

Proceso N° 11044

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

APROBADO ACTA No. 170

Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre veintiocho de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

El 5 de abril de 1995, el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín condenó al joven Juan Pablo Giraldo Vallejo por los delitos de homicidio y violación al decreto 3664 de 1986, en concurso. Le impuso la pena principal de 26 años y 8 meses de prisión, la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas durante 10 años, el pago de los daños y perjuicios y le negó la condena de ejecución condicional.

Juan Pablo y su defensor apelaron y el 14 de junio de 1995 el Tribunal de la misma ciudad confirmó la sentencia.

El primero de ellos “apeló”, el Tribunal entendió que interponía recurso de casación, lo concedió, y Juan Pablo otorgó poder a una profesional del derecho que sustentó la impugnación presentando la demanda correspondiente.

Por lo anterior, ahora la Corte se pronuncia sobre el fondo del asunto sometido a su

consideración.

## HECHOS

El 16 de mayo de 1994, aproximadamente a las 12. 30 del día, una persona tocó a la puerta de la residencia de Carlos Augusto Gutiérrez Gallego, identificada con el número 50-40 de la carrera 91, barrio Aranjuez, de Medellín. Cuando Carlos Augusto salió, luego de que lo llamara su hermano, sorpresivamente recibió dos disparos de arma de fuego que le quitaron la vida en forma inmediata. El agresor emprendió la huida pero pronto fue alcanzado por la policía, que le dio captura mientras corría con un revólver 38 largo. Juan Pablo Giraldo Vallejo, además, ofreció dinero a los agentes de la policía para que no lo denunciaran.

## ACTUACION PROCESAL

Luego de oírlo en indagatoria y de practicar varias diligencias, el 24 de mayo de 1994 la Fiscalía resolvió la situación jurídica de Juan Pablo. Le impuso detención preventiva por homicidio en concurso con porte ilegal de armas de defensa personal.

El 4 de agosto de 1994, el instructor cerró la investigación y el 14 de septiembre del mismo año acusó a Juan Pablo de homicidio y de porte de armas, calificación que, apelada por éste, fue confirmada el día 31 de octubre de 1994.

El juicio correspondió al Juzgado 21 Penal del Circuito, que produjo la sentencia ya reseñada y que fuera ratificada por el Tribunal.

## LA DEMANDA

La actora formula dos cargos, así:

Primer cargo. Causal 3a. de casación, es decir, nulidad, por grave violación al derecho de defensa.

Segundo cargo. Subsidiariamente, violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 29 de la ley 40 de 1993 e inaplicación del artículo 323 del C. P.

Desarrolla las dos imputaciones de la siguiente manera.

Primer cargo.

1. En la diligencia de indagatoria, realizada el 19 de mayo de 1994, Juan Pablo estuvo asistido por el señor Iván Emilio Paredes, ciudadano que no es abogado y que con su firma denota ser poco ilustrado. 2. En ampliación de indagatoria se le designó como defensora a la señora Marta Lucía Monsalve Cadavid, quien tampoco es profesional de la abogacía y quien, a diferencia de la defensa en la indagatoria inicial, prestó juramento sobre reserva sumarial. 3. La medida detentiva no fue notificada a ningún defensor, sencillamente porque, aun cuando Juan Pablo había dicho desde su injurada que no tenía a quién nombrar, la fiscalía no le había designado un profesional que lo representara, con lo cual se le negó el derecho a ejercer la contradicción. 4. Posteriormente, el procesado dio poder a un abogado, pero no fue reconocido ni se le posesionó. No obstante, actuó a lo largo del proceso sin "...percatarse de que su defendido fue objeto de una grave vulneración de sus derechos y garantías constitucionales". 5. Medellín es la tercera ciudad del país y cuenta con gran cantidad de abogados titulados. Por tanto, no es una aldea lejana que impida la consecución de un profesional del derecho para la práctica de una indagatoria. 6. Finalmente, tras recordar pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional y de hacer hincapié en el contenido del artículo 29 de la [Constitución Política](#), estima que la nulidad se ha producido desde la diligencia de indagatoria.

Segundo cargo.

