QUINTANA o CÉSAR CORTÉS, conocido también con los alias de “Pollo César” o “Carlos”), quienes fueron puestos a disposición de la autoridad competente el 21 de noviembre siguiente y adujeron que pertenecían al Frente 13 del Comando Sur de la organización subversiva denominada Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC-EP, bajo cuyas órdenes se había perpetrado el secuestro del señor Aníbal Peña Sánchez y que en ese entonces buscaban contacto con la familia del rehén para negociar la liberación.

Por las mismas calendas también fue capturado en el cementerio del municipio de Pitalito, al parecer cuando asistía a unos funerales, el sujeto DARÍO CHAVARRO CALDERÓN (o GAVINO CERGUERA CASTAÑEDA, conocido también con los alias de “Misael Darío”, “Ricaurte” y “El diablo”), quien también admitió que pertenecía al mismo frente guerrillero, mas adujo que no había participado en el mencionado secuestro, por cuanto a la sazón cumplía otras tareas ordenadas por el comandante de la organización subversiva.

Y merced a los señalamientos de Uriel Ordoñez, el día 3 de diciembre de 1992, fue capturado el individuo SERGIO SERRANO NIÑO (a. “Chayane”), quien había acompañado a los dos primeros en un recorrido por el municipio de Puerto Tolima, en el departamento del mismo nombre, en procura de buscar contacto telefónico con los familiares de la víctima del secuestro, aunque negó su pertenencia al grupo insurgente.

El anciano secuestrado fue liberado por el grupo armado irregular el día 24 de enero de 1993, al parecer sin que se haya pagado rescate alguno, pues, todo indica que el

descubrimiento de la participación de la asociación insurgente en esa empresa criminal, precipitó la liberación de la víctima.

2. Por parte del Fiscal Regional ante las Unidades Investigativas de Policía Judicial, con sede en Pitalito, el día 21 de noviembre de 1992 fueron recibidos en indagatoria los imputados Uriel Ordoñez y Ferley Medina Camacho, el 22 de noviembre siguiente se hizo lo propio con Darío Chavarro Calderón, el 4 de diciembre del mismo año se escuchó en injurada a Sergio Serrano Niño y, en virtud de la confesión y las delaciones del primero, también fueron capturados y sucesivamente vinculados a la investigación los ciudadanos Luis Carlos Pinilla Cuéllar, Luis Enrique Ibarra Torres y Jorge Eliécer Romero Castaño. Posteriormente, el 20 de febrero de 1993, en razón del informe presentado por el capitán Oscar Mauricio Cote López, oficial del Batallón de Infantería N° 27 -Magdalena-, se le recibió indagatoria al señor Luis Emilio Vargas Morales (fs. 7, 12, 16, 19, 25, 29, 31, 32, 43 y 274, cuaderno original N° 1).

3. Por medio de resolución fechada el 15 de diciembre de 1992, la Unidad de Fiscalía Especializada de Terrorismo de la Dirección Regional de Santafé de Bogotá, resolvió la situación jurídica de los siete (7) primeros vinculados, le dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva -sin excarcelación- a seis (6) de ellos y se abstuvo de proferirla en relación con Jorge Eliécer Romero Castaño, de la siguiente manera: Uriel Ordoñez y Ferley Medina Camacho, como coautores de un concurso de delitos de secuestro extorsivo-agravado (arts. 22 y 23 del Decreto 180/88) y Rebelión (art. 1° del Decreto 1857 de 1989); Darío Chavarro Calderón, como autor del injusto de Rebelión; Luis Carlos Pinilla Cuéllar, coautor del hecho punible de secuestro y cómplice de Rebelión; Luis Enrique Ibarra Torres, autor del delito de “omisión de informes sobre secuestro”, previsto en el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, y cómplice de Rebelión y Sergio Serrano Niño, autor del mencionado hecho punible de “omisión de informes” (fs. 56 a 67, C. O. 1). En la misma providencia se ordenaron las copias para investigar los presuntos delitos de “Fabricación y tráfico de armas,

municiones y explosivos” e “infracción a la Ley 30 de 1986” (numeral 11, parte resolutive).

La situación jurídica de Luis Emilio Vargas Morales fue definida favorablemente en la resolución del 4 de marzo de 1993, por la cual esa misma Unidad de Fiscalía se abstuvo de vincularlo con medida de aseguramiento (C. O. 1, fs. 278 a 281).

4. Por primera vez, de acuerdo con el memorial que se recibió el 13 de enero de 1993 en la secretaría común de la Dirección Regional de Fiscalías de esta capital, el procesado Ferley Medina Camacho solicitó la “audiencia especial” de que trataba el original artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, “para acogerme a la terminación anticipada del proceso y tener derecho al beneficio de rebaja de una sexta parte” (fs. 95, C. O. 1). Sergio Serrano Niño hizo solicitud de terminación anticipada el 19 de marzo de 1993 (fs. 294), y Darío Chavarro Calderón toma la misma opción el 7 de enero de 1994 (fs. 424).

5. En la resolución del 10 de mayo de 1994, el fiscal regional declaró cerrada parcialmente la investigación en relación con las ocho (8) personas legalmente vinculadas, sin que haya explicitado si lo parcial se refería a algunos delitos o impropriamente a otros imputados (C. C. 2, fs. 7).

6. Dicha resolución de cierre de investigación fue parcialmente revocada, por medio de la providencia del 2 de junio de 1994, en virtud del recurso de reposición interpuesto por el procesado Ferley Medina Camacho y el defensor de Darío Chavarro Calderón, al advertir que estaban pendientes las solicitudes de sentencia anticipada y aún faltaban defensas técnicas por proveer. En consecuencia, se señaló fecha y hora para llevar a cabo la diligencia de sentencia anticipada (fs. 29, 30 y 54, C. O. 2).

