

PROCESO No. 12043

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.86

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, C. D., quince de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia anticipada de 19 de diciembre de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio condenó al procesado CESAR TULIO POLOCHE VERA, a la pena principal de 38 años y 4 meses de prisión, como autor responsable de los delitos de lesiones personales en concurso homogéneo, y homicidio agravado.

Hechos y actuación procesal.

El 23 de octubre de 1993, en las horas de la noche, en la residencia de Marcolino Arias, ubicada en el barrio Calamar de la ciudad de Villavicencio, se presentó una discusión entre el propietario del inmueble y Nelson Camelo, en la que intervino en condición de mediador Pablo María Sabogal Barrios. Cuando esto acontecía, aparecieron en el lugar César Tulio Poloche Vera, su compañera Myriam Sánchez, y los hermanos Jesús María Portilla Tumaroza y David o Benjamín Portilla Tumaroza, quienes procedieron a insultar y atacar con arma blanca a Marcolino Arias y Pablo María Sabogal Barrios, causándole heridas en diferentes partes del cuerpo que determinaron una incapacidad médico legal de 15 y 35 días, respectivamente, con deformidad física para el primero

(fls.140, 144, 150-1).

Inmediatamente después, los agresores se ubicaron a prudente distancia del lugar de los hechos a impedir que familiares y amigos de los heridos salieran del barrio a pedir ayuda para auxiliarlos y dar aviso a la policía, pero como sus órdenes pretendieron ser desconocidas por Rigoberto Cañaveral Díaz, lo atacaron, causándole heridas con la parte aguda de una pica que determinaron su muerte (fls.142-1).

Iniciada la investigación, la fiscalía vinculó al proceso mediante indagatoria a César Tulio Poloche Vera (fl.51-1), Myriam Sánchez (fl.60-1), Jesús María Portilla Tumaroza (fls.66-1) y David o Benjamín Portilla Tumaroza (fl.173-1), y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio (fls.73,201-1).

A instancias del primero de ellos, se celebró audiencia especial conforme a lo establecido en el artículo 37A del Código de Procedimiento Penal, y se suscribió un acuerdo con la Fiscalía para la terminación anticipada del proceso, que determinó la ruptura de la unidad procesal (fls. 219, 222, 253, 256-1). El Juzgado de conocimiento formuló observaciones a la legalidad del acuerdo y citó a nueva audiencia, pero el procesado se negó a aceptar los cargos presentados por la Fiscalía (fls.261, 264, 269-1).

Clausurada la investigación, se la calificó el 28 de abril de 1994 con resolución acusatoria por homicidio agravado en Rigoberto Cañaveral Díaz, y tentativa de homicidio en Pablo María Sabogal Barrios y Marcolino Arias, según lo previsto en los artículos 323 y 324.2.7 del Código Penal, modificados por los artículos 29 y 30 de la ley 40 de 1993 (fls.277, 286-1). Apelado este pronunciamiento, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, mediante decisión de 30 de junio del mismo año, lo confirmó respecto del delito de homicidio en Cañaveral Díaz, con la aclaración de que solo procedía la

agravante del numeral 7º del artículo 324 del Código Penal, y degradó a lesiones personales los cargos por tentativa de homicidio (fls.4-2).

Entre la fecha de calificación del mérito del sumario y su ejecutoria, el acusado hizo llegar al proceso varias solicitudes de ampliación de indagatoria (fls.302, 318 y 324-1). Después, ante el Juzgado de conocimiento, solicitó sentencia anticipada, acorde con lo dispuesto en el artículo 37 del estatuto procesal penal, modificado por el 3º de la ley 81 de 1993 (fls.333-1), petición que fue presentada antes de la iniciación del término de traslado para la preparación de la audiencia.

El Juzgado, por auto de 22 de julio de 1994, señaló el 28 de los mismos mes y año para la celebración de la diligencia de aceptación de cargos (fls.334-1). El 27, el defensor del procesado solicitó la fijación de nueva fecha argumentando que en la señalada por el despacho debía atender otro compromiso judicial (fls.337-1). El Juzgado se abstuvo de acceder a las pretensiones de la defensa, y en su lugar dispuso oficiar a la Asesoría Jurídica de la cárcel de la ciudad para que “por su intermedio y por escrito, el acusado Poloche Vera manifieste expresamente si acepta los cargos formulados en la resolución de acusación...” (fls.339-1).

Mediante memorial de 29 de julio, el procesado aceptó los cargos imputados (fls.342-1), y con fundamento en esta manifestación, el Juzgado, mediante sentencia de 18 de abril de 1995, lo condenó a la pena principal de 34 años y 7 meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y lesiones personales, conforme a los cargos deducidos en la resolución de acusación (fls.383-1).

Apelado este fallo por el procesado, su defensor, y el fiscal de la causa, el

Tribunal Superior, mediante el suyo de 19 de diciembre de 1995, que ahora recurre en casación la defensa, lo modificó en el sentido de condenar al acusado a la pena principal de 38 años y 4 meses de prisión (fls.39-3).