1. El artículo 29 de la ley 40 de 1993 debe ser mirado dentro del contexto de la misma y esta, por su origen, tiene que ver con el delito de secuestro y con los delitos que se relacionen con este hecho punible. Por tanto, aplicar sus normas al homicidio en general, implica salirse de su propio marco. 2. El artículo 31 de la ley 40 de 1993 limita los incrementos punitivos a los casos contemplados en ella misma y, por tanto, deja intacta la estructura normativa del artículo 323 del C. P., que continúa vigente como legislación ordinaria y aplicable a los casos de homicidio desvinculados del secuestro extorsivo y del secuestro simple. 3. Para terminar, solicita que subsidiariamente sea casada la sentencia de 2a. instancia para que se modifique "...el punto que confirma en todas sus partes el fallo de primera instancia, por indebida aplicación de la ley 40 de 1993 (sic)".

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa en favor de la declaración de nulidad y de manera adversa respecto del cargo planteado como subsidiario. Así se expresa.

Sobre el primer cargo.

1. Si se compara la actuación desde la indagatoria con el contenido del artículo 29 de la Constitución, con las normas suscritas por Colombia relativas a las garantías constitucionales, con la jurisprudencia de la Sala y con la de la Corte Constitucional, se concluye que se ha obrado en contra del debido proceso legítimo pues se ha pretermitido la asistencia de un profesional del derecho en la injurada. 2. La vulneración de la defensa técnica no es permisible en un estado de derecho y cuando se incurre en ella deviene como consecuencia obligada la invalidación de la actuación surtida. 3. Aun presumiendo la correcta actuación de las autoridades judiciales, la intervención del defensor letrado durante la indagatoria se hace exigible con el carácter de indispensable

para la validez del acto, en tanto que requiere de un recto entendimiento de los cargos que se harán al interrogado, el conocimiento pleno de las garantías judiciales y las posibilidades que tiene el inculcado para establecer su defensa en la diligencia y en el curso del proceso, además de una serie de condiciones que no pueden ser adecuadamente evaluadas por el sindicado, sino que han de ser estudiadas por este en compañía de su defensor, conocedor del derecho y de las diferentes oportunidades que se ofrecen para estructurar la defensa de los intereses del imputado. 4. No se puede admitir que lo sucedido se presente en una ciudad como Medellín, sede de dos Tribunales de Distrito Judicial, de múltiples facultades de derecho e innumerables abogados que ejercen su profesión de manera permanente y que cuenta con una oficina regional de la defensoría del Pueblo encargada de la defensoría pública. 5. La designación de abogado de confianza que ocurrió a instancia del procesado, no convalida la viciada actuación que precedió su intervención, porque una de las características esenciales del derecho de defensa es que gobierna de manera independiente cada una de las actuaciones y etapas del proceso y en el caso de la indagatoria, la invalidez es absoluta cuando se ha prescindido de la defensa técnica. 6. La absoluta falta de defensa técnica durante la indagatoria y su ampliación, afecta de nulidad el proceso al desconocerse el contenido del artículo 29 inciso cuarto de la Carta política, nulidad señalada en el artículo 304 numeral tercero del C. de P. P. 7. Culmina este punto solicitando casar la sentencia impugnada y declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la indagatoria que rindió el procesado el 19 de mayo de 1994, dejando a salvo las pruebas recaudadas legalmente.

El segundo cargo es desestimado por el Procurador, con base en que de acuerdo con un pronunciamiento de la Corte Constitucional (7 de diciembre de 1993), el título final de la ley 40 de 1993 y la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 21 de noviembre de 1995, M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote), tal norma sí incluye, y ello formaba parte del propósito del legislador, lo atinente a la modificación del artículo 323 del C. P.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La sentencia objeto del recurso de casación no puede ser casada, por las siguientes razones.

En cuanto al primer cargo.