7. Pues bien, el día 10 de junio de 1994 se llevó a cabo la diligencia de sentencia anticipada, de conformidad con el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal,

modificado por el artículo 3° de la Ley 81 de 1993, acto en el cual se destacan las siguientes incidencias: no acudió el defensor del procesado Darío Chavarro Calderón y, como quiera que éste insistió en el interés de acogerse a la terminación anticipada y aceptó que le designaran un defensor de oficio, la Fiscalía le entregó el encargo al doctor Alfonso Murcia Rojas, quien antes también había sido reconocido como defensor de los otros dos optantes de la finalización especial, Medina Camacho y Serrano Niño; el fiscal les explicó a los procesados las consecuencias, los beneficios y los alcances de la figura en cuestión; se relataron detalladamente los hechos; se reseñaron las pruebas; a Ferley Medina Camacho se le imputó el concurso de delitos de rebelión (art. 1°, Decreto 1857/89) y secuestro extorsivo, pero éste no en las condiciones típicas señaladas en la resolución de situación jurídica, sino conforme con el inciso 1° del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, norma que empezó a regir el 16 de enero de 1991 y en vigencia de la cual “tuvo ocurrencia” el delito, agravado de conformidad con las causales 1a. y 3a. del artículo 270 del Código Penal, por remisión expresa del párrafo del artículo 6° citado, por cuanto el ofendido superaba los 70 años de edad al momento de la ilícita aprehensión y se le mantuvo privado de la libertad por más de 30 días; de igual manera, y también en relación con Medina Camacho, se advirtió que, aunque la dosificación punitiva correspondía al juez regional, de acuerdo con el inciso 5° del artículo 3° de la Ley 81 de 1993, la Fiscalía estimaba que eran concurrentes para él las rebajas sucesivas de una tercera parte de la pena por sentencia anticipada y por confesión, ésta última por aplicación favorable del artículo 299 del C. de P. P., antes de la modificación introducida por la Ley 81; en cuanto a Darío Chavarro Calderón se le atribuyeron los mismos cargos de la resolución de situación jurídica; y, en relación con Sergio Serrano Niño se le dijo que era responsable del delito de “omisión de informes sobre secuestro”, que antes se le había encarado, pero que su punición, por favorabilidad, se haría de acuerdo con el artículo 9° de la Ley 40 de 1993. Es nota común a los tres procesados la aceptación expresa y directa de los cargos formulados y de la responsabilidad deducida por la Fiscalía (C. O. 2, fs. 113 a

122).

En el acta se indica que la Fiscalía Seccional investiga separadamente la muerte violenta infligida a los dos acompañantes del secuestrado.

8. Finalmente, se produjeron las sentencias de primera y segunda instancia, de fecha 12 de julio y 25 de noviembre de 1994, cuyas determinaciones son las que ya se compendiaron en el introito de este fallo.

LA DEMANDA DE CASACIÓN:

Después de identificar a los sujetos procesales, presentar los hechos del proceso y hacer una reseña de la actuación procesal, el demandante ataca la sentencia del Tribunal Nacional con fundamento en la causal tercera de casación, pues estima que dicho fallo fue dictado en un juicio viciado de nulidad y, al amparo de este factor, le formula tres cargos, de la siguiente manera:

El primero lo refiere al hecho de que la audiencia de sentencia anticipada se realizó con un mismo defensor para los tres procesados, a sabiendas de que existían intereses encontrados entre Sergio Serrano Niño y su defendido Ferley Medina Camacho, pues aquél había acusado a éste en el curso de sus intervenciones, error que condujo al juez de primera instancia a la violación de la garantía de “la defensa integral y técnica y de paso el debido proceso”. Para la demostración del cargo simplemente señala la foliatura específica en la cual se advierte la presunta incompatibilidad, y entonces remite allí para su análisis. Consecuente con este juicio de valor, el demandante solicita la nulidad a partir de la resolución que convocó a la audiencia de sentencia anticipada.

El segundo cargo tiene varias facetas y lo hace consistir en que en la diligencia de sentencia anticipada se le anunció al procesado Medina Camacho que “para la

imputación necesariamente debía tenerse en cuenta su confesión” (el énfasis es del texto); que se le aplicaría el Decreto 2790 de 1990 y el criterio de favorabilidad, promesas que indudablemente afectaron su libertad de conciencia y voluntad para aceptar responsabilidad penal, que vulneraron además “su derecho a la defensa integral y técnica”, “las garantías procesales y sus derechos fundamentales”. Otra dimensión adquiere el reproche cuando se refiere a los hechos confesados por el procesado en la diligencia de indagatoria y en la posterior ampliación, muy diferentes de aquéllos a los que engañosamente se le condujo en la diligencia de sentencia anticipada, pues en aquéllas oportunidades Ferley Medina Camacho simplemente aceptó que era un agente SEDICIOSO, sin participación alguna en actos tendientes a derrocar el Gobierno Nacional, además de que confesó haber cumplido una rutinaria labor de “campanero” para anunciar por radio a sus compañeros de grupo la eventual presencia del ejército, pero en manera alguna consciente de que a esa hora otros perpetraban el secuestro de una persona. De modo que, si el arrebatamiento de la víctima no fue consecuencia directa de la acción o de la omisión de Ferley, además porque llevaba seis meses retirado de las filas de Frente 13 por enfermedad y no conocía los planes de plagio de sus correligionarios, no se cumplen entonces los requisitos de los artículos 21 y 25 del Código Penal para imputarle el hecho de secuestro y comunicarle sin su conocimiento las circunstancias materiales y personales en las que actuaban sus compañeros. En la demostración de este cargo remite al acta de sentencia anticipada (fs. 123 a 122) y a la forma de negociar que refleja la Fiscalía en el folio 337; al igual que a los folios 7 a 14 y 31 a 33. Del mismo modo que en el acápite anterior, solicita la nulidad a partir de la resolución de convocatoria a la sentencia anticipada.

El tercer cargo lo relieves como un error en la denominación jurídica del hecho imputado, supuesto que lo confesado encuadra típicamente en delito de sedición y no en el de la rebelión, razón por la cual se perfila una VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL,

por aplicación indebida del artículo 125 del Código Penal (modificado por el Decreto 1857/89) y por falta de aplicación del artículo 126 idem. Para la demostración del reparo simplemente menciona las indagatorias de Uriel Ordoñez y Ferley Medina Camacho; recaba que un grupo de jóvenes iletrados que conforman la organización subversiva denominada FARC, sin ideología ni suficiente preparación militar y logística, que tiene que acudir a la emboscada, a la lucha clandestina y a la comisión de delitos comunes para poder subsistir, le parece imposible que pueda derrocar a la autoridad legítima o al Gobierno Nacional, pues dichas actitudes son más bien sediciosas que constitutivas de rebelión. Por lo demás, agrega el casacionista, el procesado pudo quedar incurso en el delito consistente en haber omitido dar informes sobre el secuestro que de pronto conoció después de ocurrido, comportamiento punible de conformidad con el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, estatuto éste que fue el que sirvió de base para el acuerdo. Así entonces, la presentación de un cargo errado en la audiencia de sentencia anticipada genera la nulidad que, según el recurrente, deberá decretarse a partir de la resolución de convocatoria a dicha diligencia.