La demanda.

Con fundamento en la causal tercera de casación, cuatro cargos presenta el recurrente contra la sentencia impugnada.

Cargo primero:

Quebrantamiento del debido proceso al haber sido nombrado defensor del implicado en indagatoria un ciudadano honorable, no obstante el expreso contenido del artículo 29 de la Constitución Nacional, que dispone que debe estar asistido de un abogado titulado, y la inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal. Además de ello, se desconoció el texto mismo de la citada norma procedimental, en cuanto que la excepción allí prevista solo procede a falta de abogado inscrito en el lugar de la diligencia, y la ciudad de Villavicencio no se encuentra dentro de ese supuesto.

Dicho precepto fue declarado inexecutable mediante sentencia C-049 de 1996 de la Corte Constitucional, y aún cuando es innegable que esta decisión rige hacia el futuro, no es menos verdad que desde su nacimiento era contraria al ordenamiento superior, y que la administración de justicia estaba obligada a preservar los derechos fundamentales y las garantías debidas al sindicado, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Carta Política.

En las anotadas condiciones, la indagatoria es nula de pleno derecho, según lo dispone en su parte final la referida norma constitucional, puesto que la designación de un ciudadano honorable para que asistiera al encartado en esta diligencia

contravino lo establecido en ella, con violación del debido proceso.

Con fundamento en estas consideraciones pide a la Corte casar el fallo impugnado, y decretar la nulidad de lo actuado a partir inclusive de la indagatoria del procesado, ordenando que el expediente regrese a la fiscalía para que se subsane la irregularidad. De igual manera, decretar la libertad provisional de Poloche Vera por vencimiento de términos, según lo previsto en el artículo 415.4 del Código de Procedimiento Penal.

Cargo segundo.

Ausencia de defensa técnica, en cuanto que el procesado careció de asistencia profesional desde la indagatoria, donde se le designó un ciudadano honorable que lo representara, hasta cuando se le designó un abogado de oficio ad portas del cierre de la investigación, quien no actuó, caracterizándose por una pasividad absoluta, reflejo de lo cual es la no existencia en el proceso de al menos un memorial suyo, así como de constancias de su participación en diligencias, y la ausencia de alegatos de conclusión.

A no dudarlo, el nombramiento del defensor de oficio garantizaba per se la defensa técnica y el debido proceso, pero, a partir de su posesión, se evidencia mucho más la ausencia de asistencia, debido a su inercia como mecanismo de defensa. De allí que el vicio continuara, ya no por omisión de la Fiscalía, sino por la actitud del abogado, quien dejó al procesado abandonado a su suerte.

La indagatoria, adolece también de un vicio de procedimiento, que impedía que el funcionario instructor entrara a resolver la situación jurídica, decisión para la cual se requiere, como condición previa, que el imputado haya sido legalmente vinculado, bien mediante indagatoria, ora a través de declaración de persona ausente, supuesto que no se cumplió en este caso, puesto que la indagatoria fue suspendida por el Fiscal, según se desprende de la siguiente constancia: “En este estado de la diligencia por lo

avanzado de la hora y teniendo en cuenta que se encuentra pendiente por recepcionar la diligencia de indagatoria de la señora Myriam Sánchez, se suspende la presente diligencia, para posteriormente señalar fecha para su continuación”, sin que aparezca constancia alguna que indique se hubiese sido concluida. Por tanto, se violó el derecho de defensa al procesado, al haberle sido negada esta oportunidad para explicar su conducta.

Dentro del término de notificación de la resolución de acusación, Poloche Vera presentó un memorial solicitando ampliación de indagatoria, pero la Fiscalía se abstuvo de acceder a lo pedido. Reiterada esta solicitud antes del otorgamiento del recurso, el funcionario se negó de nuevo a recibirla, argumentando que el proceso debía ser enviado al superior, donde tampoco hubo pronunciamiento al respecto. Decidida la apelación y remitido el proceso al Juez de conocimiento, el procesado insistió en su práctica, obteniendo la siguiente respuesta: “Sobre la petición elevada por el encausado se resolverá en su oportunidad correspondiente”. Pero del estudio de la actuación procesal se advierte que la ampliación nunca fue recibida, y que tampoco se fijó fecha para hacerlo.

Posteriormente, Poloche Vera solicitó sentencia anticipada, razón por la cual el Juzgado señaló fecha para la audiencia de formulación y aceptación de cargos. En condición de defensor, solicitó su aplazamiento por tener compromisos adquiridos, pero el Juez inexplicablemente dispuso oficiar a la Asesoría Jurídica de la cárcel del lugar para que el sindicado, por su conducto, aceptara los cargos formulados en la resolución de acusación.