1. La indagatoria de Juan Pablo Giraldo Vallejo se inició el 19 de mayo de 1994, a las 4. 20 P.M (Fl. 19). Fue suspendida "...ya que la remisión llegó por el detenido..." (Fl. 22), y se dispuso "...continuarla el día lunes..." (Fl. 22). El 24 de mayo de 1994 prosiguió la diligencia, así el acta aparezca bautizada como "ampliación de la diligencia de indagatoria del procesado Juan Pablo Giraldo Vallejo" (Fl. 41). Y Juan Pablo no volvió a hablar ante las autoridades judiciales hasta el día 24 de marzo de 1995, en diligencia de audiencia pública (Fls. 204 s.s.). Así las cosas, no es cierto que Juan Pablo hubiera rendido indagatoria y luego la hubiera ampliado. Se expresó en una misma diligencia, dividida en dos sesiones. De modo que si la defensa y el Ministerio Público tuvieran razón en la quiebra del derecho de defensa, habría sido una y no dos pues que, repítese, sólo hubo una diligencia de indagatoria.

2. El día 19 de mayo de 1994, primera parte de la injurada, Juan Pablo dijo que no tenía a quien nombrar como defensor y por ello la Fiscalía le nombró de oficio al señor Iván Emilio Paredes, quien se identificó con la cédula de ciudadanía número 3. 348. 966 de Medellín, aceptó el cargo (Fl. 19) y firmó la diligencia.

El 24 de mayo de 1994 prosiguió la injurada, a las 10.00 horas. Se le designó como defensora a la señora Marta Lucía Monsalve Cadavid, identificada con la cédula de ciudadanía número 43. 443. 249 de Medellín, quien juró sobre la reserva sumarial, prometió cumplir bien con los deberes del cargo y firmó el acta correspondiente (Fls. 41 y 41 vto).

Para los días de la indagatoria, 19 y 24 de mayo de 1994, regía en su integridad el inciso 1o. del artículo 148 del C. de. P. P., que disponía: “De conformidad a lo dispuesto por el decreto 196 de 1971, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable siempre que no sea servidor público”.

Si la norma regía en su integridad, perfectamente podía ser aplicada y, por tanto, ningún reproche se puede hacer a la actuación pues que, además, la ley se presume conforme con el Texto Superior mientras el competente no declare lo contrario, es decir, hasta tanto no sea objeto de inexecutable o inconstitucionalidad, a menos que un servidor público se abstenga de aplicarla con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad. Y cuando la Fiscalía oyó en indagatoria a Juan Pablo, la Corte Constitucional no había declarado contrario a la Carta el inciso citado y en ese momento, y después, ninguna persona con capacidad para ello planteó la posibilidad de acudir a la excepción mencionada.

El artículo 148-1 del C. de. P. P. fue declarado inconstitucional mediante sentencia C- 049, del 8 de febrero de 1996 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz) y, por tanto, como quiera que los efectos de tal decisión sólo rigen hacia el futuro, las actuaciones adelantadas antes de tal fecha con base en el contenido del inciso comentado, no quiebran la ley ni la Constitución. Así lo ha reconocido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en sentencias del 26 de junio de 1996 (M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel) y del 25 de julio del mismo año (M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

De otra parte, ante la afirmación de la actora sobre el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional del 9 de febrero de 1995, dígame que, como ya lo ha expuesto la Sala en otra oportunidad (2 de febrero de 1999, M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote), la diligencia de indagatoria de Juan Pablo, en sus dos sesiones, fue anterior a la sentencia de unificación 044 de la fecha indicada.

3. Ciertamente Medellín es una importante ciudad capital, posee dos Tribunales, tiene varias facultades de derecho, cuenta con oficina de la defensoría pública y alberga a muchos abogados en ejercicio liberal de la profesión. Pero esta afirmación en abstracto no permite concluir que, en concreto, los días 19 de mayo de 1994, a las 4. 20 P.M., y 24 de mayo del mismo año, a las 10.00 horas, las dos Colegiaturas, las varias facultades, las dependencias de la defensoría pública y los varios abogados en ejercicio, estuvieran pendientes de lo que ocurría en la Fiscalía 10 de la Unidad No. 2 como para que, expectantes, desocupados o disponibles, estuvieran a la espera de colaborar con el servicio de defensa de Juan Pablo. Aquí la Fiscalía hizo lo que tenía que hacer, y se parte, desde luego, de que no tuvo a la mano un abogado inscrito que asistiera al joven imputado, como también de la honorabilidad de don Iván Emilio y de doña Marta Lucía.