En el capítulo V de la demanda, el recurrente presenta cargos subsidiarios con fundamento en la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, en dos sentidos:

a) Aplicación indebida del artículo 1° de la Ley 40 de 1993, la cual condujo a la falta de aplicación del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990. No obstante que comparte con el Tribunal Nacional que el secuestro es un delito permanente, advierte que los hechos ocurrieron el 22 de octubre del año de 1993, cuando aún no había entrado a regir la citada ley; el procesado fue capturado el 17 (sic) de noviembre de 1992 y le fue resuelta la situación jurídica el 15 de diciembre siguiente, antes de la vigencia de la ley 40; y el acusado no tenía disponibilidad material ni subjetiva sobre la víctima, antes o después de su captura, pues ni siquiera había participado en el secuestro. Como el Tribunal Nacional entendió que Ferley continuaba ejerciendo poder o custodia sobre el rehén,

fácilmente se equivocó al aplicar el artículo 1° de la Ley 40 de 1993, dejando de aplicar el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, cargo que le había sido formulado en el acuerdo de sentencia anticipada, que tiene el mismo valor de la resolución acusatoria. A manera de colofón, sugiere a la Corte que se case la sentencia recurrida y se dicte la que debe reemplazarla, en armonía con los cargos deducidos en la diligencia anticipada.

b) Falta de aplicación del inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790, en lugar del artículo 1° de la Ley 40 de 1993, pues es la norma que condice con los hechos confesados por Ferley Medina Camacho, la vigencia de la ley en el tiempo y el principio de favorabilidad. Sitúa la prueba de este cargo en los folios 13 a 23 del fallo de segunda instancia y, consecuentemente, solicita que se case éste y se dicte otro de conformidad con lo confesado.

En el capítulo VI del libelo formula otro cargo subsidiario, también con fundamento en la causal primera de casación, pero esta vez por violación indirecta de la ley sustancial, debido a un error de hecho de la especie del falso juicio de identidad, el cual condujo al fallador a ignorar la aplicación de los artículos 24 del Código Penal y 6°, inciso 3° del Decreto 2790 de 1990. Se anuncia que el sentenciador tergiversó o distorsionó el sentido de las versiones rendidas por los sindicados Ferley Medina Camacho y Uriel Ordoñez, pues éstas muestran claramente que el primero cumplía el papel del “campanero”, que desconocía los pormenores del secuestro del señor Aníbal Peña Sánchez, y que simplemente omitió dar informes a la autoridad sobre las actividades del grupo sedicioso en relación con el delito contra la libertad. De modo que el procesado “actuó como cómplice por la ayuda posterior al secuestro pero su conducta estuvo enmarcada dentro de los lineamientos del inc. 3° del art. 6° del D. 2790/90”. Finaliza con la invocación de los folios 7 al 14 y 31 a 33 y del contenido de las sentencias de primero y segundo grado, como prueba del cargo formulado.

El capítulo VII de la demanda se ocupa de dos cargos imputados a la sentencia con

fundamento en la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial reflejada en un error de derecho, debido a un falso juicio de convicción. Sostiene, en primer lugar, que la irregular forma de valoración de la prueba, sobre todo de las dos aludidas indagatorias, condujo al sentenciador al yerro que desembocó en la ya recalcada aplicación indebida de unas normas y a la correlativa falta de aplicación de las que eran procedentes. En segundo lugar, el demandante se refiere al error de derecho como falso juicio de legalidad, en virtud de la apreciación que el juez hizo de un reconocimiento fotográfico protagonizado por el también procesado Sergio Serrano Niño, sin sujeción al rito legal de esta clase de prueba (art. 369 C. de P. P.) y en ausencia del defensor del acusado Medina Camacho. Estos dos reparos, que plantea bajo la misma causal, pretende el casacionista que se remuevan con la casación de la sentencia impugnada y el proferimiento de la que debe reemplazarla, la cual sólo puede involucrar cargos por el delito previsto en el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990.

Por último, el capítulo VIII de la demanda de casación se refiere a la causal segunda, a cuyo amparo se sostiene que existe incongruencia entre la sentencia condenatoria y los cargos deducidos en el acta de sentencia anticipada, que equivale a la resolución de acusación. En efecto, en la formulación de cargos de la diligencia de sentencia anticipada se alude a las normas del Decreto 2790, no a las de la Ley 40, además se le prometió rebaja acumulativa de una tercera parte por allanarse a ese modo de terminación del proceso y por confesión, todo lo cual se incumplió en el fallo del Tribunal. Como al procesado se le mintió y se le nombró como defensor el de sus presuntos “delatores de oídas”, expone el demandante, todo ello quebrantó su libre voluntad y condujo a la aplicación indebida de normas no compatibles con los hechos por él confesados. Solicita, en consecuencia, que se case el fallo y que el sustitutivo se refiera sólo al cargo de complicidad previsto en el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790.

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR:

El señor Procurador Delegado en lo Penal aborda en detalle el estudio de la demanda y distingue metodológicamente los siguientes temas:

1. La actuación. El caos de la actuación procesal, que evidencia descuido de los funcionarios responsables de su dirección y manejo, se traduce en la ausencia de folios que impiden aprehender cabalmente la realidad de diligencias cumplidas (fs. 3, por ejemplo); en la no incorporación de providencias adoptadas en el diligenciamiento (fs. 29 a 34); el trastocamiento de la cronología y la intercalación en el expediente de los distintos actos procesales; el equívoco reconocimiento de un defensor que había sido nombrado para otro procesado; todo lo cual obstaculiza el ejercicio libre de la defensa tanto material como técnica.

A lo anterior se suma la prolongada demora para atender una petición de sentencia anticipada, que los procesados habían intentado desde el mes de enero del año de 1993. Ésto y aquéllo, en sentir del Ministerio Público, amerita la expedición de copias para realizar una averigüación disciplinaria sobre el particular.

2. La falta de técnica de la demanda. Es nota común irregular de la demanda, la mixtura indebida de razones de violación de una determinada causal invocada con motivos que pertenecen a otra; así por ejemplo, la infracción de los artículos 21 y 25 del Código Penal o la indebida aplicación del artículo 125 idem, en lugar del artículo 126 ibidem, son juicios que comportan una crítica a las normas sustanciales aplicadas en la sentencia, que en manera alguna dicen relación con los vicios in procedendo propios de la causal tercera escogida.