Esta posición del funcionario, contraviene todos los lineamientos legales vigentes de nuestro ordenamiento procesal penal, y desconoce el derecho de defensa del procesado, siendo la más grave y desastrosa determinación que funcionario judicial alguno haya tomado en el desempeño de sus funciones. Grave, porque Poloche Vera, una vez notificado por la Asesoría Jurídica, procedió a enviar un memorial aceptando los cargos, y con fundamento en este escrito el Juez dictó la correspondiente sentencia, sin

haberse siquiera pronunciado sobre la solicitud de ampliación de indagatoria.

Si la confesión no constituye elemento probatorio suficiente para sustentar una decisión de condena, mucho menos puede serlo un simple memorial donde el procesado acepta los cargos. Se extralimitó en sus funciones, por tanto, el Juez de la causa, al omitir dar aplicación a lo establecido en el artículo 37 del Código de Procedimiento, en armonía con el 449 ejusdem.

También desconoció el contenido del numeral 2º del artículo 37B, conforme al cual, se debe elaborar un acta que contenga los cargos aceptados por el procesado. Y, en el caso sub judice, ella no existe, ni el señor Juez estuvo presente para dirigir la audiencia de aceptación de cargos, razón por la cual se violó el derecho de defensa y el debido proceso.

Sostiene que todas las cuestiones de orden procesal planteadas, atribuibles al Fiscal, al Juez, y al defensor de oficio designado en la fase de la instrucción, son prueba del abandono a que fue sometido el procesado, y de una sistemática violación del debido proceso. Por tanto, solicita que se case el fallo impugnado, y se decrete la nulidad de la actuación a partir de la indagatoria.

Cargo tercero.

Existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, así:

1. El nombramiento de un ciudadano honorable como defensor del procesado en indagatoria, con desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 4 y 29 de la Constitución

Política, y 5º de la ley 57 de 1887, que establece que cuando haya incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, preferirá aquélla;

2. La suspensión de la indagatoria, y el haberse abstenido el funcionario de concluirla, procediendo, en cambio, a resolver la situación jurídica con violación de lo dispuesto en el artículo 385 del estatuto procesal;

3. Haberse abstenido el Fiscal y el Juzgado de ordenar la ampliación de indagatoria solicitada por el procesado;

4. Haber omitido el Juzgado resolver sobre la petición de libertad formulada por el implicado el día 3 de abril de 1995, y que aparece a folios 382 del expediente;

5. La falta de práctica de pruebas. El procesado en indagatoria manifestó hallarse embriagado en el momento de los hechos, situación comprobada con el dictamen de alcoholemia allegado al informativo, y que ameritaba una prueba médico psiquiátrica con el fin de establecer su inimputabilidad, que no fue practicada. Tampoco se realizó análisis de sangre al sindicado para determinar si coincidía o no con la hallada en el puñal que le fue decomisado y en la pica hallada en el lugar de los hechos.

Dicha prueba perseguía demostrar la causal de justificación del numeral 4º del artículo 29 del Código Penal, teniendo en cuenta las heridas que el acusado presentaba en su cuerpo.

Las irregularidades sustanciales mencionadas, constituyen el pilar de la nulidad propuesta, “por haberse de manera ilegal limitado el ejercicio del derecho de defensa del señor César Tulio Poloche Vera” (fls.107). Por consiguiente, solicita a la Corte casar el fallo recurrido, y decretar la nulidad del proceso a partir de la diligencia de

indagatoria.

Cargo cuarto.

Violación del derecho de defensa por desconocimiento de las garantías fundamentales del sindicado, y de las prerrogativas legalmente establecidas en su favor.

Después de hacer un nuevo recuento de las irregularidades mencionadas en el cargo anterior, en los mismos términos allí planteados, y de reiterar literalmente lo expuesto en relación con la forma irregular como el juez determinó al procesado a aceptar los cargos a través de un memorial, sostiene que estas anomalías afectaron el derecho de defensa, y de contera, el debido proceso, siendo, por tanto, el sustento de la nulidad planteada.

Insiste en que una tal vulneración se presentó, “al omitirse la recepción de ampliación de indagatoria, al nombrarse un honorable ciudadano para que asistiese al encartado en una indagatoria que no ha concluido, al omitirse la práctica de pruebas por él solicitadas, al abstenerse el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio de pronunciarse sobre su petición de libertad a la cual tenía derecho por el vencimiento de los términos, al negarse el honorable Tribunal a conocer del recurso por él no solamente interpuesto, sino, sustentado dentro del término legal” (fls.114-3). Si estas no son irregularidades que afectan el derecho de defensa, entonces debe concluir que ignora lo que significa este derecho.

Reitera que la práctica de los dictámenes médico legales psiquiátrico y de sangre, eran importantes para acreditar, en su orden, la inimputabilidad de Poloche Vera, y demostrar que su conducta estuvo enmarcada dentro de una legítima defensa; y, que la ampliación de indagatoria, como mecanismo indiscutido de defensa, es un derecho que le asiste cuando desea aclarar o dar a conocer hechos o situaciones

omitidas en la injurada inicial.