Agréguese, de otra parte, que cuando el artículo 148-1 del C. de. P. P. alude a la ausencia de abogado inscrito que asista en la diligencia de indagatoria al imputado, no se refiere a la carencia de profesionales del derecho en la ciudad, en el pueblo, en el municipio o en circunscripción semejante, sino a la falta de presencia de un letrado en el sitio y en el momento de la diligencia, lo que no obsta para que cuando se prevea que el sindicado no pueda contar con defensor técnico en la injurada, la Fiscalía tome las medidas pertinentes para su consecución.

4. A partir del 26 de mayo de 1994, dos días después de que fuera proferida la resolución que decretó la medida detentiva, actuó como defensor un letrado designado por Juan Pablo (Fl. 57) y, como se desprende del expediente y lo admiten la dama casacionista y el Ministerio Público, su gestión, de allí en adelante, fue aceptable, aunque la proponente en casación le reprocha el no haberse percatado que su defendido había sido materia de grave vulneración de sus derechos y garantías constitucionales.

Lo anterior es suficiente para desestimar el cargo pues no hubo violación del derecho de defensa.

Segundo cargo.

La objeción se sustenta en aplicación indebida del artículo 29 de la ley 40 de 1993 y, por consiguiente, en inaplicación del artículo 323 del C. P. Respóndese.

1. Cuando la Corte Constitucional se ocupó del estudio de constitucionalidad de los artículos 1, 28, 29, 30 y 31 de la ley 40 de 1993, expresamente dijo que tal norma no se refería exclusivamente al secuestro sino que comprendía otras hipótesis delictivas, entre ellas el homicidio.

2. La ley 40 de 1993, en su “nombre” o enunciado, alude al secuestro y a la expedición de “otras disposiciones”. Si bien su objeto primordial era el delito contra la libertad individual, no era el único. Y en su texto se refiere en pluralidad de ocasiones al delito de homicidio.

3. De manera expresa, con las palabras “quedará así”, la ley 40 de 1993 alude a varias disposiciones del C. P., actitud legislativa que mirada contextual y sistemáticamente, implica la subrogación, entre otros, de los artículos 323, 324 y 355 del estatuto mencionado.

4. Del trámite del proyecto de ley en el Congreso de la República se desprende que si bien inicialmente se pensaba en el secuestro, durante el decurso del mismo se amplió su alcance y se incluyó agravación de penas también para el delito de homicidio.

De lo anterior resulta que no coexisten “dos homicidios básicos” en la legislación penal colombiana. Solamente existe uno, el del artículo 323 del C. P., con las modificaciones punitivas introducidas por la ley 40 de 1993. No hay, pues, paralelismo

legislativo sobre el mismo punto.

Este es el pensamiento de la Sala, que se lee fácilmente en varias de sus decisiones, por ejemplo en las del 21 de noviembre de 1995 (M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote), 25 de julio de 1996 (M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fesneda), 5 de noviembre de 1996 (M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote), 17 de febrero de 1999 (M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo) y 25 de febrero de 1999 (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Surge de lo dicho, entonces, que si el Tribunal de Medellín confirmó la condena por el delito de homicidio previsto en el artículo 323 del C. P., “modificado por la ley 40/93, art. 29” (Fl. 237), no violó directamente la ley sustancial por aplicar indebidamente el artículo 29 de la ley 40 de 1993 e inaplicar el artículo 323 del C. P., decreto ley 100 de 1980. Este cargo, así, tampoco prospera.

El Ministerio Público observa que la señora Marta Lucía Monsalve Cadavid, quien acompañó a Juan Pablo en la indagatoria a título de defensora, aparece cumpliendo la misma tarea por lo menos en dos procesos que ha conocido y teme que se trate de una persona que actúa irregularmente, que representa judicialmente pese a no tener título profesional, o de alguien que presta sus servicios como servidora del estado en el edificio donde funcionan las fiscalías y es utilizada para tales menesteres. Por ello, pide se compulsen copias, con el fin de que se adelante la averiguación pertinente. La Sala accede a ello.

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

**RESUELVE**

1. No casar la sentencia recurrida.

2. Compulsar las copias a que se hace referencia en la parte final de las motivaciones.

Cópiese y cúmplase.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR.

No hay firma

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

YESID RAMIREZ BASTIDAS.

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria