

Proceso No. 10666

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 118

Santafé de Bogotá, D.C., once de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS:

Previo el trámite de la sentencia anticipada, el Juzgado 42 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, condenó a JESUS ENRIQUE GONZALEZ SILVA, Duván Fernando Medina Lozano y Cristina Bedoya Galindo a la pena principal de 28 meses de prisión el primero, y 35 los dos últimos, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y se abstuvo de condenarlos en perjuicios como coautores del delito de hurto calificado y agravado en concurso con el de porte ilegal de arma para la defensa personal, al tiempo que negó una nulidad deprecada por el defensor de González Silva y dispuso el decomiso del revólver Smith & Wesson calibre 38, identificado con el número interno 96.667.

Apelado el fallo anterior por los procesados Cristina Bedoya y Duván Fernando Medina, el defensor de GONZALEZ SILVA y el Procurador Judicial No. 17, mediante sentencia del 6 de

febrero de 1.995 fue modificado por el Tribunal Superior de esta capital, en el sentido de incrementar a 35 meses la pena principal de prisión impuesta a LUIS ENRIQUE GONZALEZ, revocando lo pertinente a la acción indemnizatoria para en su lugar condenar a los sindicados al pago de 200 gramos oro a título de perjuicios morales.

Contra la anterior sentencia, el defensor de JORGE ENRIQUE GONZALEZ SILVA interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se resuelve.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Ocurrieron hacia las ocho y treinta de la noche del 26 de enero de 1.994 en el barrio Guacamayas de esta ciudad, cuando el menor de edad Julio César Galindo se dirigía a su casa luego de visitar a una amiga, siendo abordado por dos hombres y una mujer quienes lo intimidaron con un revólver y una navaja para que se despojara de la chaqueta que llevaba puesta, pero como éste opusiera resistencia fue golpeado en la cabeza con el arma de fuego, causándole una lesión cuya incapacidad no fue determinada en el proceso, logrando huir cuando el otro individuo intentara agredirlo con la navaja.

Así, y luego de que el menor Julio César se dirigiera a su casa en busca de ayuda, sin encontrar a su hermano, se fue al parque del barrio, siendo acompañado por Héctor Ramírez López y César Esteban López Ruiz, también menores de edad, a la Subestación de dicho barrio a poner en conocimiento de las autoridades lo ocurrido, por lo que los agentes Hernán Munevar Benavides y Jimmy Villalba Bogotá salieron en búsqueda de los autores del hecho, los que, una vez percibidos por la víctima a la altura de la calle 38 sur con carrera 1 B emprendieron la huida, habiendo disparado contra la autoridad cuando ésta se encontraba próxima a su alcance, causándole heridas en cada una de sus piernas al agente Villalba Bogotá. En ese momento, los sujetos soltaron la chaqueta hurtada, logrando evadir la captura.

Sin embargo, aproximadamente a las once de la noche, cuando ya se había trasladado al

agente herido al Hospital de la Policía y los menores se encontraban de nuevo en la Subestación, apareció María Cristina Bedoya manifestando que la acababan de atracar y que se disponía a indagar por sus autores, actitud que le resultó sospechosa a los agentes por cuanto para ese momento no se hallaba ningún aprehendido en ese lugar procediendo a interrogarla, pero como esta fuera señalada por los menores como la mujer que acompañaba a los individuos que atacaron a Julio César y presentara serias contradicciones en sus respuestas le solicitaron que los llevara al lugar donde residía para confirmar sus datos, habiéndose negado a ello hasta más tarde cuando se presentó la señora María de Jesús Vargas en compañía de su hija Marisol Moyano, aduciendo ser tía y prima, respectivamente, de la mujer que allí se encontraba “retenida”, las cuales al ser interrogadas tampoco coincidieron con los datos suministrados por aquella, negándose insistentemente a suministrar la dirección de su lugar de habitación, no obstante que finalmente Cristina accedió, pero cuando llegaron a la calle 33 No. 7-71 dijo que las llaves se las había entregado a la señora María de Jesús, por lo que se devolvieron, sosteniendo aquella que las había perdido pero que iría al barrio las Malvinas a traerlas.

Durante ese lapso, y por precaución, los agentes Munevar y Cuervo se fueron a vigilar la dirección antes mencionada, encontrando a un sujeto que golpeaba en esa residencia y a otro, sentado en la casa siguiente, los cuales coincidían con las características suministradas por el menor víctima del hurto, siendo interrogados en el instante, sin que pudieran explicar satisfactoriamente su presencia en ese lugar, razón por la cual fueron conducidos a la Subestación por el agente Cuervo.

Entre tanto, el agente Munevar comunicó que las dos mujeres (tía y prima de Cristina) se presentaron a la misma casa acompañadas de un sujeto que dijo ser el esposo de la primera, trasladándose allí nuevamente el agente Cuervo, situación ante la cual la señora María de Jesús decidió manifestar que no era familiar de Cristina, sino una amiga y que ésta le había pedido el favor que entrara y sacara toda la ropa que se hallaba encima de su cama y un revólver que estaba debajo del colchón y los botara.

Ya con autorización de la dueña de la residencia, ingresaron los agentes encontrando en la habitación donde residía Cristina, dos pantalones de jean color negro y vinotinto, dos camisas, una amarilla y la otra de rayas rojas, un par de botas para hombre de cuero café, y efectivamente debajo del colchón un revólver calibre 38 Largo, pavonado, de cachas de madera, No. 2D27630 con un cartucho en el interior del tambor y “señales de pólvora en tambor y cañón”, tres navajas y dos chacos, prendas que fueron reconocidas por el menor como las que vestían los individuos que en compañía de la mujer, le habían hurtado la chaqueta y golpeado.

Rendido el respectivo informe policivo por el Comandante de la Subestación de Guacamayas, Estación de San Cristóbal Sur, con el que igualmente se pusieron a disposición de la Fiscalía General de la Nación a los individuos aprehendidos, esto es, a Cristina Bedoya, Duván Medina Lozano y a JESUS ENRIQUE GONZALEZ SILVA, al igual que los elementos incautados, por resolución del 28 de enero de 1.994 la Fiscalía Seccional No. 240 de la Unidad de Delitos Varios abrió formalmente la investigación vinculando mediante indagatoria a los capturados, siendo asistidos los dos últimos por defensores de oficio designados por la autoridad investigadora, mientras que la mujer lo fue por el abogado que ella designó.

Posteriormente, y una vez escuchadas las declaraciones de la víctima y quienes lo acompañaron la noche de los hechos a denunciarlos ante la autoridad, en diligencia de reconocimiento en fila de personas, los menores Héctor Ramiro López Arévalo y Julio César Galindo Medina, reconocieron a Duván Fernando Medina Lozano y a Jesús Enrique González Silva, siendo asistidos conjuntamente por la defensora de oficio designada en la indagatoria para representar los intereses del primero, en tanto que Cristina Bedoya contó con la presencia de su apoderado de confianza.

Así, por resolución del 4 de febrero de 1.994 se les definió la situación jurídica, siendo afectados los tres sindicados con medida de aseguramiento de detención preventiva,

sin excarcelación, como coautores de los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas para la defensa personal, en concurso, decisión que fue recurrida en apelación por el defensor designado en esa misma fecha por Duván Medina, la cual recibió confirmación de la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, el 14 de marzo siguiente.

Perfeccionada en lo posible la investigación, el 27 de abril de ese mismo año se decretó su cierre, proveído contra el cual el defensor de Cristina Bedoya interpuso recurso de reposición, que fue resuelto desfavorablemente por resolución del 19 de mayo.

Entre tanto, JORGE ENRIQUE GONZALEZ SILVA le confirió poder a un abogado de la Defensoría Pública, el cual fue allegado al proceso el 18 de mayo junto con un escrito en el que dicho profesional solicitaba su inmediato reconocimiento como tal y la expedición de copias del proceso, siéndole ello resuelto el día 27 siguiente.

Vencido el término para alegar de conclusión, esto es, el 17 de junio, el procesado GONZALEZ SILVA manifestó su deseo de acogerse a la sentencia anticipada, solicitud que por resolución del 22 de junio el Fiscal se abstuvo de darle trámite por haberse hecho después de decretado el cierre de la investigación y antes de calificar el sumario, procediéndose efectivamente a ello el 24 de junio siguiente profiriendo resolución acusatoria en contra de los tres inculcados por los mismos delitos imputados al definírseles la situación jurídica, proveído contra el que los defensores de Cristina Bedoya y Duván Medina interpusieron recurso de apelación, mientras que el defensor público de JESUS ENRIQUE GONZALEZ SILVA deprecó la nulidad por considerar que al no habersele notificado a él personalmente del cierre de la investigación se presentaba una irregularidad sustancial en detrimento del debido proceso y del derecho de defensa, pretensión que le fue negada el 8 de agosto de 1.994, fecha en la que igualmente fue concedida la apelación a favor de Cristina Bedoya y aceptada la “renuncia” a dicha impugnación por parte del nuevo defensor que en ese momento procesal designó

Medina Lozano, habiéndose desatado la segunda instancia el 30 de agosto del mismo año confirmando la acusación.

Entre tanto, y como el defensor de GONZALEZ SILVA interpusiera los recursos de reposición y apelación contra el proveído del 8 de agosto que negó la nulidad incoada, siendo resuelto desfavorablemente el primero por el a quo mediante resolución del 31 de agosto del mismo año, la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santafé de Bogotá, D.C. y Cundinamarca por auto del 22 de septiembre se abstuvo de desatar la alzada por considerar que “las decisiones que adoptó el funcionario a quo mientras se encontraba interrumpida su competencia no producen efecto alguno”, pues para entonces se encontraba pendiente la segunda instancia de la resolución de acusación, por manera que cuando se decidió la reposición de la negativa de la nulidad y se concedió la apelación, ya se encontraba ejecutoriado el pliego de cargos, precisando, además, que “... en caso de haberse visto vulnerado el debido proceso le corresponde al Juez que adquirió competencia desde la ejecutoria de la pieza acusatoria, pronunciarse al respecto”.

Remitido el proceso a los Juzgados Penales del Circuito, le correspondió al 42 de dicha categoría, funcionario que por auto del 13 de octubre avocó el conocimiento y señaló fecha para llevar a cabo diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, conforme a la solicitud elevada por JESUS ENRIQUE GONZALEZ GALINDO, dándose inicio a la misma el 21 del mismo mes, en la que, luego de que el Fiscal le explicara a dicho procesado las consecuencias procesales de su aceptación de los cargos manifestó: “... me acojo a la sentencia anticipada pero pido primero que se resuelva la nulidad que va a pedir mi defensor”, quien en el uso de la palabra concedida por el Juez, insistió en que se resolviera la nulidad que había solicitado con posterioridad al calificadorio por indebida notificación del cierre de la investigación por cuanto, “...como defensor público no podría admitir que se siga un proceso en donde considero yo se ha violado no solamente el debido proceso sino el derecho de defensa, y

en segundo lugar, aspiro también y de acuerdo a lo que se presente en la etapa del sumario a solicitar a que se de cumplimiento a la sentencia anticipada por cuanto de conformidad con el art. 37 del ritual es obligación perentoria disminuir la tercera parte de la pena...", frente a lo que el Juez ordenó "...tener lo peticionado para ser resuelto al momento en que venza el traslado que actualmente transcurre -refiriéndose al del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal-, en razón a que allí mismo se dejó en claro que ese traslado incluía 'solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto', aspecto que se dejó en claro porque este juzgador ya había avertido que al concluir dicho traslado debía hacer pronunciamiento sobre la situación planteada..." , procediendo de inmediato el Representante del Ministerio Público que asistió a dicha diligencia, a solicitarle al Juez que aclarara la determinación que acababa de tomar para resolver la inquietud del procesado, "...pues dicha providencia no tiene motivación explícita y es ambigua porque no sabemos en qué sentido hace esa declaración, si para aceptarla, para rechazarla o para posponer la decisión sobre la sentencia anticipada", considerando el juzgador, por su parte, que como la finalidad de la sentencia anticipada es la de evitar desgastes en la administración de justicia, "...Salvo que el defensor reitere su petición de nulidad de la sentencia anticipada se declara definida como quedó claro como presentada dentro de la etapa de instrucción, de tal suerte que si la nulidad llega a ser resuelta desfavorablemente deberá elevarse nueva solicitud de sentencia anticipada ya que para ello no existe límite en el artículo 37 del C. P. P., como si lo existe para la audiencia especial donde se establece que 'solo' podrá disponerse por una sola vez", corriendo de ello traslado al procesado para que manifestara si aún continuaba vigente su voluntad de acogerse a la sentencia anticipada, situación que éste, según la constancia dejada en el acta respectiva, consultó por largo rato con su defensor, explicándosele nuevamente y a petición del Ministerio Público, los beneficios de la misma, para manifestar finalmente que "...Yo, me acojo a la sentencia anticipada, me acojo a que yo cometí los cargos que robé al señor y de lo que soy acusado del porte ilegal de armas, que yo me robé una chaqueta...".

En estas condiciones, el Ministerio Público le solicitó al Juez que se interrogara nuevamente al procesado sobre las circunstancias modales en que ocurrió el hecho debido a que durante el curso de la diligencia éste había manifestado que no era uno de sus autores y en otras que sí, a efectos de establecer “si la aceptación en realidad obedece a que él es sujeto activo del delito y no porque busque beneficios legales sin ser realmente el responsable...”, procediéndose entonces a preguntarle al inculcado que manifestara en forma clara y pormenorizada “...cómo, cuándo, con quién o quiénes es que dice haber cometido un delito...”, respondiendo éste de inmediato que con Duván Medina, con un revólver que él no cargaba “cogimos a un señor y lo robamos de ocho y media a nueve de la noche, le quitamos la chaqueta y de ahí nos dirigimos yo no distingo el lugar donde estábamos, no distingo el lugar donde viven ellos, no distingo el lugar ahí donde encontraron el revólver, al señor le quitamos la chaqueta, yo se la quité y aqué (sic) estaba cogiendo el arma y apuntándole y de ahí nos dirigimos allá a la casa donde encontraron eso el revólver y de ahí la policía nos detuvo. Lo que ocurrió fue eso...”.

De ese comportamiento del procesado, al igual que su actitud al responder - “con cierta sonrisa”- dedujo el Juez que podía continuar con la diligencia, preguntándole al defensor si estaba de acuerdo o, si por el contrario, insistía en que se resolviera su petición de nulidad, habiendo éste intervenido de la siguiente manera:

“Este es un caso señor Juez muy difícil, sui generis, tengo muchas dudas y por ello le suplico suspender la diligencia y fijarla para el día que usted estime conveniente, entre otras cosas porque son las doce del día y necesito estudiar con detenimiento este aspecto porque me mueve la duda de que el procesado parece en veces aceptar los cargos y otras veces no, además, de conformidad con lo dispuesto con el art. 37 y respetando la petición del Ministerio Público y para quitarnos toda duda al respecto, el art. 37 dice, comillas los cargos formulados y su aceptación por parte del procesado. En consecuencia para aclarar esta acta de sentencia anticipada, yo le pido al señor Juez que le lean en orden cada

cargo y le pregunte si lo acepta o no, tal como lo ordena el art. 37 ritual, de esta manera creo que se resuelve la duda que tengo y creo todos los presentes la tenemos”, procediendo el Juez a suspender la diligencia.

Posteriormente, el defensor de Cristina Bedoya Galindo deprecó también sentencia anticipada en su nombre, así como el deseo de indemnizar a la víctima, como igualmente lo hizo directamente el procesado Duván Fernando Medina Lozano, además de solicitar ampliación de indagatoria.

Así, el 3 de noviembre de 1.994 se continuó la diligencia de formulación de cargos con el procesado GONZALEZ SILVA y se dio inicio a la deprecada por Cristina Bedoya, quienes luego de leídos los cargos contenidos en la resolución acusatoria, manifestaron por separado que los aceptaban, sin que fuese posible ese día cumplir el mismo cometido con Duván Medina porque no fue remitido del centro de reclusión en el que se hallaba interno.

De esta manera, el 9 de noviembre siguiente se escuchó en ampliación de indagatoria a Duván Medina Lozano, diligencia en la que manifestó ser ajeno a los hechos investigados, no obstante que en la misma fecha, aceptó los cargos imputados en la acusación.

Contra la sentencia aprobatoria del acuerdo y mediante la que fueron condenados, los procesados Duván Medina Lozano, Cristina Bedoya, el defensor público de GONZALEZ SILVA y el Ministerio Público interpusieron recurso de apelación, habiendo recibido confirmación del Tribunal con las modificaciones señaladas en precedencia.

LA DEMANDA:

Al amparo de la causal tercera de casación, en el único cargo que propone el defensor del procesado, acusa el fallo de segunda instancia de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2º y 3º del artículo

304 del Código de Procedimiento Penal.

Para el casacionista, entonces, el Tribunal vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa de GONZALEZ SILVA al aumentarle de 28 a 35 meses la pena de prisión, pues de haber observado las normas procesales hubiera confirmado el fallo de primera instancia, como quiera que no es cierto, como lo afirma el ad quem, que la solicitud que en tal sentido elevó el acusado fue posterior a la ejecutoria de la resolución de cierre de la investigación, “por cuanto si se hubiera subsanado la notificación del cierre de la investigación, notificando personalmente al defensor, tal como se solicitó, este hubiera podido solicitar la sentencia anticipada oportunamente antes de la ejecutoria del cierre de la investigación, o se hubiera también accedido a la petición que el mismo defendido hizo de esta sentencia anticipada, con el objeto de que se le rebaje la tercera parte, que el Tribunal le negó y en cambio el juez de primera instancia se lo aceptó...”.

Explica al respecto, que el 17 de junio de 1.994, el procesado elevó solicitud de sentencia anticipada que fue recibida en la Fiscalía el día 20 del mismo mes, absteniéndose, por resolución del 22 siguiente, de darle trámite porque ya se había proferido el cierre de la investigación, cuando si bien tal proveído data del 27 de abril, se notificó por estado el 5 de mayo sin que previamente se notificara personalmente al defensor que lo precedía en sus funciones respecto de GONZALEZ SILVA, como perentoriamente lo exige el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal a fin de preservar el derecho de defensa y el debido proceso, lo que no hizo la Fiscalía respecto del defensor de oficio que se le nombró al procesado no para todo el proceso, sino “única y exclusivamente para la indagatoria”.

Además, enfatiza, no hubo defensa técnica durante la etapa del sumario, pues el procesado no tuvo “unas asistencia mínima del defensor de oficio y por esta razón acudió a la Defensoría del Pueblo”, cuyo defensor público ingresó al proceso cuando ya se había decretado el cierre de la investigación y se le había notificado a las demás partes “y

ya no había chance para solicitar su reposición”, ni la “gracia” de la sentencia anticipada con la posibilidad de obtener la rebaja de la tercera parte de la pena, que “es el fundamento de esta demanda de casación que tiene como finalidad o alcance, tan solo solicitar la rebaja de siete meses que el Tribunal aumentó revocando en este aspecto la sentencia del a quo”.

Recuerda también que esta irregularidad que ahora denuncia fue su primera intervención ante la Fiscalía, obteniendo como respuesta que la notificación por estado subsanaba las que no se pudieron hacer personalmente, argumento que califica de absurdo por cuanto para el momento en que empezó a actuar dicho proveído ya había cobrado ejecutoria, siendo por esa razón, necesario, dice, que se le notificara personalmente a fin de permitirle ejercer los recursos de ley.

Y aunque insistió constantemente en que se decretara la nulidad que ahora invoca, advirtiendo incluso la posibilidad de recurrir en casación por el mismo aspecto como lo hizo al apelar la decisión de la Fiscalía que le negó una tal pretensión, sin que se pudiese desatar la segunda instancia por haber cobrado ejecutoria el pliego de cargos, en la diligencia de sentencia anticipada reiteró su posición, únicamente con el fin de preservar las garantías procesales del acusado, pero como el Juez admitió la posibilidad de reconocerle a GONZALEZ SILVA la rebaja de una tercera parte, la aceptó como defensor, y así, efectivamente, como en el fallo de primera instancia la disminución punitiva fue en tal proporción, el juzgado se abstuvo de decretar la nulidad incoada por este motivo y por esa razón, dice, no insistió en tal solicitud, pues quedaron satisfechas sus aspiraciones.

Sin embargo, afirma, que se vio sorprendido con la apelación interpuesta por el Ministerio Público contra el fallo de primera instancia, puesto que precisamente se oponía a que la rebaja fuera de la tercera parte de la pena, actitud que tacha de desleal porque este sujeto procesal estuvo presente en la diligencia de formulación de cargos y conocía la

posición que el Juez expuso allí sobre el tema, situaciones que no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal para negar el descuento punitivo en este quantum.

A continuación, sostiene el demandante que en el presente asunto se dan los presupuestos para deprecar la invalidación de lo actuado por indebida notificación del cierre de la investigación como lo sostuvo la Sala por vía de tutela al interpretar el artículo 190 del código de Procedimiento Penal, en cuanto a la exigencia de cumplir con la citación mediante telegrama para que los sujetos procesales se notifiquen personalmente.

A partir de los requisitos previstos en el artículo 308 ibídem para la declaratoria de nulidades, reitera lo expuesto en precedencia, enfatizando que la irregularidad que alega no es imputable a los defensores de oficio y publico que tuvo el procesado por cuanto a ninguno de ellos se le notificó personalmente el cierre de la investigación y por esa razón se impidió que la sentencia anticipada se hubiera solicitado antes de que cobrara ejecutoria la clausura investigativa a efectos de obtener un descuento punitivo de la tercera parte.

Solicita, por tanto, que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la notificación de la resolución que declaró cerrada la investigación, y subsidiariamente, dice, “solicito al menos que se decrete la nulidad parcial de la sentencia de segunda instancia” en lo que tiene que ver con el incremento punitivo de que hizo objeto al procesado al aumentarle la pena de 28 a 35 meses de prisión, para que, como consecuencia, se confirme el fallo de primera instancia.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Precisa en primer término el Ministerio Público, que si bien el casacionista confusamente mezcla las motivaciones del recurso con las causales de nulidad que invoca, el libelo permite colegir que el ataque a la sentencia lo es por haberse dictado en un juicio

viciado de nulidad por violación al derecho de defensa del procesado GONZALEZ SILVA.

Sin embargo, “lo que no ve claro la Delegada, empero, es que el demandante sobre una misma base argumental solicite la anulación del proceso a partir de la resolución que decreto el cierre de la investigación o bien de uno de los numerales de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia; esta solicitud la entiende el Ministerio Público como resultado de la confusión que se hace entre las motivaciones del recurso y causales de anulación a que ya hiciera referencia”, deficiencia que no es suficiente para considerar la desestimación de la demanda.

Así, enfatiza el Delegado, que a partir de las alegaciones de la demanda solicitará la casación parcial del fallo, únicamente en lo que tiene que ver con JESUS ENRIQUE GONZALEZ SILVA, por cuanto durante la etapa instructiva se vulneró su derecho a la defensa, ya que si bien se intentó la nulidad por este motivo durante la etapa del juicio fue con resultados negativos y “en últimas no se decidió nada al respecto”.

En efecto, partiendo del contenido y alcance que sobre el derecho a la defensa trae el artículo 29 de la Carta Política, precisa que su garantía no solo presupone la designación de un abogado que asuma la protección de los intereses del acusado, la cual además debe proveerse desde el comienzo de la investigación, sino, además, que tenga reconocimiento en el proceso y esté en posibilidades de cumplir con sus funciones independientemente de la cantidad de actuaciones que se materialicen en la actuación, ya que dependiendo de cada caso concreto, su no intervención permite colegir si se trata de una estrategia defensiva, lo que no ocurre en el presente asunto, en donde el silencio y falta de actividad del defensor de oficio denotan el abandono del proceso.

Recuerda entonces que en el caso sub judice, al momento de la captura a GONZALEZ SILVA le pusieron de presente los derechos del capturado en el que equivocadamente se

hace referencia al artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, sin informarle sobre la posibilidad de entrevistarse con un abogado, designándole de oficio para la indagatoria al doctor Néstor Alirio Cuéllar Blanco, “quien no tuvo ninguna otra intervención durante toda la actuación”, pues habiéndose llevado a cabo reconocimiento en fila de personas dos días después, dicho profesional no asistió a la diligencia, debiéndose, entonces, nombrar a la doctora Ruth Marina Palencia, la misma que también de oficio asistió a Duván Fernando Lozano en la injurada, sin que ésta tampoco se preocupara posteriormente de la suerte de JORGE ENRIQUE, destacando al respecto que mientras los otros dos encartados proveyeron lo necesario para su defensa técnica otorgándole poder a profesionales del derecho, éste continuó vinculado a la investigación sin que un abogado asumiera su causa, llegando en tales condiciones hasta el cierre de la investigación, que fue notificado a todos los sujetos procesales, exceptuando al defensor “inexistente” de este sindicado, “a quien la Fiscalía entendió notificado mediante anotación en estado”, desconociendo lo dispuesto en el artículo 190 del Código de procedimiento Penal.

Explica, sobre el tema, que el cierre del ciclo instructivo, por ley, “debe notificarse personalmente a todos los sujetos procesales sin excepción alguna”, como que el procedimiento alternativo previsto para los eventos en que no es posible el enteramiento de la decisión, solo puede llevarse a cabo previa citación telegráfica, como así lo sostuvo la Corte en sentencia de tutela del 29 de noviembre de 1.994 con ponencia del Magistrado, doctor Guillermo Duque Ruiz.

Además, el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 56 de la Ley 81 de 1.991, cuyo texto transcribe, no hace excepciones a la notificación personal que impone de la resolución del cierre de la investigación, regulándola “de una manera general como manifestación evidente de que este procedimiento garantiza al inculpado sus posibilidades de defensa a través de una manifestación trascendental en esta fase de la actuación, cual es la de presentar alegaciones de fondo precalificadoras

para que sean consideradas por el fiscal al momento de hacer la evaluación probatoria que conduzca a la acusación del sindicado o a la preclusión de la investigación”.

Y a su turno, puntualiza el Ministerio Público, que el artículo 190 ibídem, modificado por el 25 de la Ley 81 de 1.993, precisa que en los eventos en que la ley ha dispuesto la notificación personal y no se puede lograr, la fijación del Estado procede tres días después de que se hiciere la citación mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el proceso, es decir, que si no se cumple con tal exigencia no puede entenderse notificada la providencia, así se haga la anotación por estado.

En el presente caso, recuerda el Procurador, que la Fiscalía no agotó debidamente el procedimiento de notificación del cierre de la investigación respecto del defensor de GONZALEZ SILVA que hasta entonces fue puramente nominal, ya que a ningún abogado que se encargara de sus intereses se le puso en conocimiento personalmente de dicho proveído, puesto que el estado se fijó el 5 de mayo de 1.994, venciendo los términos para impugnar el 10 del mismo mes y año; y además, el defensor público solamente compareció al proceso el 18 de mayo, al día siguiente a que se le confiriera el poder, siendo reconocido como tal hasta el 27 siguiente, “pero no se le notificó en la forma establecida por la ley -personalmente- la resolución que había cerrado la investigación, razón por la cual el término de traslado para alegar venció en su silencio”.

Así, concluye pues el Delegado, que JESUS ENRIQUE GONZALEZ SILVA careció de defensa durante toda la etapa instructiva, privándosele de oportunidades defensivas por la indebida notificación del cierre del ciclo instructivo, por lo que, concluye, siendo imposible de subsanar el quebranto de esta garantía constitucional, se impone la declaración de la nulidad de todo lo actuado en relación con este procesado, a partir de la resolución que declaró cerrada la investigación como lo depreca el casacionista.

Como consecuencia de lo anterior, dice, también procede la solicitud de libertad

elevada por el defensor, de conformidad con lo dispuesto en el numeral cuarto del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES:

1. Si bien, a juicio del Ministerio Público la nulidad que solicita el defensor del procesado en el único cargo que propone contra la sentencia impugnada está llamada a prosperar, es de precisar en primer término que no obstante que estos dos sujetos procesales coinciden en cuanto a la causal aducida, esto es, por vulneración al derecho a la defensa del procesado JESUS ENRIQUE GONZALEZ SILVA, los fundamentos que le sirven a uno y otro son diversos.

2. En efecto, mientras que para el casacionista la irregularidad en que incurrió la Fiscalía Seccional en la notificación del cierre del período instructivo significó para el inculcado la privación de medios defensivos que a la postre redundaron en la oportunidad de solicitar la sentencia anticipada con el consiguiente derecho a obtener por este motivo un descuento de pena equivalente a la tercera parte, para el Delegado es la falta total de defensa durante la etapa instructiva la que motiva su petición, pues las deficiencias en la notificación de la resolución de cierre de la instrucción constituyen un argumento de más para afirmar la vulneración de esta garantía procesal.

1. Igualmente se hace necesario destacar que el demandante incurre en una doble confusión conceptual en cuanto al contenido y alcance de la causal de casación con base en la que plantea el ataque al fallo de segunda instancia, pues haciendo una mezcla entre lo que considera debe ser el fundamento de la petición que hace de nulidad y de las causales legales que dan lugar a ello, solicita finalmente, de un lado la invalidación de lo actuado a partir del cierre del ciclo investigativo, no obstante que con el mismo soporte depreca subsidiariamente la anulación de la sentencia de segunda instancia para

que se confirme en su integridad el fallo del a quo en cuanto a la pena a imponer a GONZALEZ SILVA, es decir, que a partir de una misma argumentación encuentra viable o bien ordenar el retrotramiento de la actuación para que se corrija el vicio de actividad denunciado, al tiempo que pide el proferimiento de un fallo de reemplazo, lo cual solamente es posible cuando la nulidad afecte únicamente la sentencia, es decir, que su corrección procede porque se origina en el fallo mismo, no siendo por ende necesario rehacer actuaciones procesales anteriores a ella.

4. Además, en su planteamiento neural parte el demandante de un supuesto sofístico como es el de asumir que una de las finalidades por las que el legislador impuso la obligación de notificar personalmente el cierre de la investigación es la de posibilitar que el procesado o su defensor soliciten la sentencia anticipada antes de que esta decisión cobre ejecutoria, a fin de obtener la rebaja de la tercera parte de la pena, pues de ser así se desnaturalizarían principios procesales como los de la certeza y seguridad jurídica que ofrece cada uno de los actos propios del proceso, que como en este caso, lo son, como lo apunta el Ministerio Público, para permitirle al sindicado ejercer el derecho a la defensa frente a las pruebas recaudadas durante el averiguatorio, presentando alegatos precalificatorios.

5. En estas condiciones, sin embargo, razón le asiste tanto a la defensa como al Procurador Delegado en cuanto sostienen que la notificación de la resolución de cierre de la investigación se produjo de manera irregular y en desmedro del derecho a la defensa del procesado, en la medida en que con un tal proceder no se permitió el real ejercicio de la defensa, más no, se insiste, como lo sostiene el libelista el de presentar oportunamente la solicitud de sentencia anticipada para que la rebaja reconocida fuera de la tercera parte de la pena.

6. En efecto, habiéndose proferido el cierre de la investigación el 27 de abril de 1.994, el 28 del mismo mes le fue notificado personalmente a todos los procesados, quienes

además se encontraban privados de la libertad; el 2 de mayo siguiente al Ministerio Público y al defensor de Duván Fernando Medina; el 4 de ese mismo mes al abogado de Cristina Bedoya; haciéndose mediante anotación en estado el día 5, sin que se intentara hacer comparecer mediante telegrama al defensor de JOSE ENRIQUE GONZALEZ SILVA, designado de oficio en la diligencia de indagatoria.

7. De ahí que, cuando el Defensor Público ahora recurrente en casación presentara a la Fiscalía el memorial poder otorgado por dicho procesado, no solo había cobrado ejecutoria formal, sino que el proceso se encontraba al despacho del Fiscal para resolver el recurso de reposición interpuesto por el defensor técnico de Cristina Bedoya, si se tiene en cuenta que fue el 18 de mayo que el ente investigador recibió dicho documento y el 19, esto es, al día siguiente se profirió la resolución por medio de la cual se resolvió desfavorablemente la impugnación intentada por uno de los sujetos procesales contra dicho proveído. Pero además de eso, encuentra corroboración la afirmación del casacionista en el sentido de que no tuvo acceso al expediente hasta después del 27 de mayo, fecha en la que apenas vino a reconocérsele personería para actuar, sin que tampoco a él se le notificara personalmente de la clausura del ciclo instructivo, pues así lo impone el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 438 al establecer de manera expresa y clara que esta decisión en concreto “se notificará personalmente”, como igualmente lo ordena el artículo 186 al señalar taxativamente las determinaciones de sustanciación que deben notificarse personalmente, en donde además de referir en primer lugar aquellas “señaladas expresamente en otras disposiciones”, incluye también “la que ordena dar traslado para presentar alegatos de conclusión”, como que son de aquellas que por su trascendencia frente a los sujetos procesales y la actuación misma requieren de su enteramiento personal a efectos de que se ejerzan los actos defensivos a que haya lugar, pues el hecho de que el proceso penal en esencia se adelante de manera oficiosa no significa que su desarrollo se haga faltando al principio de lealtad procesal, o lo que es más grave a escondidas de quienes son sus

afectados.

8. Por ello resulta oportuno recordar que el criterio de la Sala en torno a la interpretación del artículo 190 ibídem expuesto en el fallo de tutela que citan demandante y Delegado, fue reiterado en sentencia de casación del 15 de octubre de 1.998, con ponencia del Magistrado, Dr. Ricardo Calvete Rangel de la siguiente manera:

“Razón le asiste al Ministerio Público en cuanto no comparte el criterio del libelista, cuando sostiene que ‘ha debido intentarse la notificación personal a los acusados...tal como lo dispone el artículo 190...’ pues la citación mediante telegrama de que trata dicha norma (subrogada por el artículo 25 de la Ley 81 de 1.993) solo es exigible cuando se trate de notificaciones que por ley deben hacerse personalmente.

Sobre el particular la Corte ha sostenido:

‘No obstante que de la lectura del original artículo 190 del Código de Procedimiento Penal podría inferirse que, en principio, todas las notificaciones tienen que hacerse de manera personal, la verdad es que esta interpretación no es exacta, pues de serlo, sobrarían las disposiciones del mismo estatuto en relación concreta con algunas providencias...y también con referencia a algunos sujetos procesales (C.P.P. art. 188) ordena que la notificación tenga que ser forzosamente personal. Si la regla general fuera esta última, repítese, el legislador no hubiera estado reiterándola en algunos casos particulares.

Partiendo de esta inicial premisa hay que entender que el artículo 25 de la citada Ley 81 se refiere exclusivamente a las providencias que por mandato legal expreso deben ser notificadas personalmente, y no a aquellas otras que por voluntad del legislador se notifican por estado o por edicto. Así se desprende con claridad de la primera parte de su texto: ‘cuando no fuese posible la notificación personal...’, pues este presupone necesariamente, que la ley ha ordenado que la notificación sea personal y que

no obstante ello no resulte posible hacer este enteramiento personal. En estos casos y solo en ellos, es cuando se impone la obligación de realizar la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la dirección registrada en el expediente'. (Sentencia tutela No. 29/94. M.P., Dr. Guillermo Duque Ruiz).

En el caso que nos ocupa, no se trata de un auto que necesariamente, deba ser notificado de manera personal, además los procesados no se encontraban privados de la libertad..." (Rad. 10.796).

9. Y, si bien en el presente asunto la Fiscalía incurrió en dicha irregularidad afectando el derecho a la defensa de GONZALEZ SILVA, no será esa la razón por la que se declarará la nulidad de lo actuado por dicho quebranto, pues existe en el proceso tal como lo expone el Ministerio Público y apenas si lo menciona el casacionista, otra razón que pone de presente que la afectación deviene como consecuencia de la falta total de defensa de este sindicado durante toda la etapa instructiva, que por lo mismo, no es susceptible de subsanarse de ninguna otra manera.

10. Al respecto, debe destacarse que efectivamente una vez capturados, a los imputados no se les hizo saber el derecho que tenían de comunicarse inmediatamente con un abogado como lo prevé el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, si se tiene en cuenta, no solo que todos coincidieron en anotar en la respectiva acta que habían permanecido incomunicados, lo cual, por si solo ya es ilegal, sino que se trata de formatos en los que se alude al artículo 403, que en el Decreto 050 de 1.987 era la norma contentiva de los derechos del capturado y se incluyen las disposiciones pertinentes del Decreto 2790 entonces aplicable a los casos de conocimiento de la ya desaparecida justicia regional.

11. Además, al momento de vincular mediante indagatoria a GONZALEZ SILVA, en el acta correspondiente se dejó constancia en el sentido de que "...el titular del despacho le dio a

conocer el derecho de nombrar defensor, además que esta diligencia es sin juramento y libre de todo apremio. Acto seguido manifestó que esta diligencia se corrige que no nombra defensor por cuanto no tiene; por lo que el despacho procede a nombrarle defensor de oficio al dr. NESTOR ALIRIO CUELLAR BLANCO quien se identificó con la cédula de ciudadanía No. 19'424.910 de Bogotá 62-446 del Consejo Superior de la Judicatura...", quien no solo no se volvió a preocupar por el encargo que en ese momento le confirió la judicatura y que de conformidad con lo previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Penal se entendía para todo el proceso, esto es, hasta su finalización, como que no se tuvo más conocimiento de él mientras transcurría la instructiva, y aparte de que en la injurada no se hizo constar dato alguno sobre el lugar donde podía ser citado, puesto que únicamente se dejaron consignados sus datos de identificación, tampoco asistió al reconocimiento en fila de presos llevado a cabo a los dos días siguientes a la vinculación y sin que mediara resolución que la ordenara, en donde los menores Julio César Galindo Medina y Héctor Ramiro López Arévalo, reconocieran a GONZALEZ SILVA como uno de los sujetos que en compañía de otro hombre y una mujer lo amenazaron con un arma de fuego y otra cortopunzante hurtándole la chaqueta que llevaba puesta y lo golpearon en la cabeza con un revólver, resultando necesario nombrarle para este fin a la doctora Ruth Marina Palencia Galvis que venía actuando como apoderada de oficio de Duván Medina Lozano desde la indagatoria, cuya designación en dicha diligencia no podía entenderse sino únicamente para su cumplimiento por mandato legal (art. 368 C.P.P.).

12. Resuelta la situación jurídica de los sindicatos, tampoco concurrió el doctor Cuéllar Blanco a notificarse de esa decisión, siendo el único sujeto procesal que no se enteró personalmente de lo decidido, lo cual, si bien no constituye irregularidad alguna, si pone de presente que en este caso particular la actitud indiferente de dicho profesional no puede en modo alguno entenderse razonablemente como una estrategia defensiva, sino como abandono del procesado a su suerte, pues transcurrió toda la etapa de la

investigación en la que por haberse recaudado la prueba de cargos, tuvo activa participación de los defensores de confianza nombrados por sus otros dos compañeros de causa, sin que nadie solicitara ningún medio de convicción siquiera para comprobar lo manifestado por este en la indagatoria en el sentido de que se encontraba en Santafé de Bogotá porque había venido a reclamar la cédula y se estaba hospedando en la posada Girasol. Esa entonces, también la razón por la que también, dicho abogado fuera el único sujeto procesal al que no se le notificara personalmente del cierre de la investigación.

13. Obsérvese igualmente al efecto, que cuando el procesado le confiere poder al abogado de la Defensoría Pública ya se había clausurado el ciclo instructivo, sin que pueda concluirse que la vieja práctica judicial de designar abogado con el fin de tener con quien hacer la notificación personal, lo cual venía sucediendo como una mera formalidad que le daba visos de legalidad al proceso sin el más mínimo propósito de cumplir con la garantía constitucional de un debido proceso, que en vigencia de la Carta de 1.886 involucraba imprescindiblemente el de la defensa, pues en este caso, la intervención de dicho profesional ni siquiera fue a instancias del Fiscal quien nunca tampoco se preocupó por cumplir con su función de garante del proceso requiriendo al defensor de oficio para se apersonara de los intereses del procesado, sino que por el contrario, fue el propio GONZALEZ SILVA quien hubo de acudir a este servicio ante la falta de recursos económicos para procurarse uno.

14. Y como si lo anterior no fuera muestra suficiente de la desidia con la que el Estado enfrentó a dicho sindicado a todo su poder punitivo, deslegitimándose en su función al no procurar que éste, al igual que los otros dos estuviera en condiciones de igualdad para responder y contradecir los cargos por los cuales se le estaba investigando, cuando el defensor público presenta el poder que lo acredita como el representante de aquél, no se le notifica del cierre de la investigación en forma legal, dejando en el limbo la posibilidad de que este alegara previo al calificadorio, terminando el proceso finalmente en

una sentencia anticipada en la que no se advierte una voluntad libre de aceptación de los cargos por parte del sindicado, pues Fiscal, Juez, Ministerio Público y defensor se enfrascaron en una disyuntiva que a la postre condujo a un forzado allanamiento a la acusación.

15. En efecto, obsérvese que como GONZALEZ SILVA elevara solicitud de sentencia anticipada el 17 de junio, esto es, luego de vencido el traslado para alegar de conclusión y encontrándose ya al despacho el proceso para la correspondiente calificación del sumario, por resolución del 22 del mismo mes el instructor se abstuvo de darle trámite. De ahí que en el auto que avocó conocimiento en el juicio, se dispusiera, aparte de correr el traslado de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, señalar de inmediato fecha para la correspondiente formulación de cargos, iniciándose la diligencia el 21 de octubre de 1.994, la cual fue condicionada por el propio acusado a que se resolviera previamente la petición de nulidad que en ese momento deprecaría su abogado, como efectivamente sucedió, pues este insistió en su tesis sobre la vulneración al derecho de defensa por indebida notificación del cierre de la investigación, como lo había hecho con posterioridad al calificadorio ante la Fiscalía con resultados negativos, y a pesar de que le fue negada la petición no fue posible que se desatara la segunda instancia por haber cobrado ejecutoria la acusación, por manera que lo ocurrido en esta particular diligencia, pone en evidencia que el Juez como director de la audiencia permitió que se saliera de su cauce, pues era evidente que no había ánimo de allanarse a los cargos, como así lo hicieron expreso el Ministerio Público cuando solicitó que se le interrogara nuevamente al procesado a fin de establecer si realmente era autor del hecho o sí simplemente buscaba beneficios legales, y el propio defensor al solicitar el aplazamiento de la misma expresando que tenía muchas dudas en cuanto a real voluntad de GONZALEZ SILVA de acogerse a éste mecanismo, siendo lo más grave, que en dicho acto procesal se le terminara prácticamente forzando una confesión que, sabido es, no es requisito para esta clase de fallos rogados, pues precisamente ante su

dubitación frente al acogimiento de dicho mecanismo y con el fin de despejar la inquietud que se suscitó allí, se le hizo la siguiente pregunta: “ se le solicita al señor JESUS ENRIQUE GONZALEZ SILVA nos haga un recuento claro y pormenorizado de cómo, cuándo, con quién o quiénes y en qué circunstancias es que dice haber cometido un delito y qué clase de delito...”, cuando según consta en dicha acta para ese momento solo había manifestado, como se dijo, que condicionaba la aceptación de los cargos a que previamente se resolviera la nulidad incoada por su abogado, como también de que en varias ocasiones se le escuchó que “solo quiere que se le ayude con traslado a otra cárcel porque no ha cometido ningún delito”, muestra más que suficiente de que no tenía voluntad para ello. Y a pesar de que quedó condicionada su continuación a que el defensor decidiera si primero sí debía resolverse la nulidad planteada, el 3 de noviembre simplemente se leyó la acusación y se le preguntó al procesado si los aceptaba, habiendo éste respondido afirmativamente.

16. Lo anterior permite resaltar cómo, el hecho de que este proceso hubiese terminado para GONZALEZ SILVA por el trámite de la sentencia anticipada, que si bien se llevó a cabo en la etapa del juicio, bien permite colegir que respecto de él, su acogimiento en dicho momento implicaba la tácita renuncia a que se evacuara en su integridad con la causa, lo que significa, en tales condiciones, que a dicha sentencia la precedió como único proceso para éste, una investigación dentro de la que careció por completo de defensa, derecho que igualmente puede afirmarse, a pesar de la presencia del defensor público y el Ministerio Público, también le fue vulnerado en dicha diligencia.

17. Y es que no se puede perder de vista que si bien la sentencia anticipada, implica de un lado economía procesal y evita al Estado desgaste inoficioso en la investigación del delito y sanción de sus responsables, concediéndole rebajas punitivas a quien decide no esperar a que se agote el proceso por el trámite ordinario, la aprobación de la aceptación de cargos que se hace con tal fin está condicionada al respeto de las garantías fundamentales (art. 37, inc. 3 C.P.P.), pues el allanamiento del procesado a los cargos formulados, por

sí solo no tiene la virtualidad de sanear, como en este caso, la ausencia total de defensa, pues se trata de un agravio a la legalidad y legitimidad del proceso, que en razón del principio de protección no se puede convalidar ni siquiera por la afectada o que hubiere dado lugar a ella (art. 308.3 C.P.P.).

Por lo anterior, y acogiendo el concepto del Ministerio Público, se casará oficiosa y parcialmente el fallo impugnado decretando la nulidad de todo lo actuado en relación con JESUS ENRIQUE GONZALEZ SILVA, a partir de la resolución del cierre de la investigación, sin que en la actualidad deba la Corte pronunciarse sobre la libertad del procesado como lo solicita el defensor y el Delegado, puesto que por auto del 26 de agosto de 1.996 le fue concedida por pena cumplida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado en el sentido de declarar la nulidad parcial de todo lo actuado en relación con el procesado JESUS ENRIQUE GONZALEZ SILVA a partir de la resolución por medio de la cual la Fiscalía Seccional No. 240 decretó el cierre de la investigación.
2. Abstenerse de pronunciarse sobre la libertad del procesado por las razones expuestas en la parte motiva.
3. En lo demás queda incólume el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
CORDOBA POVEDA

JORGE

ENRIQUE

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

Salvamento parcial de voto

Patricia Salazar Cuéllar

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto debido hacia las determinaciones de la mayoría, me permito presentar algunos de los planteamientos que expuse ante la Sala, que no encontraron acogida y motivan mi disentimiento parcial, exclusivamente sobre el aspecto de casar oficiosamente parte del fallo recurrido, en el sentido de declarar la nulidad de lo actuado en relación con el procesado Jesús Enrique González Silva, a partir de la resolución por medio de la cual se decretó el cierre de la investigación:

1° Después de considerar la Sala que existió irregularidad de la Fiscalía en la notificación del proveído que declaró cerrada la investigación, con lo cual se afectó el derecho a la defensa de González Silva, radica la razón de la nulidad en que hubo falta de esa defensa durante la instrucción, y la terminación anticipada del proceso en la etapa del juicio no tiene la virtualidad de sanear la falta de asistencia letrada en aquella fase, además de la ausencia de ánimo para allanarse a la imputación formulada en la resolución de acusación.

2° La decisión mayoritaria recuerda que de conformidad con lo previsto en los artículos 186, 190 y 438 del Código de Procedimiento Penal, la resolución que clausura el ciclo investigativo es de aquéllas que exigen notificación personal, de manera que así se debió hacer con el defensor del aludido procesado.

En este caso, es de ver que el proveído que declaró cerrada la investigación le fue notificado personalmente a los procesados privados de la libertad, al Ministerio Público y a dos de los defensores que concurrieron al efecto, no así al defensor de oficio de González Silva a quien si bien no se le envió citación mediante telegrama, el enteramiento se hizo por anotación en estado, forma de notificación de las providencias judiciales permitida por la ley.

Si el aquí recurrente en casación presentó el poder para actuar como defensor, cuando ya había precluido la oportunidad para la notificación del cierre de la investigación, ningún quebranto al debido proceso y al derecho de defensa se presentaba, si como él admite fue informado que la actuación estaba al despacho para resolver sobre recurso interpuesto por el apoderado de otro sindicado contra tal proveído, de manera que se enteró del cierre, conocimiento que habilitaba el ejercicio de los actos defensivos que estimara adecuados, sin que sea admisible su planteamiento en relación a que una de las finalidades por las que el legislador impuso la obligación de notificar personalmente el cierre de la investigación es la de posibilitar que el procesado o su defensor soliciten la sentencia anticipada antes de que esta decisión cobre ejecutoria, a fin de obtener la rebaja de la tercera parte de la pena, pues sin pasar por alto que aquí la petición fue presentada pasada la ejecutoria del cierre, lo que habilita el comentado acto procesal es que el sindicado o su defensor frente a los medios de convicción acopiados durante la investigación, presenten alegatos

previos a la calificación.

3° Sostiene la mayoría de la Sala que Jesús Enrique González Silva careció de defensa durante toda la instrucción, y que no obstante asistió a diligencia de terminación anticipada del proceso en la etapa del juicio, donde a pesar de la presencia de su defensor y del representante del Ministerio Público, también le fue vulnerado ese derecho en el citado acto.

Se cuestiona que el abogado designado defensor de oficio en la diligencia de indagatoria, no asistió al reconocimiento en fila de personas, donde fue reemplazado por otra titulada en derecho, ni se notificó de la resolución que definió la situación jurídica, ni estuvo atento a la práctica de las pruebas de cargo, no pidió otras y fue el único sujeto procesal al que no se le notificó personalmente del cierre de la investigación.

La pasividad del apoderado no puede considerarse per se como ausencia de defensa. La falta de alegatos, no interposición de recursos, ni petición de pruebas, ni la falta de notificación de algunas decisiones, no necesariamente revelan negligencia, pues muchas veces la suficiencia del acopio probatorio y su fuerza de convicción llevan a asumir tal posición y dejar para el final la exposición de los argumentos defensivos, sobre todo en casos como el presente, en el cual existió amplia y sólida demostración de cargo.

En la actuación se recopilaron las declaraciones de los menores Julio César Galindo Medina y Héctor Ramiro López Arévalo, quienes señalaron a González Silva como uno de los sujetos que en compañía de otro y de una mujer amenazaron al primero con una arma de fuego y otra cortopunzante hurtándole la chaqueta que llevaba puesta y lo golpearon en la cabeza con un revólver, siendo aprehendidos por la Policía Nacional que también recibió agresión con el arma de fuego, incautándose algunas prendas que vestían los dos hombres y el revólver en cuestión.

Los menores de edad refrendaron el señalamiento en diligencia de reconocimiento en fila de personas, que si bien no contó con la presencia del defensor de oficio de González

Silva, llevada a cabo a escasos dos días siguientes a la vinculación, ninguna irregularidad presenta con potencialidad de socavar el derecho de defensa, en tanto los procesados fueron asistidos, cada uno, por profesionales del derecho.

En el reiterado criterio unánime de la Sala, no solicitar pruebas no puede tomarse en abstracto como ausencia de defensa; es indispensable especificar cuáles dejaron de practicarse y en que forma habrían llegado a cambiar el fallo. En torno a este aspecto, se echa de menos la gestión del defensor en orden a verificar lo manifestado por González Silva en la indagatoria en el sentido de que se encontraba en esta ciudad porque había venido a reclamar la cédula de ciudadanía y se hospedaba en una posada. Se deja en la incertidumbre la trascendencia de estas citas en el sentido de la decisión, que terminó en las instancias en forma anticipada, como se verá adelante.

De otro lado, no notificarse o no impugnar una decisión puede y suele obedecer a una táctica del apoderado, o a conformidad por considerarla acertada e inexorable, o en parte favorable o menos gravosa. En el presente caso, no se alcanza a vislumbrar una razón sensata para que un defensor experimentado recurriera contra medidas como la resolución de la situación jurídica, basada en pruebas y fundamentos legales sólidos, con el riesgo que la investigación se ocupara de la agresión de que fue víctima un agente de la Policía Nacional que participó en la persecución de los señalados atracadores.

El derecho de defensa consiste en la posibilidad de contradecir las pruebas, solicitar las consideradas convenientes al propio interés, participar en su acopio, presentar argumentaciones y rebatir las contrarias, impugnar las decisiones adversas, solicitar nulidades, etc., asistido de un abogado. Este, de acuerdo con su fuero interno, capacitación, estilo y actitud ética, determina el momento y la forma de ejercer la defensa, según la táctica adoptada, la cual puede abarcar desde el empleo asiduo y a veces reprochable de todas las atribuciones, o sólo de algunas, hasta únicamente ejercer control expectante sobre el proceso, con prescindencia de utilizar tales facultades si

advierte que lo que pueda realizarse por su postulación llegaría a redundar en contra del asistido, e interviniendo sólo cuando es obligatorio.

Posibilidades aquéllas que en ningún momento de la instrucción ni del juicio fueron cercenadas al sindicado, quien contó con defensor de oficio y de la defensoría pública (el recurrente en casación) en las diferentes etapas procesales, optando por allanarse a los cargos formulados en la resolución de acusación, forma de terminación anticipada del proceso.

Para concluir y ratificar lo expuesto, cabe recordar la jurisprudencia de esta corporación, así reiterada sobre el tema en referencia (agosto 11/98, rad. 13.029, M. P. Ricardo Calvete Rangel):

“Para el tema concreto planteado, esto es, la presunta violación del derecho a la defensa, no es suficiente extrañar que el defensor no hubiera pedido pruebas, o que no hubiera interpuesto recursos, o que no se hubiera notificado personalmente de las decisiones. Es necesario que se demuestre que con esa actitud se dejaron de allegar elementos de juicio fundamentales para la decisión, o que no obstante ser evidente que los intereses del procesado se lesionaron no hubo una oportuna impugnación.

... Acaso ante la claridad de lo sucedido era viable demostrar la no responsabilidad? O se podía esperar una pena más benigna...? Cuáles fueron las pruebas de descargo que se dejaron de practicar, y a qué aspecto tan importante conducían, de modo que el hecho de no haberlas pedido lesionó el derecho de defensa?

... hubiera sido interesante conocer qué fue lo que no hizo el defensor que afectó de manera tan grave, como para llevar a la nulidad, la garantía de la defensa técnica.

La respuesta a los anteriores interrogantes ha debido formar parte de la sustentación del recurso, pues lo que se anotó en la demanda no es otra cosa que posibilidades procesales

cuya trascendencia se ignora porque el actor no la mencionó, mucho menos intentó demostrarla...

La actitud pasiva del defensor no es en sí misma indicativa de ninguna irregularidad, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia, hay casos, y éste podía ser uno de ellos, en donde la mejor defensa es dejar que el Estado asuma toda la carga de la prueba ante la evidencia de que las que se pidan perjudican al acusado; o en donde no conviene recurrir dado el acierto indiscutible o la generosidad del fallador. Esos pueden ser también méritos de una buena defensa, y demostración de un comportamiento ético y serio de un abogado..."

4° Cerrada la investigación, y cuando ya la resolución que así decidió causó ejecutoria, el procesado Jesús Enrique González Silva manifestó estar dispuesto a la terminación del proceso por sentencia anticipada (art. 37 C. de P.P.). El juez de conocimiento, atendiendo esta petición, lo citó y con la asistencia de su defensor y del representante del Ministerio Público, previas las advertencias establecidas por la ley, le averiguó si aceptaba los cargos formulados en la resolución de acusación y el acusado expresó: "yo me acojo a la sentencia anticipada, me acojo a que yo cometí los cargos que robé al señor y de lo que soy acusado del porte ilegal de armas, que yo robé una chaqueta" (f. 189).

En todos los momentos del desarrollo de la diligencia de aceptación de cargos para sentencia anticipada, el procesado estuvo asistido por su defensor público, reiteró su voluntad de que el proceso terminara en forma anticipada y, para abundar en seguridad sobre su aceptación, relató algunos pormenores de los hechos; finalmente, sin reales interferencias en el consentimiento, aceptó los cargos que le fueron formulados en la resolución de acusación. De esta manera, teniendo respaldo legal para hacerlo, restringió algunas de las oportunidades de contradicción y aceptó lo realizado, sin que tenga fundamento, en mi criterio, que ahora se venga a declarar una nulidad por falta de defensa técnica en algún momento de la instrucción.

En otras palabras, si el sindicado renuncia al procedimiento ordinario, acudiendo voluntariamente a una audiencia de sentencia anticipada, diligencia en la cual se verifica una concentración de oportunidades de contradicción y defensa, y estando en libertad de aceptar o rechazar los cargos se allana a éstos, no es procedente decretar una nulidad por posibles irregularidades que claramente devienen intrascendentes y convalidadas.

En relación con esta problemática, la Corte en sentencia de fecha 28 de octubre de 1996, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, casación 10.578, sostuvo:

“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 cargo que la sustentan, no tendrá 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...

Lo que ocurre en el subjuicio es que, como se ha renunciado voluntariamente a la plenitud del procedimiento ordinario (que no es lo mismo que el debido proceso y todas las 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.”

Resulta adicionalmente significativo lo que en la misma sesión del 11 de agosto de 1999, fecha también de esta sentencia sobre la cual parcialmente salvo voto, reiteró la Sala, al decidir la casación Nº 11.555, M. P. Fernando Arboleda Ripoll:

“El derecho a la defensa técnica, ha sido dicho por la Corte, implica que el inculpado cuente con asistencia profesional durante todo el trámite procesal, ya que sin posibilidades de contradicción no es posible concebir legítimo hoy día el proceso, pero ello no significa que si ha dejado de tenerla en un determinado momento, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advengan por ese solo motivo ineficaces, pues en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaratoria de las nulidades, solo si la anomalía afecta realmente las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable su declaración.

También se ha sostenido que si la irregularidad es oportunamente corregida, de suerte que el profesional designado pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudo haber realizado durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, puesto que ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a tener una oportunidad que ya tuvo (Cfr. Casación de 27 de mayo de 1999, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación junio 15 de 1999, M. P. Dr. Arboleda Ripoll), situación que es la que se presenta, justamente, en relación con el procesado... De allí que respecto de él, la Sala no encuentre motivo para declarar la nulidad demandada.”

Por todo lo anteriormente analizado, en mi opinión, respetuosa del criterio de la mayoría, no se debió casar el fallo impugnado.

Con el comedimiento de siempre,

NILSON E. PINILLA PINILLA

Magistrado

(fecha: ut supra)