Pues bien, en lo que tiene que ver con la causal tercera, importantes falencias destaca el Ministerio Público en relación con la presunta incompatibilidad de la defensa en la diligencia de sentencia anticipada; en lo que atañe a la mera aseveración de que la

formulación de cargos fue engañosa y condujo al error en la aceptación del acusado y las sugerencias de que el grupo subversivo de las FARC no apuestan al derrocamiento del gobierno nacional constitucionalmente establecido, sino apenas a la alteración de su normal funcionamiento.

De otro lado, también es una constante, la precaria demostración de las anomalías imputadas a la sentencia y de sus respectivas consecuencias, tanto cuando se quieren mostrar causales de nulidad, como cuando se pretende señalar yerros relacionados con las pruebas (violación indirecta de la ley sustancial), y aun en el caso de reparos con fundamento en la causal segunda.

En relación con la causal primera, las censuras no corren mejor suerte. La preferencia en la aplicación del artículo 1° de la Ley 40 de 1993, en lugar del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, tiene una sustentación en la sentencia de segundo grado, fundada en la caracterización del delito permanente de secuestro, sustancial motivación en la cual ni siquiera se introduce el censor para formular el respectivo reparo. También es asaz insuficiente que el impugnante diga, en segundo lugar, que simplemente se dejó de aplicar el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790, con el mero argumento de que era la norma vigente al momento de la captura del sindicado y por ello la indicada para regular su juzgamiento, sin referencia alguna a las razones del fallo atacado para desconocer la activación de tal precepto, que están precisamente relacionadas con la prolongación en el tiempo de la conducta típica de secuestro. Por lo demás, fácilmente reincide el actor en la mezcla indebida de argumentaciones, pues, si lo que pretendía era relieves la violación del principio de favorabilidad, cuando el sentenciador prefirió la Ley 40 de 1993 al Decreto 2790 de 1990, la causal procedente era la tercera y no la primera que venía desarrollando.

Con apoyo en la causal primera, continúa el Procurador Delegado, no se podía pretender señalar una equivocada formulación de cargos, en el sentido de que Ferley

Medina Camacho ha debido ser acusado como “cómplice posterior” del delito de secuestro, expresamente previsto en el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, y no como autor del mismo. Tal censura corresponde en realidad a un error in procedendo, cuya consecuencia sería la anulación del acto de formulación de cargos, pues, si se procurara corregir el yerro sólo en el ámbito del fallo impugnado, el que se dictara en su reemplazo resultaría inconsonante con la acusación, lo cual daría lugar a nuevo motivo de casación.

Los que aparecen como cuarto y quinto cargos imputados por la vía de la causal primera - el demandante los presenta en el Capítulo VII-, dice el Procurador, carecen de demostración sobre el error que se endilga al sentenciador, amén de que son inconsistentes los argumentos sobre el falso juicio de convicción y de legalidad, que se anuncian y se atribuyen respectivamente.

La primera censura que se hace con fundamento en la causal segunda, no tiene el desarrollo demostrativo que demanda el rigor del recurso extraordinario de casación, además involucra reflexiones que más bien tienen cabida dentro de la causal tercera. El segundo cargo introducido al amparo de esta misma causal, adolece de igual vicio de presentación, pues, si se insiste en la violación del derecho de defensa, debió conducirse el reparo por la vía de la causal tercera y no de la segunda. De otro lado, el demandante desconoce que en el acta de formulación de cargos de sentencia anticipada se dijo que Ferley Medina Camacho era autor del delito de secuestro, cargo que fue aceptado por el procesado, y en manera alguna se hizo incriminación a título de simple cómplice, como lo pretende aquél, razón por la cual no se ve la alegada incongruencia entre la sentencia y el acuerdo.

He ahí las razones de orden técnico para que la Delegada solicite la desestimación de la demanda de casación.

3. El interés para recurrir. Previa invocación del numeral 4° del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio Público advierte que el demandante en casación carece de interés jurídico para recurrir, supuesto que ninguno de los temas planteados se refieren directamente a la dosificación de la pena, la condena condicional, el pago de perjuicios o la extinción del dominio sobre bienes, únicos asuntos que autorizan la impugnación proveniente del procesado o de su defensor. En efecto, las modificaciones sobre la cantidad de pena impuesta dependerían del previo reconocimiento de la Corte de una indebida aplicación de las normas sustanciales, lo cual denota que el problema planteado no es de dosificación punitiva, sino de discrepancia sobre los preceptos aplicables. Ahora bien, las presuntas nulidades alegadas por el casacionista, como quiera que se soportan sobre irregularidades consentidas por quien ahora las ventila en casación o comportan una retractación de los cargos formulados y aceptados en la diligencia de sentencia anticipada, también quedan de esta manera demeritadas.

En relación con este tema, el Procurador Delegado cita lo pertinente de la sentencia de casación fechada el 4 de marzo del año en curso, cuya ponencia estuvo a cargo del magistrado Fernando Arboleda Ripoll. De acuerdo con esta decisión, dice la Delegada, la legitimidad para recurrir por la vía extraordinaria de casación, en tratándose de la sentencia anticipada y la audiencia especial, se circunscribe a los mismos casos expresamente señalados en el numeral 4° del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal "...y en aquellos en los que, con fundamento en la causal de nulidad, se denuncien vicios in procedendo a los cuales no haya contribuido el sujeto procesal con la conducta que observó en el momento de su formación y, agrega la Delegada, cuando no se haya afectado el derecho constitucional a la defensa" (fs. 85, cuaderno de la Corte. Énfasis añadido).

Como quiera que ninguno de los cargos presentados con apoyo en las causales primera y segunda se refieren a la dosificación punitiva, al subrogado de la condena de ejecución condicional, a la condena al pago de perjuicios, ni a la extinción del dominio

sobre bienes, la Delegada concluye en la falta de legitimidad para impugnar extraordinariamente la sentencia por estas vías.

En lo que atañe a la nulidad por violación del derecho de defensa, en virtud de la incompatibilidad de intereses, la Procuraduría sostiene que a ello contribuyó el mismo defensor cuando en su momento no hizo ninguna manifestación al respecto, razón por la cual, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal y a la interpretación que de él hace la Corte, el impugnante carecería de interés jurídico para presentar el recurso de casación.

