

Proceso N° 11220

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 161

Santafé de Bogotá, D.C., D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y nueve. (1.999).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de LUIS ANTONIO CRUZ GARCIA, contra la sentencia proferida el 21 de julio de 1.995 por el Tribunal Superior de Cundinamarca, por medio de la cual se confirmó la dictada por el Juez Penal del Circuito de Chocontá en la que se condenó a dicho procesado a la pena principal de 25 años y 6 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios materiales y morales, como autor del delito de homicidio simple, en concurso con el de porte ilegal de armas para la defensa personal.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Estos sucedieron el 15 de agosto de 1.995 en el Municipio de Villapinzón en la tienda de Carlos Abril Benavides, a eso de la una de la tarde, momentos en que Juan Bautista García se encontraba en compañía de Alcibiades García y Eduardo Barrero Silva, sitio al

que llegó LUIS ANTONIO CRUZ GARCIA con su hermano Andrés, reclamándole al primero, quien era su tío, le explicara por qué estaba diciendo que una semilla de papa que él le había vendido estaba “virusiada”, procediendo a dispararle en dos oportunidades con un revólver calibre 32, causándole heridas en el cuello y en la región mentoniana, luego de lo cual huyó.

Entre tanto, la víctima fue auxiliada por Alcibiades, quien la trasladó al Hospital de Chocontá, donde le prestaron los primeros auxilios, después al de La Samaritana de esta ciudad y finalmente a la Clínica Tequendama, en donde luego de habersele practicado una cirugía falleció el 16 de agosto a causa de un shock hipovolémico secundario a armas de fuego “con antecedente de intervención quirúrgica”, según se hizo constar en la necropsia.

Tales hechos fueron denunciados ante la Inspección de Policía de Villapinzón por Rogelio García Melo, uno de los hijos de la víctima, diligencia que junto con el acta del levantamiento del cadáver practicado por la Fiscalía 13 de la Unidad Primera de Investigación Previa y Permanente de Santafé de Bogotá, fue remitida a la Unidad de Fiscalías de Chocontá, procediéndose allí a iniciar investigación preliminar mediante resolución del 13 de septiembre de 1.993, para luego, una vez obtenida la plena individualización e identificación del imputado, hacerlo formalmente, ordenándose la captura de LUIS ANTONIO CRUZ GARCIA, cuya orden fue expedida el 2 de noviembre siguiente.

Posteriormente, esto es, el 7 de enero de 1.994, y en razón a que para ese momento no se había logrado aprehender a CRUZ GARCIA, se ordenó su emplazamiento y el 9 siguiente se reconoció a Rogelio García Melo como parte civil dentro de dicha investigación, luego de lo cual, es decir, el 13 del mismo mes y año se fijó edicto emplazatorio, declarando persona ausente al procesado mediante resolución del 21, proveído en el que se le designó como defensor de oficio al doctor José María Lora Araoz, profesional que

tomó posesión del cargo el primero de febrero del mismo año, en la cual se hizo constar que para acreditar su idoneidad profesional, exhibió Licencia Provisional expedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al igual que se dejó consignado el lugar donde podía ser localizado, que coincide con aquella a la que se le envió el telegrama informándosele de tal designación y en cuyo cumplimiento compareció a ese Despacho Judicial.

El apoderado de la parte civil solicitó la práctica de algunos testimonios de quienes presenciaron los hechos y aportó documentos que acreditan el grado de consanguinidad del procesado con la víctima, procediendo la Fiscalía instructora, el 24 de marzo de 1.994, a resolver la situación jurídica del emplazado CRUZ GARCIA con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio agravado por el parentesco, disponiendo, igualmente, en la misma fecha, pero en decisión separada, la práctica de algunas pruebas solicitadas por el representante de los intereses privados. De la decisión detentiva se les comunicó telegráficamente, tanto el defensor como al apoderado de la parte civil y con el expreso fin de que concurrieran a notificarse de ella.

Por existir “dentro de la investigación elementos de juicio suficientes para entrar a calificar el mérito sumarial” y a petición del representante de la parte civil, quien advirtió que el término instructivo se encontraba más que vencido, pues habían transcurrido más de nueve meses, el 2 de junio se decretó su cierre, proveído éste que le fue notificado personalmente al Personero Municipal el día 3, enviándose en esa misma fecha comunicaciones telegráficas al defensor oficioso y al apoderado de la parte civil para que concurrieran a notificarse, luego de lo cual, y sin que exista explicación alguna para ello, el 8 del mismo mes, fecha en que se fijó el estado correspondiente, la Fiscalía, con un nuevo titular, volvió a darle posesión al doctor José María Lora Araoz como defensor de oficio de LUIS ANTONIO CRUZ, habiendo este profesional solicitado copias de la actuación, las que le fueron ordenadas el día 9,

dejándose aquí también constancia sobre la Licencia Temporal de este profesional.

Así, el 30 de septiembre de 1.994 se calificó el mérito probatorio del sumario, profiriéndose resolución acusatoria en contra de LUIS ANTONIO CRUZ GARCIA por el delito de homicidio agravado conforme al numeral 4 del artículo 324 del Código Penal, por cuanto el procesado actuó por motivo fútil, en concurso con el de porte ilegal de armas para la defensa personal, reiterándose en su contra las órdenes de captura, procediéndose para su notificación a enviar comunicación telegráfica el 5 de octubre al defensor y al representante de la parte civil, mientras que lo hicieron personalmente el Ministerio público el 21 y el apoderado oficioso el 25 del mismo mes, fijándose estado el 27 siguiente, por lo que la acusación cobró ejecutoria el primero de noviembre, pues si bien el día 12 el apoderado de los intereses privados la recurrió en reposición para que se le imputara al procesado la agravante específico del parentesco en relación con el delito contra la vida, el 14 desistió de ella por considerar que se había equivocado en el pedimento, ya que la relación cosanguínea existente entre la víctima y el procesado no se encontraba entre los grados de parentesco posibilitados por la Ley Penal para que procediera esa agravante. Tanto al defensor como al apoderado de la parte civil, se les comunicó la decisión y citó para esta notificación mediante telegrama, llamado ante el cual comparecieron.