Otros reparos formulados a la sentencia, por cuanto implican una retractación de los cargos aceptados por el procesado Medina Camacho en la audiencia correspondiente, en contravía del principio en contrario que es de consagración legal, también deben inadmitirse por ausencia de dicho interés jurídico para impugnar.

A partir de estas premisas relacionadas con el interés jurídico para acudir en casación, la Delegada concluye que la Corte debe desestimar la demanda.

4. Violación del derecho a la defensa. El Ministerio Público le solicita a la Corte que, a pesar de la desestimación de la demanda, provea a la casación oficiosa por vulneración del derecho a la defensa y, en consecuencia, decrete la nulidad de la actuación procesal a partir de las diligencias de indagatoria, salvo las pruebas que no están afectadas por tal vicio.

La petición se apuntala en el hecho de que los procesados Ferley Medina Camacho, Sergio Serrano Niño y Darío Chavarro Calderón fueron asistidos en sus respectivas indagatorias por personas honorables en la condición de defensores, pues, aunque para la época de dichos actos procesales estaba vigente el inciso 1° del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, ha de saberse que el municipio de Pitalito, lugar en el cual se cumplieron las indagatorias, es cabecera de circuito en la organización jurisdiccional del

país, por tanto debe aceptarse necesariamente que en tal población ejercen habitualmente la profesión varios abogados titulados, a quienes debió confiárseles la defensa de los procesados; amén de que no se dejó ninguna constancia sobre los motivos de la excepcional recurrencia a personas de esa respetable condición para proveer a la defensa de los sindicados.

La Delegada también resalta que los defensores técnicos fueron aprontados después de transcurrido un largo período en la investigación de los hechos, a partir de las indagatorias, sin esta asistencia fundamental. Señala un cúmulo de dificultades, restricciones y omisiones judiciales que debieron afrontar solitarios los procesados, que ponen de relieve la necesidad de la defensa letrada que se echa de menos y las consecuencias nocivas de su inexistencia en este proceso.

Como tales falencias pueden tener origen en el incumplimiento del mandato constitucional del inciso final del artículo 250, según el cual la Fiscalía General de la Nación debe respetar los derechos fundamentales y garantías procesales de los imputados, la Procuraduría propone que se expidan las copias pertinentes para la respectiva investigación disciplinaria.

Esta petición de nulidad desde las indagatorias, la formula el Ministerio Público, sin perjuicio de que, en caso de que la Corte la deseche en el grado de cobertura que la propone, “se entren a estudiar otros aspectos que exigirían medida similar a partir de actos procesales diferentes a las indagatorias (aumento de la pena al recurrente o aplicación de la ley 40 de 1993 al procesado capturado antes de su entrada en vigencia, por ejemplo)...” (fs. 87).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

No obstante que la Delegada ha señalado indistintamente las protuberantes fallas técnicas y la carencia de interés para recurrir como elementos fundantes de la

desestimación de la demanda, en tratándose de la sentencia anticipada y la audiencia especial, el iter lógico del proceso penal allí diseñado nos indica que debe examinarse, en primer lugar, el tema del interés, supuesto que si bien ambos factores obstaculizan la sentencia de fondo o de mérito, la constatación del segundo ni siquiera obligaría a la Corte a examinar en detalle el contenido del libelo demandatorio propuesto por quien carece de legitimidad para hacerlo. En este orden de ideas, la presencia o la ausencia del interés para recurrir se convierte en un presupuesto del examen de los contenidos formales y materiales de la demanda, exigencia que deriva tanto de la determinación por la teoría del proceso de que es indispensable que se haya sufrido un perjuicio, como consecuencia de la sentencia atacada, como de la claridad de que el impugnante no ha contribuido con su conducta al resultado que lamenta y de que el recurso extraordinario no enmascara la retractación de lo aceptado o acordado en la terminación excepcional del proceso. A ello conduce no sólo la estructura legal de las figuras de la sentencia anticipada y la audiencia especial (arts. 37 y 37A del C. de P. P.), sino también la expresa limitación que el legislador instauró en el numeral 4° del artículo 37B idem, que si bien sólo se estipula para el recurso de apelación, esta Sala ha reconocido la extensión de sus efectos a la casación, pues, de otro modo, ésta sería la vía expedita para burlar una restricción que es correlativa al eco positivo, aunque atemperado, de la voluntad del procesado y su defensor en el resultado de la pretensión punitiva y sus consecuencias, y que tiene sentido por el matíz de proceso de partes que se vierte en aquéllas instituciones procesales especiales (Cfr. Auto de 16 de septiembre de 1993, M. P. Dr. Guillermo Duque Ruiz y Sentencia de Casación de marzo 4 de 1996, M. P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Pues bien, siendo prioritario, en materia de sentencia anticipada y audiencia especial - este proceso concluyó en las instancias por el primer medio- , el estudio del interés para recurrir, la Sala adoptará la siguiente metodología de motivación y decisión:

1. Aunque estas formas de terminación anticipada del proceso no pueden cumplirse a cualquier precio, pues el legislador patentiza que el juez aprobará ese modo especial de abreviación y finalización “siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales” (arts. 37 C. de P. P.), tal advertencia legal habrá de armonizarse con el principio de protección que rige en materia de nulidades, también de raigambre legal (art. 308-3 idem), según el cual la anulación está supeditada a que el sujeto procesal solicitante de la misma no haya contribuido con su conducta a la realización del acto irregular (*nemo auditur turpitudinem suam allegans*), salvo lo relacionado con la defensa técnica. De igual manera, tampoco pueden tolerarse las manifestaciones de indebida aplicación o de falta de aplicación de la ley sustancial o error en la denominación jurídica de la conducta, desconocedoras de los cargos recibidos o acordados en las respectivas audiencias de sentencia anticipada o audiencia especial, con la misma salvedad de que se haya garantizado el derecho de defensa, pues ello comportaría una retractación inadmisibles de lo aceptado consciente y voluntariamente en dichas diligencias. Este último tema lo reseña y puntualiza la Corte en la referida sentencia del 4 de marzo pasado, en los siguientes términos:

“Demasiado evidente es, de otra parte, la ausencia de interés de la defensa para recurrir en casación con el fin de que se varíe la denominación jurídica del delito, pues tal postura, en el fondo, implica una retractación sesgada de lo ya aceptado, de imposible admisión en cuanto tiene que ver con el instituto de la sentencia anticipada o de la audiencia especial.

“Este principio de irretractabilidad está consagrado implícitamente en el numeral 4° del artículo 5° de la Ley 81 de 1993 (art. 37B, C. P. P.), en la medida que limita el objeto de la apelación de la sentencia anticipada por parte del procesado y su defensor, a aspectos que tienen que ver exclusivamente con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, los perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes.

“Y si la ley considera que uno y otro no tienen interés para apelar el fallo en aspectos relacionados con la aceptación o el acuerdo, tampoco lo tendrán para impugnarlos en sede de casación, puesto que implicaría utilizar el recurso extraordinario para burlar la limitación anotada e introducir una retractación, como ya esta Sala, en referencia al original artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, lo había advertido (Auto de 16 de septiembre de 1993, M. P. Dr. Duque Ruiz)”.

2. Bastantes razones asisten entonces al Procurador Delegado cuando, después de la aguda observación de que la actuación procesal no se protege de los errores in procedendo relacionados con el maltrato a la defensa, señala que “De esta manera, siendo que ninguno de los cargos presentados con apoyo en las causales primera y segunda se refieren a la dosificación de la pena, al subrogado de la condena de ejecución condicional, a la condena al pago de perjuicios ni a la extinción del dominio sobre bienes, forzoso es concluir que el censor carece de legitimidad para impugnar la sentencia porque, como se ha dicho, los ataques que tienen que ver con la sanción no se refieren a los aspectos de su dosificación, sino a supuestos errores en la selección de la norma que dio origen al quantum punitivo deducido en contra del procesado”.

3. Al amparo de la causal tercera, el censor formuló tres (3) cargos, dos de los cuales pueden desecharse a la luz de los principios de protección y de no retractabilidad enunciados, de la siguiente manera:

3.1 El segundo cargo, en una primera dimensión que ensaya el censor, se hace consistir en el hecho de que a Ferley Medina Camacho, en la audiencia de sentencia anticipada, la Fiscalía le prometió la reducción de pena por confesión, adicional a la tercera parte ganada por allanarse al mecanismo procesal, además de la aplicación del Decreto 2790 de 1990 y del criterio de favorabilidad, todo lo cual fue traicionado cuando en la sentencia de segundo grado se aplicó la norma más severa del artículo 1° de la Ley 40 de 1993 y se desatendió la rebaja de pena por confesión. Aquellas promesas de la

Fiscalía, advierte el recurrente, incidieron en la libertad de autodeterminación consciente del procesado y lo condujeron engañosamente a aceptar cargos por hechos más graves que los verdaderamente cometidos.

Si se lee desprevenidamente el acta de sentencia anticipada, fácilmente se advierte que en realidad la Fiscalía se refirió a la aplicación del inciso 1° del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, en relación con el delito de secuestro extorsivo, sólo para corregir la imputación hecha en la resolución de situación jurídica, que se había referido al artículo 22 del Decreto 180 de 1988, todo porque el hecho había ocurrido en vigencia de la primera disposición, no porque se tratase de la norma más favorable. También es cierto que en dicha acta se dijo que la Fiscalía “consideraba” que eran concurrentes las disminuciones punitivas por sentencia anticipada y confesión, por presuntas razones de favorabilidad. Mas tampoco puede soslayarse que en la misma audiencia, previamente a estas acotaciones específicas, se dijo: “...dosificación punitiva que en virtud de lo estipulado en el inciso 5° del art. 3° de la ley 81 de 1993, que modificó el art. 37 del C. P. P., corresponde al JUEZ REGIONAL...” (Cfr. C. O. 2, f. 116 y C. O. 1, fs. 56 y ss.).

Por lo demás, en la misma diligencia Ferley Medina Camacho, interrogado sobre las imputaciones que se le hacían por los delitos de secuestro extorsivo y rebelión, expresamente manifestó: “Si señor FISCAL, acepto los cargos y la responsabilidad...” (C. O. 2, fs. 117).

3.2 El tercer cargo se refiere a que Medina Camacho en la diligencia de indagatoria aceptó que era un agente sedicioso, y que a lo sumo, en relación con el delito de secuestro, pudo haber incurrido en la figura especial de “omisión de aviso” (D. 2790/90, art. 6°, inciso 3°), pero que en manera alguna reconoció su participación o autoría en el injusto contra la libertad ni su condición de rebelde.

Pues bien, aquí se reitera, esta manifestación de la hora de nona, por la vía del recurso de casación, encierra una patética retractación inadmisibile de lo acordado en la sentencia anticipada, supuesto que en esta diligencia se le exhibieron al procesado motivadamente los cargos y él, con palabras que no denotan presión o engaño, admitió la responsabilidad y la específica imputación.

3.3 Por último, en relación con la causal tercera de casación, el primer cargo -que se ha dejado para el final por razones metodológicas- tiene que ver con la presunta incompatibilidad de intereses para que un mismo defensor atendiera a los tres procesados que aspiraban a la sentencia anticipada. Sin necesidad de acudir a la evidente falta de demostración del reparo, se repite, el análisis se conduce ahora al distinto sentido que adquieren las cosas en la figura especial de la sentencia anticipada, así:

La estructura misma de la institución de la sentencia anticipada indica que, si el procesado se allana a ella, de antemano renuncia a la controversia de la acusación y de la prueba exhibida en su contra, como sustento de los cargos formulados por el fiscal. Es lo que se infiere diáfananamente de la dinámica legal de que a “los cargos formulados por el Fiscal” sólo le puede seguir “su aceptación por parte del procesado” y la consignación de lo ocurrido en un acta que firmarán los intervinientes. Es decir, la aceptación de los cargos en la sentencia anticipada acaba con la práctica de pruebas por parte de la Fiscalía y con el debate probatorio por parte del procesado y su defensa. Sólo se permite que, una vez hecha la solicitud, en todo caso antes de la formulación de los cargos, el fiscal pueda ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días, si lo considera necesario.

Nótese entonces que solamente el fiscal puede ordenar ese corto período probatorio, eso sí, antes de atreverse a formular los cargos, lo cual nos indica que la vocación del procesado cuando se apronta a la sentencia anticipada es la aceptación de la acusación de

la Fiscalía y de la prueba sustentatoria que se erige en su contra. Así las cosas, aunque hipotéticamente se admita que Sergio Serrano Niño -uno de los coprocesados que se acogió a la terminación anticipada- hubiese declarado en el curso de la investigación en contra de Ferley Medina Camacho, la verdad es que la llegada de éste a la sentencia anticipada comportaba el asentimiento a toda la prueba levantada en su contra, acorde con las imputaciones formuladas por el fiscal, y, por obra suya, desaparecerían los que hasta esa nueva expresión procesal podrían verse como intereses en pugna.

Es bueno resaltar entonces que, antes que dictaminar incompatibilidades en la defensa, lo primero que debía analizarse era la real existencia o la supervivencia de los presuntos intereses en contrario, como causa de la declaración de rechazo de la asistencia simultánea a los dos procesados. Es decir, como la sentencia anticipada, concretamente su sentido de renuncia a la controversia probatoria, concilia lo que hasta ese momento se perfilaba como pugnaz, la definición del reclamo se hace en un nivel anterior al de la implementación misma de la defensa, sin correr el riesgo que asume la Delegada, cuando advierte que la actuación queda protegida de ese ataque porque el defensor, aquél en el que concurrieron los dos encargos defensivos, no hizo ninguna manifestación de incompatibilidad en su momento. Qué tal si los intereses de ambos procesados fueran aún inconciables -por fuera de la sentencia anticipada-, que el profesional del derecho asumiera sin reparos la defensa múltiple y la condujera por los argumentos de cada uno de los defendidos, que no fuesen encontrados con los del otro, pues necesariamente habría que ver falta de defensa técnica si las contradicciones soslayadas son sustanciales, aspecto éste que no puede protegerse de la declaración de nulidad (C. P. P., art. 308-3).

Nótese además que también la violación indirecta de la ley sustancial que alega el recurrente, bien por errores de hecho ora por yerros de derecho en el manejo o en la apreciación de la prueba, tienen que desestimarse por la convalidación que implica la

renuncia a la objeción de pruebas de inculpación, que es lo que se produce con la sentencia anticipada (C. P. P., art. 308-4).

En fin, la introducción en el proceso penal colombiano de las figuras de la sentencia anticipada y de la audiencia especial, por su evidente dimensión de proceso de partes que permiten una mayor participación de los procesados en las decisiones que los afectan (Const. Pol., art. 2°), implica también una reinterpretación y aplicación diferenciada del recurso de casación a la luz de la estructura y fines de tales instituciones. No se tenían antecedentes en la legislación procesal penal de Colombia sobre sentencias fundadas en aceptaciones del procesado o en acuerdos con el mismo, sin perjuicio del control de legalidad que siempre concierne al juez, porque hasta ahora reinaba la justicia impositiva. Así entonces, como en materia de interpretación ha de seguirse lo racional y evitar el absurdo, no puede dársele pábulo en casación a aquellas presuntas irregularidades en las que participó el mismo procesado, debidamente asistido por su defensor técnico (principio de protección), ni a las que implican retractación de lo aceptado o acordado (principio de no retractación), o a las que conducen al desconocimiento del principio de renuncia a controvertir la acusación y la prueba de cargos.

4. Ahora bien, como sensatamente lo hace ver la Delegada, el desarrollo procesal revela serias dificultades en materia de asistencia letrada o de defensa técnica de los acusados. Veamos:

Ferley Medina Camacho rindió indagatoria el 21 de noviembre de 1992, acompañado por una persona honorable que se le nombró como defensora de oficio, exclusivamente para esa diligencia (C. O. 1, fs. 12), y así permaneció la situación de defensa hasta el 21 de septiembre de 1993, fecha en la cual se reconoce el defensor profesional que designa el procesado (fs. 367 y 368).

Darío Chavarro Calderón fue recibido en indagatoria el 22 de noviembre de 1992, también fue asistido de oficio por una persona honorable, además de que el acta de la diligencia está incompleta (C. O. 1, fs. 16), y así se mantuvo la orfandad defensiva hasta el 26 de octubre de 1993, fecha en la que aparentemente se le designa un defensor técnico de oficio (fs. 392), pero la irregularidad continúa hasta el 19 de noviembre siguiente, data en la cual el procesado nombra su propio defensor (fs. 397).

Y en relación con el coprocesado Sergio Serrano Niño, la diligencia de indagatoria se cumplió el 7 de diciembre de 1992, también asistido por una persona honorable para esa exclusiva diligencia (fs. 43), mas el cargo quedó vacante hasta el 15 de enero de 1993, fecha en la cual se le reconoció el defensor técnico provisto por sus propios medios (fs. 178).

A pesar de estos notorios vacíos -que no falta absoluta- de defensa técnica durante la fase de la investigación, resulta imperativo establecer la trascendencia de dicha irregularidad en la posibilidad del ejercicio efectivo de esa importante dimensión de la garantía del derecho de defensa, a tono con el espíritu del numeral 2° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, sobre todo de cara a la vigencia en ese entonces del artículo 148 del mismo Estatuto y a la forma anticipada como culminó este proceso en las instancias. En efecto:

La Corte históricamente ha propugnado en su jurisprudencia por la más amplia cobertura del derecho de defensa, no solamente circunscrito a la fase del juzgamiento como se proclamaba y se toleraba en vigencia de la Constitución Política de 1886, todo porque entiende la Corporación el proceso penal como una tensión dialéctica entre la persecución penal en cabeza del Estado y los derechos de contradicción y de defensa protagonizados por el imputado y su asesor técnico, razón suficiente para comprender que, ante el refinamiento y la sistematización del poder punitivo estatal, correlativamente debe fortalecerse la defensa en todos los momentos del iter procesal.

Es por ello que se recibió con entusiasmo la consagración de la garantía de defensa técnica integral (durante la investigación y el juzgamiento) en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, expresión del principio de autonomía ética o de dignidad que sustenta y permea nuestro Estado social y democrático de derecho y que comporta una mayor participación del individuo en la suerte de la imputación penal que se le formula, aunque sin ocultar a la vez la preocupación por la inexorable aplicación de una norma constitucional a la cual no se le habían preparado las condiciones materiales de operatividad -todavía no se ha hecho- en la mayoría de los municipios del país, pues se carece de eficiencia en la defensoría pública y en la de oficio.

Es en virtud de esa realidad material, campo propicio para desprestigiar más aún los principios de acceso de los ciudadanos a la administración de justicia y de justicia rápida y eficaz -también de raigambre constitucional-, que en su momento los funcionarios judiciales no entendieron el texto del inciso 1° del artículo 148 del C. de P. P. como abiertamente contrario al artículo 29 fundamental, a pesar de las sugerencias de inexecutableidad que, en casos de constitucionalidad distintos o particulares y concretos, hizo la Corte Constitucional en las sentencias C-592/93 y SU-T044/95 y, consecuentemente, lo siguieron aplicando, dentro de sus limitadas condiciones, hasta que advino el fallo de inexecutableidad específico C-049 del 8 de febrero del año en curso (Cfr. sentencia de casación de mayo 9 de 1995, Magistrados Ponentes Doctores Guillermo Duque Ruiz y Carlos E. Mejía Escobar).

Como las diligencias de indagatoria en este proceso se cumplieron antes del aludido fallo de inexecutableidad, en vigencia de una norma amparada en ese entonces por la presunción de constitucionalidad, la violación al derecho de defensa, por el nombramiento de una persona honorable para la sola diligencia de indagatoria, no podría verse porque ahora se dijera por este órgano jurisdiccional, en gracia de discusión, que el precepto del inciso 1° del artículo 148 del C. de P. P. era inaplicable por excepción de inexecutableidad (Const. Pol., art. 4°) y que así debieron declararlo los funcionarios

judiciales de las instancias, o porque en este momento ya se conoce el fallo de inexequibilidad de la Corte Constitucional. Tal forma de enjuiciar los actos de los jueces constituiría un agravio a la independencia de los mismos (Const. Pol., art. 230), porque para ellos, en el espacio propio de su jurisdicción, la norma no resultaba ab initio patéticamente violatoria de la Constitución; además, un reparo de ese jaez constituiría una afrenta al principio de la seguridad jurídica, porque así entonces el trámite procesal estaría expuesto a una permanente incertidumbre, dado que su legitimidad dependería, no de la ley que está en vigor al momento de su realización, sino de los posteriores pronunciamientos del juez constitucional.

Ahora bien, si el funcionario fiscal acudió al mecanismo excepcional de nombrar una persona honorable como defensor para la indagatoria, se presume que a ello se vio abocado después de constatar la imposibilidad material para proveer el cargo con un profesional del derecho. En otras palabras, la diligencia de indagatoria se presume formalmente realizada, así se eche de menos una constancia sobre el procedimiento previo cumplido para apelar a un ciudadano como defensor, y nada se ha hecho para desvirtuar la presumida legalidad de aquélla y, en consecuencia, demostrar por dicha vía que el investigador materialmente si disponía de abogados para nombrar en el acto y no lo hizo.

El segundo aspecto relacionado con el derecho de defensa técnica en este asunto, tiene que ver con la intrascendencia nociva de la falta de defensor profesional en un buen tramo de la instrucción sumarial, dado que después de esa irregularidad el procesado compareció voluntariamente a una audiencia de sentencia anticipada, diligencia en la cual se produce una concentración procesal que, si bien no conduce a la repetición de lo antes actuado o a la realización de lo que presuntamente se haya omitido, si se reviven allí clamorosamente, en virtud del cambio sustancial de procedimiento que comporta la terminación anticipada, todas las oportunidades de contradicción y de defensa, hasta el punto que el acusado está en libertad de aceptar o

rechazar los cargos formulados por el fiscal, o de aceptarlos parcialmente.

Si en realidad las formas de terminación anticipada, cuando se obtiene la aceptación voluntaria del procesado, implican una renuncia de éste a refutar la acusación y, por ende, a controvertir las pruebas de cargos que la sustentan, no tendría sentido decretar una nulidad por falta de defensa técnica sólo en momentos de instrucción probatoria

-no en actos que sin falta la demandan-, como si se tratara de un procedimiento plenamente ordinario, cuando en aquellas formas especiales de culminación del proceso en realidad se abrevia una o las dos fases del proceso -sin prescindir de ninguna-, para concentrar todo en la respectiva audiencia.

No es esta solución una forma de enjugar la violación de la garantía de la defensa técnica por los resultados, resultados que de pronto no serían fáciles de situar por la contingencia de lo que se hizo en el proceso en materia de defensa, frente a lo que se dejó de hacer por el asesor profesional que se echa de menos. No importa ahora, a posteriori, constatar el número o la clase de diligencias cumplidas por la Fiscalía durante ese período de orfandad defensiva, porque también habría que estimar como posibilidad las que se dejaron de cumplir por obra de esa carencia sustancial, pues la seguridad del derecho y del Estado de derecho está en activar y reconocer la forma protectora o la garantía procesal como medio y no en juzgar indebidamente su naturaleza por los resultados. En el derecho, no son los fines los que justifican los medios, sino éstos los que legitiman los fines; y los medios, procesalmente hablando, lo son el respeto a los derechos y garantías fundamentales en el procedimiento de averiguación y juzgamiento para alcanzar el fin que es la verdad histórica de los acontecimientos tildados de delictivos.

Lo que ocurre en el subjuice es que, como se ha renunciado voluntariamente a

la plenitud del procedimiento ordinario (que no es lo mismo que el debido proceso y todas sus garantías anexas, los cuales siguen incólumes), en pro de una concentración procesal, lo que interesa finalmente es que se haya garantizado la defensa material y técnica durante la audiencia de sentencia anticipada, para ver de comprobar que los vacíos de aquel curso ordinario del proceso en materia de contradicción y de defensa, válidamente se recogieron y se enjugaron en una diligencia que legalmente lo autoriza, dado que, sin interferencias en el consentimiento, el procesado aceptó los cargos formulados por la Fiscalía.

De modo que si la vinculación de los imputados a la sumaria se produjo de manera regular, y se garantizó la defensa técnica en la audiencia de sentencia anticipada, no tiene sentido la nulidad que pregonan el Ministerio Público. Entre otras cosas porque la salvedad que el legislador le introduce al principio de protección, relacionada con la falta de defensa técnica (C. P. P., art. 308-3), está supeditada al cumplimiento del supuesto de hecho de la norma, que se refiere a la participación del sujeto procesal que invoca la nulidad en la realización del acto irregular. Aquí se perfila el carácter insaneable de la nulidad por falta de defensa técnica, lo cual no se opone al juicio antes hecho de que, ante un cambio sustancial de procedimiento por la rogativa y el cumplimiento de la sentencia anticipada, el alcance de la irregularidad se defina fundamentalmente en el ámbito de dicha diligencia, sin perjuicio de la realidad de la garantía en los momentos procesales previos a su realización.

En este orden de ideas, ni por mérito de la demanda ni por impulso de oficio de la Corte, en virtud de la sugerencia de la Delegada, puede prosperar la casación de la sentencia atacada.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia de fecha y origen indicados en la motivación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

DÍDIMO PÁEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Secretaria.