Remitido entonces el proceso al Juzgado del Circuito de Chocontá para que se surtiera la etapa del juicio, por auto del 9 de noviembre de 1.994 se avocó el conocimiento, corriéndose el traslado de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal para que los sujetos procesales solicitaran pruebas y las nulidades surgidas en la etapa de instrucción, lapso dentro del cual, esto es, el 19 de diciembre del mismo año, y ante petición concreta de la parte civil, fue capturado LUIS ANTONIO CRUZ GARCIA en el Municipio de Turmequé por miembros del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación y puesto a disposición del funcionario de conocimiento, procediendo el aprehendido a conferirle poder a un abogado de su confianza el 11 de enero de 1.995,

siendo dicho profesional reconocido como tal y posesionado el mismo día. De este traslado (fl.179) se les comunicó en la misma fecha al defensor de oficio y al de la parte civil (fls. 180 y 181).

De esta manera, mediante proveído del 19 de enero de ese año, el Juzgado decretó las pruebas solicitadas por la defensa y la parte civil, procediendo a indagar a CRUZ GARCIA el 3 de febrero, diligencia en la cual el inculcado manifestó que efectivamente el día de los hechos se había encontrado con su tío Juan García en una tienda del Municipio de Villapinzón, quien lo insultó por dejarle la yegua suelta en la finca, al tiempo que lo empujaba, dándole un puntapié en la “espinilla” cuando se disponía a irse del lugar para evitar problemas, aquél intentó pegarle con la botella de cerveza que estaba tomando, metiéndose la mano debajo de la ruana que llevaba puesta como pretendiendo sacar algo, por lo que, al pensar que iba a ser atacado, sacó el revólver calibre 32 que portaba desde la mañana cuando salió a ver un ganado de su suegro a un sitio peligroso y le disparó, primero hacia un brazo y después, ante la insistencia de Juan en agredirlo, a la garganta. Igualmente, explica, que esperó unos minutos a que llegara la Policía, decidió irse, ya que temía a la reacción de la familia del lesionado porque siempre lo buscaban para ponerle problemas, habiendo cogido un bus hacia Ventaquemada, percatándose en ese lugar que había perdido el arma.

Practicadas, además, las pruebas que oportunamente fueron decretadas, de cuyo auto se les enteró telegráficamente a los referidos profesionales (fls. 198 y 199), como igualmente se hizo respecto del día y fecha en que se recepcionarían algunos testimonios (fls. 219, 220 y 267) y en relación con el dictamen pericial de perjuicios (fls. 243 y 244), denotándose que al contrario de lo que sucedió con el apoderado de la parte civil, quien se hizo presente casi a la totalidad de la práctica de estas probanzas, el nuevo defensor, no obstante que había solicitado varias de ellas, en ninguna de estas diligencias ni notificaciones se hizo presente, haciéndolo únicamente en la audiencia pública, rituada la cual se profirió el fallo de primera instancia, que al ser apelado por el defensor del

procesado recibió confirmación del Tribunal Superior de Cundinamarca en los términos precedentemente expuestos.

LA DEMANDA:

Luego de hacer una serie de críticas en el resumen de la actuación procesal sobre el derecho de defensa del procesado, al amparo de la causal tercera de casación, en el único cargo que propone la defensa contra el fallo de segunda instancia, lo acusa de haberse dictado en juicio viciado de nulidad, pues se presentaron irregularidades que afectaron el debido proceso y el derecho de defensa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 304.2.3. del Código de Procedimiento Penal.

Bajo tal postulado, recuerda el casacionista que los hechos motivo de este proceso ocurrieron el 15 de agosto de 1.993 en el Municipio de Villapinzón, el 13 de octubre del mismo año se dispuso la captura de CRUZ GARCIA, ordenando su emplazamiento el 13 de enero de 1.994 y que, durante ese lapso se recibieron varias declaraciones y se admitió a la parte civil, quebrantándose con ello el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal en perjuicio de los intereses del investigado, pues los testigos de cargo se escucharon sin que éste contara con la asistencia de su defensor y además, el 2 de junio de ese mismo año se decretó el cierre de la investigación “cuando no se había recaudado prueba suficiente para calificar”, estaba ausente el sindicado ni se le había recibido su injurada y “tampoco se encontraba vencido el término de instrucción, que es de 18 meses, hasta ese momento no los llevaba”, desconociéndose lo dispuesto en el artículo 329 ibídem, esto es, concluye el libelista, se acortó el tiempo dispuesto en la ley para instrucción del proceso, lo que significa que se privó al inculcado del derecho a una investigación imparcial, pues “a sus espaldas se cerró también su tiempo para ejercer su derecho a la defensa sin que ninguna disposición lo ordenara y por el contrario lo prohibía”, como que de dicha decisión no se le notificó personalmente al abogado que asumió la representación de CRUZ GARCIA, como así lo impone el artículo 438 del mismo

Estatuto Procedimental, ni se hizo por conducta concluyente, toda vez que “ninguna actuación tuvo el defensor de oficio fuera de pedir fotocopias que nunca retiró”.

En el mismo sentido, señala que en firme el cierre del ciclo instructivo porque no fue recurrido, el proceso quedó a disposición de las partes para alegar de conclusión, labor que no podía cumplir la defensa de oficio porque para entonces carecía de facultad para litigar a nombre de otro, si se tiene en cuenta que el documento que lo identificó profesionalmente fue una Licencia Temporal, y por ende, solo podía actuar en la etapa instructiva según lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 196 de 1.971 porque no acreditó número de tarjeta de abogado, y por esa circunstancia, “nadie ni el propio sindicado pudo impugnar estos actos procesales de tan vital importancia, el cierre y la calificación estuvo huérfano de asistencia el supuesto sindicado porque materialmente no existía en el proceso”.

Además, dice, que si bien la nulidad que pone de presente pudo haberse alegado en el término de traslado para preparar la audiencia, para ese momento la resolución acusatoria ya estaba viciada porque no se había notificado debidamente, esto es, carecía de ejecutoria y no podía, por ende, “dar el siguiente paso del traslado, para preparar audiencia, solicitar nulidades o pedir pruebas, luego este paso nunca se dio procesalmente estuvo viciado de nulidad en la etapa del juicio, pues no existía en esa etapa acusado legalmente vinculado”.

Enfatiza, igualmente, que cuando se produjo la captura de CRUZ GARCIA restaban cinco días para que venciera el traslado a que se refiere el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, por lo que, dice, ha debido notificársele a éste de tal circunstancia y volverse a correr el término a fin de que su nuevo defensor advirtiera las nulidades que los juzgadores de instancia no declararon, y que tampoco tuvieron en cuenta la Fiscalía ni el profesional que lo representó oficio, que bien hubiera podido solicitar en su favor la sentencia anticipada que le hubiera permitido obtener una rebaja de pena de la tercera

parte.

Finalmente, sostiene que si bien la nulidad se presenta desde la ilegal declaratoria de persona ausente, “en orden a la equidad su nulidad es dable declararse a partir del cierre de la investigación”, solicitando, en consecuencia, se case el fallo impugnado y se invalide lo actuado desde el momento procesal ya mencionado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL:

Ab initio el Delegado solicita el rechazo de la censura, por cuanto de manera libre el libelista expone una serie de planteamientos que señala como afectantes del debido proceso que no encuentran comprobación, pues lo que tiene que ver con el quebranto del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, que atribuye a la admisión de la parte civil y el recaudo de varios testimonios mientras operaba la vinculación de CRUZ GARCIA en calidad de persona ausente, basta con el “simple recuento de la actuación” para concluir lo contrario, máxime cuando dicho precepto no dispone que se deba suspender el acopio de las pruebas o cualquier otra actuación como las que cuestiona el demandante, “ni mucho menos se exigen presupuestos diversos a aquellos a los que se adecuó por completo el discurrir de la cuestionada ritualidad”.

En lo que concierne a la aducida violación que acusa el censor del artículo 329 del Estatuto Procedimental, esto es, haberse cerrado la investigación sin que mediaran las pruebas suficientes para la calificación sumarial sin que transcurrieran aún los 18 meses que establece la ley para el perfeccionamiento de la investigación, porque afectó el derecho de defensa del procesado y el de imparcialidad en el esclarecimiento de los hechos, para el Delegado la imposibilidad del recurrente para demostrar esa presunta irregularidad se refleja en el hecho de no haber señalado los medios de prueba que dejaron de practicarse para que se cumpliera satisfactoriamente con esa fase del proceso, máxime cuando no atina en concretar cuál sería la injerencia de los mismos

en la situación de CRUZ GARCIA, pasando de inmediato a resaltar el desatino de tal argumento, en cuanto conlleva la afirmación de que indefectiblemente debe agotarse dicho término, porque de la preceptiva legal solo puede entenderse que la instrucción no podrá excederse de ese tiempo, por lo que si a ello se procede antes no comporta irregularidad alguna, como lo pasa a corroborar con una cita de jurisprudencia de esta Sala sobre los casos en que procedería la reposición del cierre investigativo.

Así, se refiere entonces el Procurador al cuestionamiento del demandante por no haberse notificado personalmente al defensor de oficio del procesado el proveído en comento, es decir, que no se hubiese procedido conforme lo ordena el artículo 438 ibídem, aserto que si bien, dice, frente al proceso encuentra corroboración, no puede desconocerse que “si la razón del acto se contrae a poner en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las decisiones adoptadas por el correspondiente funcionario, a efecto de que opten por ejercer o no su derecho de impugnación, resulta obvio que en el caso sub examine se dio cumplimiento en un todo a dicha finalidad”, pues una vez cerrada la investigación y enterado el abogado por vía telegráfica, éste compareció a la Fiscalía y tomó posesión del cargo estando aún dentro del término de ejecutoria de esa decisión pudiendo recurrirla, lo que significa que “tenía pleno conocimiento de la misma”, y por ende, no se quebrantaron garantías fundamentales como lo plantea el casacionista.

En lo que tiene que ver con el argumento de la demanda, respecto a que por contar con Licencia Temporal el defensor oficioso se encontraba imposibilitado para ejercer el cargo porque de conformidad con lo previsto en el artículo 31 del Decreto 196 de 1.991, su actuación estaba limitada a la etapa instructiva, lo que también incidió en la vulneración al derecho de defensa, pues en tales condiciones no podía recurrir las decisiones proferidas en su contra, aclara el Delegado, que de la norma citada del Estatuto de la Abogacía se colige que la persona que haya terminado y aprobado los estudios de derecho en universidad oficialmente reconocida sin obtener el título correspondiente, está habilitado para ejercer la profesión por dos años, entre otros casos, como defensor en procesos

penales en general, salvo para sustentar el recurso extraordinario de casación, sin establecer límite a una etapa procesal determinada, como equivocadamente lo sostiene el recurrente.

Pasando, así, a la aducida nulidad en la etapa del juicio por no encontrarse ejecutoriada la resolución acusatoria por indebida notificación y la irregular vinculación de CRUZ GARCIA al proceso, dice el Ministerio Público, que el sustento del censor es contrario a la realidad, ya que no es cierta la primera afirmación por cuanto a la defensa se le enteró personalmente del contenido de tal proveído, como igual sucedió con los demás sujetos procesales, quedando ejecutoriada al no haberse interpuesto ningún recurso en su contra; y en lo que tiene que ver con la segunda presunta irregularidad señalada, reitera, al encausado se le había declarado legalmente persona ausente.

No obstante lo anterior y bajo la intitulación de “Casación oficiosa”, afirma el Procurador, que por su parte, “salvo sesgadas y erradas manifestaciones en torno a la violación del derecho de defensa, (la verdad es que) fue desatendida en un todo por parte del recurrente, (razón por la cual), la Delegada acometerá su estudio oficioso a efecto de solicitar a esa H. Sala la anulación de lo actuado...”. Así, y a partir de varios postulados teóricos sobre el contenido y alcance de la defensa como sustento de un derecho penal democrático, concluye, sin más, que en el presente asunto el procesado estuvo desprovisto de defensa técnica durante toda la instrucción y parte del juicio, como que aparte de la imposibilidad de su ejercicio material a consecuencia de la declaratoria de ausente de CRUZ GARCIA, solo cuando designó uno de confianza es que la letrada vino a hacer presencia en la actuación, lo que significa, dice, falta de continuidad en la garantía de la misma, en los términos en que afirma, lo ha precisado la Sala en sentencia que transcribe en apoyo de sus tesis.

Concluye, en estas condiciones, que como en el caso sub judice el defensor de oficio designado cuando al investigado se le declaró ausente se limitó a tomar posesión del

cargo, y posteriormente, después de decretarse el cierre del ciclo instructivo a solicitar la expedición de copias, sin desplegar ninguna otra actividad defensiva, se lesionó el derecho a la defensa técnica, generándose así un vicio in procedendo que conlleva a la anulación oficiosa de lo actuado a partir de esa decisión.

Solicita, por tanto, se case oficiosamente el fallo impugnado decretándose la nulidad de la actuación, a partir del proveído mediante el cual se cerró la investigación, rechazándose la censura propuesta por el demandante.

CONSIDERACIONES:

1. Varias son las circunstancias que por tacharlas de irregulares, generarían en este asunto la nulidad de lo actuado, según los genéricos y escuetos planteamientos del demandante, pues unas están referidas a la ilegalidad en que, dice, se produjo la vinculación de CRUZ GARCIA a la investigación, como que mientras ello apenas ocurría se admitió a la parte civil y se recaudaron pruebas de cargo, otras al prematuro cierre del ciclo instructivo, lo que sumado a la falta de notificación personal al abogado de oficio de esta decisión y a las limitaciones de este profesional por no ostentar para ese momento la calidad de abogado titulado, así como a la indebida notificación del calificadorio quebrantaron el derecho al debido proceso y a la defensa del sindicado.

2. Así propuesto el ataque, se impone para la Sala precisar, como ya lo ha venido sosteniendo de manera pacífica y constante desde hace varios años, que si bien la causal tercera de casación le permite al demandante cierta flexibilidad técnica en su proposición y desarrollo, ello no equivale a que valiéndose de referencias sueltas que presentadas a manera de irregularidad sirvan de pretexto para valerse de este medio impugnatorio, simplemente para poner de presente apartes de la actuación con las que no se está conforme, pretendiendo generar por parte de la Corte un estudio oficioso del asunto a efectos de establecer, a manera de azar, cuál de todas las hipótesis expuestas en la

demanda es la que eventualmente implicaría la anulación de lo actuado, pues ello no solo desborda el alcance de este extraordinario recurso, sino que desconoce por completo el principio de limitación que lo orienta, ya que, como igualmente se ha insistido, la causal de invalidez no es subalterna de las demás, razón por la cual se impone y debe cumplirse en su proposición y demostración, la propia técnica que de su naturaleza, contenido y alcance emanan.

3. De ahí que, el hecho de que cualquiera de los sujetos procesales se encuentre legitimado para reclamar extraordinariamente las nulidades que no se hubiesen invocado durante el término de traslado para preparar la audiencia pública en las instancias, como lo prevé el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, no está significando que se aproveche este recurso rogado para replantear hipótesis defensivas sobre supuestos no demostrados, ni mucho menos que releve al casacionista de respetar los principios de los vicios invalidantes, es decir, a los que se contrae el artículo 308 ibídem.

4. Lo anterior, por cuanto en el presente asunto, la nulidad impetrada por el demandante se reduce a una serie de cuestionamientos a la actuación procesal que lejos de poner de presente la vulneración de garantías a su defendido o de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, lo único que dejan en claro es su abierto desconocimiento de aspectos teórico prácticos del procedimiento y de la realidad procesal misma, como que entremezclando desde diversos puntos de vista el concepto del debido proceso y el derecho de defensa, engloba en una sola argumentación su pedimento invalidatorio del fallo, sin escindir cuáles de son los yerros in procedendo que afectaron el proceso y los que a la postre redundaron en la falta de defensa del procesado durante la instrucción.

5. En efecto, inicia el libelista por sostener que se vulneró el artículo 356 del Estatuto Procedimental, atinente al emplazamiento para hacer comparecer a rendir indagatoria a la

persona contra a la que se le atribuye la comisión del delito investigado, así como a su declaratoria de ausente si no se logra su presencia directa en el proceso como una de las formas de vinculación legal al proceso del sujeto activo del delito, porque en el presente asunto mientras ello ocurría se admitió como sujeto procesal a la parte civil y se escucharon varios testigos de cargo, lo cual, según se deduce del escrito de demanda, conllevó a la afectación del derecho de defensa de CRUZ GARCIA, tesis que por si sola pone de presente la confusión del recurrente sobre el rito procesal y sobre los fundamentos mismos de los derechos garantías que la normatividad positiva reconoce a los inculcados, que como sucede con la defensa técnica, tienen el rango de fundamentales por mandato del artículo 29 de la Carta Política, y lo que es más, del propio Código de Procedimiento Penal, precisamente, porque, contrario a lo que sostiene el demandante, al aplicarse la referida preceptiva legal, el instructor no hizo cosa distinta a la de dinamizar el postulado constitucional y aplicar el legal, en la medida que una vez abierta la investigación, luego de que durante las averiguaciones preliminares estableciera por los medios legítimos, la plena identificación e individualización de la persona que hasta ese momento estaba en calidad de imputado, procuró la comparecencia directa y personal de CRUZ GARCIA al proceso librándole primero orden de captura con destino al Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, al Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S. y al Comandante de Policía de Villapinzón, lugar que frecuentaba el inculcado y donde ocurrieron los hechos, sin haber obtenido resultados positivos; por lo que, entonces, procedió a su declaración de ausente y a designarle un defensor de oficio.

6. En estas condiciones, mal puede sostenerse seria y válidamente que al recaudarse algunos testimonios de cargo y admitirse la constitución de parte civil, se le hubiese negado al procesado la oportunidad de defenderse, puesto que de las mismas contingencias propias de este proceso, bien puede colegirse que CRUZ GARCIA no compareció antes de tales actuaciones judiciales porque el funcionario instructor se lo

impidiera o no hubiese adelantado los trámites pertinentes para que así ocurriera, sino porque, voluntariamente decidió sustraerse de la acción de la justicia, entendiéndose, así, en los términos de la exequibilidad declarada de esa disposición legal por la Corte Constitucional en sentencia C- 488 del 26 de septiembre de 1.996, que en tales circunstancias se renuncia al ejercicio de la defensa material delegándosela al profesional designado de confianza u oficiosamente nombrado por el funcionario de instructor.

7. Es que, aunque huelgue recordar los fundamentos políticos, jurídicos y sociales que amparan esta forma de vinculación de un imputado al proceso penal, necesario resulta, para ilustración del censor, que en nuestro sistema procesal, dos son las formas en que ello es posible, bien mediante indagatoria, que puede estar precedida de la presentación voluntaria del implicado o como consecuencia de su captura, o mediante la declaración de persona ausente, mecanismo éste que tiene como fines, de una parte el de no paralizar el trámite procesal por la renuencia del imputado a la investigación y de otra, la de garantizarle el derecho de defensa técnica con la designación de un apoderado de oficio, con lo cual el Estado cumple con la razón política de preestablecer un debido proceso bajo este procedimiento, evitando que su deber de investigar los delitos quede postulado constitucionalmente, pero sin una dinamización legal práctica que, sin desconocer el derecho a la defensa, haga que ello se logre.

8. Ahora, así mismo, dentro de este procedimiento, en nuestra Ley Procesal, y como se infiere de contera, el desarrollo de la investigación ni del juicio, desde luego, se suspende por la no comparecencia del imputado o posteriormente del sindicado, abierta la investigación, ésta debe continuar con el trámite establecido para su adelantamiento, dentro del cual puede el perjudicado con el delito constituirse en parte civil y, por supuesto, llevarse a efecto la práctica de las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de la verdad, hasta el momento en que el instructor considere que hay mérito probatorio para vincular al imputado al proceso mediante indagatoria y si ésta no es posible recepcionarla, acudir a su

emplazamiento y si un tal llamado también resulta inútil, proceder a su declaratoria de persona ausente, designándole oficiosamente un defensor con el cual se continuará el proceso, si no es que éste nombra uno de confianza. Esto es lo que sucedió en presente caso; de ahí que realmente resulte inusitada la censura del ahora demandante en casación, cuando aspira a que ante la conducta renuente del inculcado la investigación no sólo debió paralizarse sino que tampoco podía el perjudicado con el delito constituirse en parte civil para reclamar los daños y perjuicios que se pudieron ocasionar con el hecho punible.

9. También señala el casacionista como lesivo del derecho a la defensa del sindicado, el hecho de que se hubiese decretado el cierre investigativo sin contarse con prueba suficiente para la calificación del sumario y sin que se agotaran los 18 meses que establece el artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, con el ítem que de tal proveído no se le notificó personalmente al defensor de oficio de CRUZ GARCIA, cayendo de nuevo en inconsistencias conceptuales que, por lo mismo, no redundan en vicio que implique la afectación del trámite legal de este proceso, no únicamente porque su desatino devenga en inobjetable al confrontar el texto de la norma en cita y los criterios tenidos por el legislador para establecer el término máximo de duración para el cumplimiento de los fines de la instructiva, sino porque, además, desconoce la propia actuación procesal, pues afirmar que es imperioso el agotamiento íntegro de dicho lapso para proteger el derecho a la defensa no es menos que un postulado crítico llevado al absurdo, como quiera que lo pretendido con esos límites temporales para el despliegue de la actividad investigativa del Estado en la cual debe cumplir con la obligación de la carga de la prueba, no tienen un sentido distinto al de procurar un razonable ejercicio del poder punitivo a efectos de no generar situaciones indefinidas, cuando está de por medio la situación legal de una persona a la que se le imputa la comisión de un delito, por lo que, de cumplirse con tales objetivos antes del tiempo previsto, lo que procede es darle entera aplicación a lo estatuido en el artículo 438 íbidem, en el sentido de que “Cuando

se haya recaudado prueba necesaria para calificar o vencido el término de instrucción, mediante providencia que solo admite el recurso de reposición, se declarará cerrada la investigación y se ordenará que el expediente pase al despacho para su calificación”, como lo hizo el Fiscal, precisamente, porque como expresamente lo afirma el la resolución del cierre investigativo, lo decretó por considerar que “existía la prueba necesaria para calificar” el mérito probatorio del sumario.

10. Pero además, y aparte de desconocer el demandante que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, el término de 18 meses para la investigación es el máximo que la Ley permite, esto es, que en ninguna forma se está imponiendo como su fatal agotamiento para que sea factible cerrar la investigación, sino que al igual que sucede en el evento del recaudo de la prueba necesaria para finiquitarla, aquí también el Estado impone un límite garantista para evitar al máximo la indefinición en la formulación de cargos al inculcado, si hay lugar a ello, o en su defecto, se proceda a su preclusión. Aquí, contradictoriamente, el censor lo que parece pretender es que, sin existir motivo probatorio para ello, se haya prolongado innecesariamente el lapso instructivo, pues, nada dice respecto a cuáles pruebas se echaban de menos para el momento en que se produjo tal acto procesal, y mucho menos qué aspectos de la investigación estaban pendientes de agotarse para proceder legalmente a su calificación, máxime cuando es la propia ley la que determina cuál es la prueba necesaria para proceder de esa manera, esto es tomar la decisión inmediatamente siguiente, que no es otra que la que pone fin a esa etapa del proceso, y que según lo dispuesto en el artículo 441 del Estatuto Procesal, no es otra que aquella que demuestre la ocurrencia del delito “y la confesión, o el testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado”, presupuestos que indiscutiblemente se cumplían en este asunto para esa oportunidad, como lo demuestra el propio proferimiento de la acusación.

11. En igual desatino incurre el libelista al sostener que se notificó indebidamente la resolución por medio de la cual se declaró cerrada la investigación, porque la defensa de oficio no compareció a enterarse personalmente de su contenido, lo cual no deja de ser una afirmación suelta, aislada y carente de veracidad, pues aquí también en forma paladina tacha de irregular el demandante una actuación procesal que se cumplió conforme a la regulación legal, toda vez que si bien el artículo 438 del Ordenamiento Procesal dispone que esta resolución de sustanciación en particular se debe notificar en forma personal, no establece, como sucede con el calificadorio, un procedimiento especial para que se cumpla dicho acto, por lo que ninguna irregularidad generadora de nulidad puede predicarse en la forma como en este proceso la Fiscalía procedió a cumplir con dicho mandato, ya que, precisamente en su acatamiento, el 2 de junio de 1.994, fecha en que se profirió tal proveído, libró telegrama al doctor José María Lora Araoz a la misma dirección que éste registró en el acta de posesión, y a la cual le habían llegado las otras comunicaciones que el mismo Despacho le había enviado, esto es, a la calle 5 No. 6-38, interior 5-20 del Municipio de Zipaquirá, en el que se lee: "COMUNICOLE CIERRE INVESTIGACION SUMARIO 892 JUNIO 2/94 FAVOR NOTIFICARSE", sin que exista en el expediente constancia de devolución o no entrega a su destinatario, pudiéndose concluir válidamente que fue recibido, siendo la realidad del proceso la que así lo demuestra, pues el 8 de ese mismo mes y año, fecha en que se fijó el estado, el referido profesional compareció al Despacho instructor siendo inexplicablemente posesionado por segunda vez, quedando así en evidencia la falta de seriedad y responsabilidad del demandante en sus afirmaciones.

Ahora bien, el hecho de que este abogado no hubiese interpuesto recurso alguno contra la decisión a que se ha hecho referencia, menos implica lesión al derecho a la defensa del procesado, ya que, como se señaló en precedencia, cuando ello ocurrió nada impedía que se continuara con el trámite legal de la investigación, esto es, que se calificara el mérito probatorio del sumario, pues todos los presupuestos procesales y probatorios

estaban dados.

11. Así, en lo que respecta a la presunta irregularidad que afirma el casacionista desde el punto de vista de la cualificación del profesional que asumió oficiosamente la defensa de CRUZ GARCIA con el argumento de que por haberse identificado con “Licencia Temporal”, esto es, sin indicar número de Tarjeta Profesional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Estatuto de la Abogacía no podía actuar en nombre de otro, razón con la que explica el hecho de que no hubiera alegado previo al calificadorio, tampoco corresponde a la verdad y por el contrario, una vez más, pone de presente su desconocimiento frente a otras materias, en este caso, del proceso de inscripción y registro del título de abogado confundiendo la Licencia Provisional con la Temporal.

12. En efecto, desde el primer acto de posesión ocurrido el primero de febrero de 1.994, cuando se designó al doctor Lora Araoz como defensor de oficio de LUIS ANTONIO CRUZ GARCIA, una vez se le declaró ausente para vincularlo formalmente al proceso, se dejó consignado, porque así se identificó profesionalmente, que portaba Licencia Provisional expedida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá D.C., es decir, que se trataba de un abogado titulado, que en los términos previstos en el Decreto 196 de 1.991, estaba habilitado para litigar en asuntos penales ante cualquier autoridad.

13. En este sentido, necesario es aclarar la equívoca interpretación del Delegado cuando para sostener que el demandante no tiene razón en este aspecto del reproche, afirma que es precisamente con sustento en el artículo 31 del referido Estatuto que, no obstante que el abogado oficioso se identificara con licencia temporal, cayendo en la misma confusión de la demanda en cuanto a la cualificación que implica una y otra, el doctor Lora Araoz podía ejercer la profesión en todos los asuntos penales, no obstante que la norma citada hace referencia a las personas egresadas de las facultades de derecho que habiendo terminado sus materias no se han graduado, esto es, no han obtenido el título de

abogados; de ahí, las limitaciones de su actuación en asuntos penales a que se refiere el precepto legal en comento y que en tales casos se remiten a la etapa de instrucción, entendida bajo el sistema procesal que operaba para la época de su expedición y a los procesos de esta naturaleza que conocieran en primera o única instancia los jueces municipales y del Circuito “y en ambas instancias, en los de competencia de los jueces penales de distrito penal aduanero”, que no son otros que a los que se les confiere licencia temporal a la que se remite el artículo 32 del Estatuto del Abogado.

14. Por su parte, la Licencia Provisional, con la que se identificó en este asunto el doctor Lora Araoz, corresponde igualmente a la expedida por los Tribunales a quienes habiendo ya obtenido el título de abogados aún no se les ha expedido la Tarjeta Profesional, tal como lo preceptúa el artículo 18 ibídem, lo que significa que, en tales condiciones es igualmente desacertada la crítica del demandante y la respuesta del Delegado en tal sentido, pues aquí no se trata de que se hubiese designado a un profesional que no es abogado, ni que estuviera en trance de serlo y por ende, se encontrara limitado para litigar en nombre ajeno, sino todo lo contrario, tenía tal calidad en la forma como la define el artículo 3º ibídem, según el cual “Es abogado quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas” y que en las condiciones actuales, así ya reiteradamente lo ha insistido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es la cualificación profesional que debe tener quien asume la representación de otro en un proceso penal, dada las exigencias de conocimientos jurídicos especializados, dentro del alcance que de este derecho se desprende del artículo 29 de la Carta Política.

Lo anterior, pone entonces de presente, que si el abogado de oficio no presentó alegatos previos al calificadorio, no fue porque estuviera inhabilitado para actuar, sino porque, de acuerdo a su criterio profesional no le resultó apropiado como estrategia defensiva, lo cual bien puede colegirse de su actitud atenta al devenir del proceso, en la fase final de la investigación.

15. Por último, también el demandante falta a la verdad del proceso, cuando sostiene que se notificó indebidamente el calificadorio, puesto para ello basta con constatar que de tal decisión, fueron notificados personalmente, el Personero, el 21 de octubre de 1.994, el defensor el 25, la parte civil mediante telegrama enviado el 5 del mismo mes, fecha en que igualmente se hizo lo propio con el abogado de CRUZ GARCIA, haciéndose mediante anotación en estado el día 27.

El cargo, entonces, no prospera.

16. Ahora, finalmente y en lo que tiene que ver con la solicitud oficiosa que curiosa e inusitadamente eleva el Delegado, a partir de una serie de postulados teóricos que no logra dinamizar frente al proceso, y previa la aclaración de que como el demandante no desarrolló correctamente la censura, hará lo propio para, por la vía de la oficiosidad, deprecar de la Corte la nulidad de lo actuado, desbordando en forma, por demás, reprochable la función que le compete llevar a cabo al Ministerio Público al rendir el concepto a que se refiere el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, huelga precisar, como ya lo ha sostenido en reiteradas oportunidades la Sala, que debe contraerse en primer lugar al estudio de la demanda y solo en relación a los cargos y en los términos en ella propuesta, pues este sujeto procesal, igual está obligado a respetar el principio de limitación que rige el recurso de casación, y por lo mismo, no puede pretextar el deber-facultad a que se contrae el artículo 228 ibídem, para subsanar las deficiencias técnicas y argumentativas del casacionista, y que si evidencia la existencia de alguna nulidad, ello puede hacerlo una vez respondida la demanda, pero nunca valiéndose de los argumentos del casacionista que propuestos por otra vía los lleve a encuadrarlos de tal manera que corrigiéndolos posibiliten la petición de invalidez, pues un tal proceder además de ser contradictorio, en nada colabora a la Corte en la función de administrar justicia, más aún, cuando esa actitud se muestra reiterativa.

17. En efecto, no obstante que el Procurador Delegado al referirse al contenido del

libelo expone los argumentos que llevan a solicitar el rechazo de la censura, por carecer de razón en unos y no estar conforme a la realidad procesal los otros, se vale prácticamente de los mismos razonamientos, para una vez presentados escuetamente con un lenguaje distinto y un alcance diverso, solicitar oficiosamente la declaratoria de nulidad, para lo cual necesariamente, al igual que el demandante, se ve precisado a desconocer la realidad del proceso, exponiendo como sustento una exposición teórica que no tiene como marco de referencia lo ocurrido en la actuación surtida en este asunto, pues en últimas su tesis se reduce a afirmar, sin demostración alguna conforme a los principios que orientan las nulidades, que el sindicato CRUZ GARCIA careció de defensa técnica durante la instrucción, por cuanto al haber sido vinculado el procesado mediante declaratoria de persona ausente, no tuvo oportunidad de ejercer su defensa material y menos la especializada, pues “ni siquiera a partir de su vinculación procesal ni una vez que se resolvió su situación jurídica, ni en las restantes facetas de la instrucción, aquél contó con la asistencia de un abogado” (fl. 17, cdno. de la Corte).

18. Esta es toda la argumentación del Representante del Ministerio Público para fundamentar la nulidad que impetra a partir del cierre de la investigación, inclusive, pasando por alto que de conformidad con lo diligenciado en el presente proceso y como quedó explicitado en la reseña procesal, si algo se garantizó en este juzgamiento fue el derecho de defensa, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Penal, una vez iniciada la investigación es hasta el momento en que se vincula al imputado a ésta cuando tiene derecho a designar un defensor, o en su defecto se le nombre uno de oficio, lo cual sucede bien al recepcionarse la indagatoria, si ello ha sido posible, o, para el evento del contumaz, una vez se le emplace y se le declare persona ausente, conforme lo dispone el artículo 356 del mismo Estatuto. Y esto precisamente fue lo que se cumplió en este proceso, ejercitándose en forma plena la defensa técnica, como que el abogado oficioso en

ningún momento abandonó su deber y por el contrario, todo demuestra que estuvo vigilante y atento a la actuación, para lo cual brindó una excelente colaboración la iniciativa, tanto del instructor como del juez de la causa, al mantener informados al defensor técnico y al de la parte civil de las actuaciones que se iban produciendo, librando oportunamente comunicaciones telegráficas en los que daba cuenta de ello. Así, habiéndose declarado ausente a CRUZ GARCIA mediante resolución del 21 de enero de 1.994, el primero de febrero el abogado compareció a tomar posesión del cargo, igualmente al resolverse la situación jurídica al implicado el 24 de marzo de ese año, el 28 del mismo mes se enteró a dicho profesional por el medio telegráfico, sin que el hecho de que no impugnara la decisión pueda en forma alguna entenderse como falta o ausencia de defensa técnica, pues no puede olvidarse que este es un derecho y no un deber, y si este sujeto procesal no lo consideró pertinente es porque simplemente creyó, en su recto saber y entender, que no era oportuno hacerlo para sus fines defensivos; y una vez cerrada la investigación el 2 de junio, también tuvo conocimiento por la misma vía de dicho proveído, concurriendo al juzgado el 8 siguiente, fecha en la cual se había fijado el estado, quedando claro que encontrándose en término para recurrir tal decisión no fue su voluntad hacerlo, limitándose a solicitar copias de lo actuado y una vez proferida la resolución acusatoria el 30 de septiembre, compareció a notificarse personalmente el 25 de octubre.

19. Ahora, en verdad la petición del Delegado es aún más desconcertante, al extender la presunta violación del derecho de defensa a la etapa del juicio, no solo porque aparte de la simple referencia que hace al respecto, desconociéndose el fundamento para una tal afirmación, sino porque, precisamente es en ella cuando al producirse la captura de CRUZ GARCIA mientras se corría el traslado a que se refiere el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, y antes de vencerse el mismo, el procesado designó un defensor de confianza, quien de inmediato solicitó la recepción de la indagatoria de su procurado, en la cual lo asistió, al igual que una extensa lista de pruebas, las que no obstante

haberle sido decretadas y practicadas en su totalidad, como igualmente quedó anotado en precedencia, no concurrió a su realización, como sí lo hizo el apoderado de la parte civil.

20. Como se ve, la ausencia de defensa técnica alegada por el Procurador ninguna relación cierta tiene con lo ocurrido en este proceso, y más bien, por el contrario, atendido el sustento argumentativo de la misma, deja en desconcierto a la Sala al fundamentar su petición en el hecho de que por la condición de ausente del procesado se agudizó la presunta violación al derecho de defensa, pues de una parte, no se entiende cómo, y respecto a la defensa material, se reclame su desconocimiento, cuando precisamente la condición de contumaz excluye esa posibilidad, por simple sustracción de materia; y de otra, porque respecto a la especializada, ésta empezó a ejercerse desde el momento procesal autorizado por la misma ley. Argumentar que cuando en un proceso que se tramita en esta forma se está desconociendo el contenido político del derecho penal y su “perspectiva social comunitaria como necesaria salvaguardia de los derechos humanos”, realmente no resulta comprensible, pues precisamente lo que sucede es lo opuesto, ya que el Estado en estas condiciones al respetar plenamente las garantías constitucionales está realizando en su preciso contexto su naturaleza contenido y fines políticos, cumpliendo a su turno, con la perspectiva social que echa de menos el Delegado.

21. Esto no significa, claro está, que la Corte no encuentre de interés la importante doctrina extranjera que transcribe el Procurador para sustentar su petición de nulidad, y básicamente la comparta, al igual que la nacional que no precisa en sus fuentes y que se inspira en el control controlado, entendiendo los derechos constitucionales fundamentales como límites al ejercicio del poder punitivo estatal, pues hoy en día es incuestionable el respeto que todo Estado de Derecho debe garantizarle a la defensa. No obstante, al haberse cumplido con ello en este proceso, lo que resulta censurable es que estas argumentaciones teóricas sirvan para colegir que aquí se han desconocido sin

demostrar el por qué y ante la evidencia probatoria y procesal de lo opuesto. Es que, las formulaciones teóricas por sí solas nunca serán suficientes como sustento conceptual de la aplicación del derecho sino se confrontan estricta y rigurosamente con la realidad fáctica frente a la cual se pretende que cobren relevancia, pues de lo contrario, como sucede en este caso con las argumentaciones del Procurador Delegado, al carecerse del fenómeno frente al cual se podrían confrontar, quedan convertidas en un universo teórico sin objeto de confrontación que imponga demostrar la necesidad de recuperarlas para sacar adelante las garantías que deben caracterizar a un Estado de Derecho social y Democrático como corresponde a la declaración constitucional del nuestro, pues, como ha quedado dicho, en este caso, unos tales postulados son precisamente los que se han cumplido.

En estas condiciones, no queda otra alternativa a la Corte, que no acceder a la nulidad impetrada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

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:

1. Desestimar la demanda.

1. No acceder a la solicitud de nulidad oficiosa impetrada por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Cópiese, Cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

No hay firma

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GLAVEZ ARGOTE EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON YESID RAMIREZ BASTIDAS

Patricia Salazar Cuéllar

Secretaria