Al igual que en las otras censuras, pide a la Corte casar el fallo impugnado y decretar la nulidad de la actuación a partir de la indagatoria del procesado inclusive.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal analiza conjuntamente los dos primeros cargos, por estar ambos referidos a la falta de defensa técnica, y luego, en capítulo separado, el cargo tercero. Ningún comentario mereció de la Delegada la última censura.

En relación con los primeros, sostiene que una revisión detallada del proceso indica que estos reparos deben prosperar, por los siguientes motivos:

a) Ciertamente es que para el momento de la recepción de la indagatoria (octubre 27/93), la Corte Constitucional no había declarado la inexequibilidad del inciso 1º del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, que facultaba la designación de iletrados como defensores para indagatoria, pero también lo es que los presupuestos para su aplicación, en el caso objeto de estudio, no aparecen demostrados.

La norma permitía hacer esta clase de designaciones “cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella”, y en el proceso no aparece constancia alguna que indique que el funcionario hubiera adelantado gestiones tendientes a obtener la colaboración de un profesional del derecho, situación que restringe indebidamente el derecho de defensa.

b) El procesado tampoco contó con asesoría técnica durante la instrucción, contrariándose de esta manera el artículo 29 de la Constitución.

En vista de que la Defensoría del Pueblo no le designó al procesado un defensor de oficio, la Fiscalía procedió a nombrarle al doctor Antonio José Rincón Rubio, quien se posesionó el 10 de diciembre de 1993. Revisado el proceso no se advierte actuación alguna de este abogado, aunque debió haber intervenido en el intento fallido de terminación anticipada del proceso, a juzgar por las citaciones que allí aparecen. Fue Poloche Vera quien pidió ampliación de indagatoria, terminación anticipada del proceso, y presentó alegato precalificatorio. Solo un día después de haber sido proferida la resolución de acusación, tomó posesión su actual defensor, por designación que hiciera la Defensoría Pública.

Como puede verse, Poloche Vera no solo no contó con asistencia técnica en su injurada, sino durante toda la etapa instructiva, configurándose una irregularidad que no admite sanción distinta de la declaratoria de nulidad, acorde con lo dispuesto en los artículos 220-3 y 304-3 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre la suspensión de la indagatoria, sostiene que ello no constituye irregularidad, puesto que pudo haberse solicitado su ampliación, como en efecto se hizo, solo que de manera inoportuna, y después no se ordenó en virtud del trámite de sentencia anticipada solicitada por el procesado.

Tampoco resulta ilegal el trámite dado por el Juzgado a la solicitud de sentencia anticipada en el juicio, pues la regulación legal no establece procedimiento alguno para este evento, como se infiere de lo dispuesto en el inciso final del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, la vía utilizada por el a quo, consistente en solicitarle al procesado que respondiera por escrito si aceptaba o no los cargos, resulta válida, por no contrariar la disposición citada.

Respecto del cargo tercero, sostiene que el actor carece de interés, porque su pretensión en el sentido de que se reconozca que el procesado actuó en

situación de inimputabilidad, o en legítima defensa, implica una tácita retractación a su libre y voluntaria decisión de aceptar los cargos formulados en la resolución acusatoria.

Como corolario de lo expuesto, solicita a la Corte casar el fallo impugnado, y declarar la nulidad de lo actuado a partir inclusive de la indagatoria del procesado César Tulio Poloche Vera (fls.29 cuaderno Corte).

#### SE CONSIDERA:

##### Cuestión previa.

En el trámite del recurso de casación el procesado César Tulio Poloche Vera solicitó la aplicación a la ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprobó “el Convenio No.169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989”, y la declaración de su inimputabilidad, con el fin de poder ser juzgado por la comunidad indígena (fls.109 y 115 del cuaderno de la Corte).

A su petición, adjuntó una certificación informal de la Gobernadora del Cabildo Indígena de Natagaima (Tol), donde se hace constar que “ el señor César Tulio Poloche, identificado con la cédula de ciudadanía No.17´316.403 de Villavicencio, es indígena oriundo del resguardo Guayaquil Ilarco, así lo acredita su descendencia de la étnia Pijao y el domicilio en esta región. Por tanto está amparado por las normas y leyes indígenas vigentes en el país” (fls.110 y 116 ibidem).

En el entendimiento que lo planteado por el procesado repercutiría en la competencia, enfrentando las jurisdicciones especial indígena y ordinaria, resulta imprescindible, antes de entrar a decidir el recurso, consultar las directrices que han venido siendo establecidas por el texto y la doctrina constitucional sobre la materia, en

orden a determinar si la jurisdicción ordinaria carece de competencia para conocer de este asunto.

Algunas de las pautas interpretativas respecto al punto aparecen desarrolladas en la sentencia No.T-496/96, reiterada por la 523/97, que por su razonabilidad y en cuanto guardan estrecha relación con el caso analizado, resulta pertinente reproducir:

“... del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.

“Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborígen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.

“En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera

individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero (sic) caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el Juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

“a. Cuando la conducta del indígena solo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la república son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

“b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo con sus normas y procedimientos.

“No es cierto, entonces, como lo afirma... que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que ‘hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial’. Como se ve, las posibilidades de solución son múltiples y atendiendo a las condiciones particulares de cada caso, las comunidades indígenas podrán también entrar a evaluar la conducta de un indígena que entró en contacto con un miembro de otra comunidad por fuera del territorio. En otras palabras, no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc.. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable”.

De acuerdo con estos parámetros, se tiene que el fuero indígena, entendido como el derecho que los miembros de las comunidades aborígenes tienen a ser juzgados por sus propias autoridades, dentro de su ámbito territorial, y de conformidad con las normas y procedimientos establecidos por ellas (art.246 C.N.), no surge de la sola circunstancia de ostentar el procesado la condición de indígena, como parece entenderlo el memorialista. Además de este factor, debe analizarse el lugar de ocurrencia de los hechos, en orden a determinar si se trata de un conflicto interno o externo, y en este último caso, las condiciones personales del indígena, su grado de culturización, conciencia étnica, distanciamiento del grupo, compenetración con la sociedad dominante, entre otros, a efecto de establecer si estaba en condiciones de comprender el carácter prohibitivo de su comportamiento.

En el caso que nos ocupa tenemos que los hechos fueron cometidos en Villavicencio, lugar bien distante del territorio del resguardo indígena al cual dice pertenecer el procesado, contra personas no pertenecientes a su étnia, y por quien, según los datos que aparecen en el proceso, ha estado en permanente contacto con la colectividad y cultura nacional desde hace un tiempo considerable, y aislado de la comunidad indígena de

la cual es oriundo.

Esto último surge de su indagatoria, donde hace las siguientes precisiones: “tengo 42 años de edad, natural de Ataco (Tolima)...los últimos diez años los he vivido aquí en Villavicencio, yo he vivido toda la vida aquí en el Llano, de vivir allá en el barrio vivo hace diez años, porque soy uno de los fundadores del barrio” (fl.51,52-1).

Frente a las preanotadas circunstancias, no resulta posible afirmar que el delito porque ha sido juzgado Poloche Vera haya sido producto de la ausencia de comprensión del contenido y carácter social de su conducta, derivado de sus diferencias culturales, como tampoco que su juzgamiento por las autoridades de la jurisdicción ordinaria atente contra la identidad cultural y la cohesión del grupo indígena al que pertenece, pues no se trata, como ya se dejó dicho, de un conflicto de carácter interno, sino de un acto cometido por fuera de su ámbito territorial, hallándose él mismo al margen de la convivencia bajo los patrones de cultura propios de la etnia a que dice pertenecer.

La jurisdicción indígena procura preservar la diversidad étnica y cultural a partir del respeto de las normas, valores, costumbres e instituciones pertenecientes a los grupos indígenas dentro de su órbita territorial, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico nacional, y de proteger a quienes siendo sus miembros, se ven comprometidos en actos delictivos externos al grupo, debido a su particular forma de entender el mundo, con miras a no procurar su desarraigo del seno de la comunidad a que pertenecen, con todo lo que ello implica tanto para el colectivo como para el sujeto, situaciones que, como se ha dejado visto, no son predicables en este caso.

De allí que ningún reparo resulte válido hacer al juzgamiento del procesado Poloche Vera por parte de la justicia ordinaria.

Respuesta a la censura.

En razón a que el orden de presentación de los ataques de nulidad propuesto por el demandante no corresponde al que impone la lógica del recurso, y que algunos de ellos aparecen planteados varias veces, la Corte los reordenará para su estudio, dividiéndolos en dos grupos: los que se fundan en violaciones al derecho de defensa técnica, y los que se hacen consistir en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

#### 1. Ausencia de defensa técnica.

Este cargo se fundamenta en tres motivos: 1) Haber nombrado como defensor del procesado en indagatoria, una persona que no tenía la condición de abogado; 2) Haber permanecido el implicado sin asistencia profesional durante la mayor parte de la investigación; y, 3) Total inactividad del defensor inicialmente designado. En su orden, por tanto, se dará respuesta a cada uno de estos reparos:

1. La indagatoria de César Tulio Poloche se llevó a cabo el 27 de octubre de 1993, fecha para la cual se hallaba todavía vigente el inciso primero del artículo 148 del estatuto procesal penal, que establecía la posibilidad de confiar el cargo de defensor para la indagatoria del imputado a un ciudadano honorable, pues su exclusión del ordenamiento jurídico solo vino a ser declarada el 8 de febrero de 1996, mediante sentencia No. C-049 de la Corte Constitucional.

Esto permite concluir que la aplicación de la norma en mención resultaba legítima en ese momento, independientemente de la facultad que el funcionario pudiera tener de abstenerse de hacerlo pretextando excepción de inconstitucionalidad, pues esta facultad, como se sabe, es discrecional, de suerte que, mientras estuviera vigente, podía aplicarla, no siendo obligatorio dejar de hacerlo.

Respecto del no cumplimiento de la condición establecida en la norma para poder acudir al nombramiento de una persona honorable como defensora del imputado en indagatoria, basta decir que la Corte, al precisar el alcance de la expresión “cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella”, ha señalado que debe ser entendida no en el sentido de ausencia material de profesionales en la ciudad sede del despacho, sino desde una perspectiva de disponibilidad, atendidas las circunstancias en las cuales debe ser recibida la indagatoria.

En el caso analizado, cierto es, como lo anota el Procurador Delegado en su concepto, que en el proceso no aparece constancia alguna de que el instructor hubiera realizado gestiones orientadas a obtener el concurso de un profesional del derecho que asistiera al procesado Poloche Vera en la indagatoria, pero no por ello puede afirmarse que no las hubo.

Esta diligencia, se llevó a cabo en la ciudad de Villavicencio, población respecto de la cual no es dable afirmar que existiera, para la época en que fue recibida, disponibilidad permanente de abogados, como para pensar que su no consecución haya obedecido a negligencia o falta de gestión del funcionario instructor.

En cambio, existen elementos de juicio que indican que si las hubo, como la circunstancia de que no todos los procesados, sino solo los indagados en las horas de la mañana del mismo día, fueron asistidos por un ciudadano honorable. Jesús María Portilla, quien fue indagado en las horas de la tarde (fls.60-1), estuvo asistido de un profesional designado de oficio, situación que indica que el Fiscal no ignoró la obligación que tenía de proveer a los procesados de un abogado, pues de haber sido así, la situación habría sido la misma para todos los indagados.

2. Ciertamente es, como lo sostiene el demandante y el Procurador Delegado, que el

procesado registra inasistencia profesional desde su indagatoria hasta el 10 de diciembre siguiente, cuando tomó posesión como defensor de oficio el doctor Antonio José Rincón Rubio (fls.216, 217-1), y que durante este período la actividad probatoria no se detuvo, pero este vicio, aunque censurable, no logra afectar de suyo la validez del proceso.

El derecho a la defensa técnica implica desde luego que el inculpado cuente con asistencia profesional durante todo el proceso, y que sea continua y permanente, pues no de otra manera puede garantizarse a plenitud el derecho de contradicción, pero eso no significa que si en un determinado momento procesal ha dejado de tenerla, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advengan por ese solo motivo ineficaces. Habrá que determinar, en cada caso, si el derecho de defensa resultó realmente comprometido por razón de la irregularidad, pues de no haberlo sido, ninguna razón válida podría sustentar la anulación de lo actuado.

La Corte ha venido sosteniendo que cuando la informalidad es corregida oportunamente, de suerte que el defensor pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos

que pudieron haber sido realizados durante el tiempo que el procesado careció de asistencia profesional, como acontece, por ejemplo, cuando la irregularidad se presenta en la etapa del sumario, y el abogado designado para corregirla tiene la oportunidad de pedir pruebas o de controvertir las allegadas en las condiciones mencionadas, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, puesto que ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa profesional vuelva a tener una oportunidad que ya le fue concedida, con la que contó (Cfr. Cas. Mayo 27 de 1999, Mag. Pte. Dr. Calvete Rangel).

En el presente caso, el doctor Rincón Rubio se posesionó el 10 de diciembre de 1993, mucho antes de ordenarse el cierre de la investigación (marzo 11 de 1994), habiendo tenido oportunidad de pedir nuevas pruebas, solicitar la ampliación o

repetición de las ya aportadas, o de cuestionar su validez o eficacia probatorias, tareas que dejó de realizar, no porque la judicatura le hubiera negado o limitado la posibilidad de hacerlo, sino porque el procesado solicitó audiencia especial, en procura de un acuerdo con la Fiscalía.

En estas condiciones, la informalidad alegada resulta intrascendente, pues si la defensa, a pesar de su tardía integración, estaba en condiciones de adelantar un debate probatorio amplio, y no lo hizo, mal puede ahora impetrar la nulidad de la actuación con el propósito de buscar una oportunidad que ya le fue brindada, y la cual declinó para optar inicialmente por la audiencia especial, y luego por la sentencia anticipada.

3. El reparo, consistente en la ausencia de defensa técnica por inactividad del abogado designado de oficio, es totalmente infundado. Cuando el doctor Antonio José Rincón Rubio se posesionó como defensor de Poloche Vera el 10 de diciembre de 1993, estaba pendiente de ser resuelta la petición del procesado en el sentido de que se adelantara el trámite de audiencia especial previsto en el artículo 37A del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 4º de la ley 81 de 1993.

El 13 de diciembre, el fiscal fijó fecha para la celebración de la diligencia, pero solo el día 13 de enero del año siguiente fue posible su iniciación, habiéndose prolongado por varias sesiones según se desprende de las constancias procesales (fls.233, 240, 249-1), hasta el día 28 de los mismos mes y año, cuando se llegó a un acuerdo con el procesado (fls.253-1). De inmediato las diligencias fueron enviadas al Juez de conocimiento, donde se fijó el 7 de marzo para la realización de nueva audiencia (fls. 264-1), en la cual el procesado manifestó no aceptar los nuevos términos de la imputación (fl.269-1). Esto determinó el reenvío del proceso a la Fiscalía, donde se procedió a cerrar investigación por auto de 11 de marzo siguiente (fl. 277-1).

Como puede verse, no es que el defensor del procesado haya dejado de ejercer el encargo de asistencia técnica que le fue encomendado, sino que al haber optado por el trámite de la audiencia especial, el proceso quedó suspendido por virtud de lo dispuesto en el parágrafo del citado artículo 37A del estatuto procesal penal, mientras se celebraba la audiencia y se cumplía el procedimiento correspondiente, actuaciones en las cuales, a juzgar por el contenido de las constancias procesales, estuvo presente el profesional del derecho.

Esto explica la razón por la cual en un tal estadio del proceso no aparecen memoriales del defensor pidiendo pruebas, interponiendo recursos, o haciendo solicitudes. Y si bien es cierto no presentó alegatos precalificatorios, no por ese solo hecho puede afirmarse que haya abandonado al implicado a su suerte, como lo sostiene el demandante, y da en sugerirlo el Procurador Delegado en su concepto.

Oportuno es precisar que en los días previos a la calificación del mérito del sumario el doctor Rincón Rubio fue desplazado por el hoy recurrente en casación doctor Arcángel Rodríguez Amaya, defensor público, quien impugnó la resolución acusatoria, y ha venido ejerciendo una activa asistencia técnica.

El cargo, por consiguiente, no puede prosperar.

2. Irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso:

2.1. Haber sido resuelta la situación jurídica del procesado sin haber concluido la indagatoria.

Los términos en que se encuentra concebida la constancia dejada por el Fiscal en la última parte de la indagatoria del procesado César Tulio Poloche Vera son contradictorios, pues al tiempo que anuncia su suspensión por lo avanzado de la hora,

afirma también su terminación por agotamiento del objeto. Veamos:

“... (en este estado de la diligencia por lo avanzado de la hora y teniendo en cuenta que se encuentra pendiente por recepcionar la diligencia de indagatoria a la señora MYRIAM SANCHEZ, se suspende la presente diligencia, para posteriormente señalar fecha para su continuación). No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma como aparece por los que en ella intervinieron una vez leída y aprobada” (fls.59-1).

De cualquier forma, sea cual fuere lo pretendido por el instructor, esta informalidad procedimental resulta intrascendente, conclusión a la que se llega si se toma en cuenta que el imputado fue interrogado ampliamente en su indagatoria sobre los hechos que sirvieron de fundamento al fallo, de suerte que desde el punto de vista material, no es dable sostener que la diligencia no haya sido terminada, y que por tal motivo Poloche Vera haya visto comprometido el derecho a la defensa.

Si el demandante se hubiera esforzado en examinar el contenido completo de la indagatoria, habría advertido que el funcionario instructor permitió que el imputado presentara su propio relato de los hechos, hasta agotarlo, y luego lo interrogó in extenso sobre ellos, al igual que sobre los móviles y circunstancias del insuceso, sin dejar de lado ninguno de los aspectos de la investigación (fls. 51-1), de donde surge que el objeto de la diligencia ya se había agotado, y que su continuación no era necesaria para que produjera efectos jurídicos.

Tan cierto es esto, que el libelista solo atina a sostener que la indagatoria debió proseguirse, pero no precisa con qué propósito, o para qué fines, ni de qué manera su no continuación comprometió el derecho de defensa del procesado. De allí que carezcan de fundamento sus afirmaciones sobre supuestos vicios en la vinculación de Poloche Vera al proceso, debido a la no “terminación” de la citada diligencia.

El cargo no prospera.

2.2. No haber sido resueltas las solicitudes de ampliación de la indagatoria presentadas por el sindicado.

Examinado el proceso se advierte que entre la fecha de calificación del mérito del sumario y el día que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio avocó el conocimiento del proceso, para dar paso a la etapa de juzgamiento, el sindicado presentó varias solicitudes de ampliación de indagatoria (fls.302, 318 y 324-1), y que en relación con cada una de ellas el funcionario respectivo se pronunció inmediatamente, absteniéndose de darle trámite en razón al estado en que se hallaba el proceso (fls.302 vto., 319, 325-1).

Estas decisiones inhibitorias, en modo alguno desconocen las garantías fundamentales, o violan el debido proceso, pues hallándose la resolución de acusación en proceso de notificación y ejecutoria, la petición en tal sentido resultaba en ese momento impertinente. A ello solo podía accederse en la etapa probatoria del juicio, que como se sabe, no había comenzado. Y si después no aparece señalada fecha para la realización de esta diligencia, es porque el procesado, antes de vencerse el término de traslado para solicitud de pruebas, pidió sentencia anticipada, impidiendo que la actuación llegara hasta dicha fase procesal (fls.326, 333, 334-1).

El proceso penal, como todo proceso, se rige por un orden, una secuencia progresiva o gradual, que abarca diferentes estancos o compartimientos, dentro de los cuales deben ser realizados determinadas actuaciones o ejercerse determinados derechos, siendo de carácter preclusivo. El funcionario judicial no puede revertir el procedimiento o adelantarlo para acceder a peticiones inoportunas de las partes, ni entremezclar dentro de un determinado estadio procesal actuaciones ajenas al mismo, sin desconocer con ello el debido proceso.

Suspender, por tanto, la notificación de la resolución de acusación para acceder a la solicitud de ampliación de indagatoria presentada por el procesado, como lo sugiere el casacionista, resultaba abiertamente improcedente, si se da en considerar que la investigación ya había sido clausurada, y que solo hasta la etapa del juicio era posible practicar nuevas pruebas.

La censura, por consiguiente, resulta infundada.

2.3. No haber sido resuelta la petición de libertad de 3 de abril de 1995.

Aunque este cargo no debería ameritar respuesta alguna de la Corte por adolecer de absoluta falta de sustentación, no puede dejar de precisarse que irregularidad de tales perfilamientos no tiene la virtualidad de afectar de nulidad el fallo impugnado, por no constituir condición de validez para su proferimiento.

Se trataría, cuando más, de una omisión procesal con repercusiones en el campo disciplinario, por desconocimiento de los términos legalmente establecidos para resolver la petición de libertad, que la defensa debió haber denunciado oportunamente.

El cargo no prospera.

2.4. Pretermisión de la audiencia de formulación y aceptación de cargos.

La Sala comparte las apreciaciones del Procurador Delegado en el sentido de que la ausencia de este acto procesal no constituye irregularidad que pueda viciar de nulidad la actuación adelantada con fundamento en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por los artículos 3º de la ley 81 de 1993 y 11 de la ley 365 de 1997, cuando el trámite de sentencia anticipada se cumple en la etapa del juicio,

como ocurrió en el caso sub judice.

Del contenido de la citada disposición legal, sin mayor esfuerzo se advierte que el procedimiento echado de menos por el casacionista, es el que corresponde al trámite de sentencia anticipada cuando la aceptación de cargos se produce en el curso del sumario, claramente definido en los primeros incisos del artículo, no al establecido para la etapa del juicio, pues en relación con éste, la norma solo dispone que el procesado acepte los cargos formulados en la resolución acusatoria, sin exigir que deba hacerse dentro de una audiencia especial, con suscripción de acta, y asistencia del funcionario.

Estas variantes procedimentales, tienen su razón de ser. La audiencia o diligencia de formulación y aceptación de cargos en la fase del sumario, tiene por objeto formalizar la acusación, y cumplir, para todos los efectos legales, los fines de la resolución acusatoria, como se desprende del contenido del numeral 2º del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, modificado por los artículos 5º de la ley 81 de 1993, y 12 de la ley 365 de 1997.

En el juicio, este trámite deja de tener sentido, por haber sido dictada ya la resolución acusatoria, y no tener el procesado posibilidad de apartarse de los cargos formulados en ella si pretende acogerse a los beneficios del instituto de la sentencia anticipada. De allí que en estos eventos, baste la manifestación expresa del procesado en el sentido de que acepta los cargos contenidos en la resolución de acusación, para que resulte legítimo el proferimiento de la sentencia anticipada, como aconteció en el caso sub judice (Cfr. Casación No.11162 de mayo 27 de 1999, Mag. Pte. Dr. Calvete Rangel).

Tampoco esta censura a la sentencia puede prosperar.

## 2.5. Violación del principio de investigación

integral.

Tiene razón el Procurador Delegado cuando sostiene que el casacionista carece de interés para demandar la nulidad de la actuación procesal sobre el supuesto de que dejaron de practicarse pruebas que conducían a demostrar la existencia de una causal de justificación y la inimputabilidad del procesado en los términos aquí alegados, no solo porque escapa a los temas susceptibles de ser impugnados en tratándose de sentencia anticipada, sino porque contiene una tácita retractación a la aceptación que el procesado libre y voluntariamente hizo de los cargos formulados en la resolución acusatoria, no permitida por el procedimiento.

Por consiguiente, se impone la desestimación de la censura.

### 3. Casación oficiosa:

Advierte la Corte que en la sentencia de segundo grado, a instancias de la fiscal de la causa, el Tribunal dedujo en contra del procesado las agravantes genéricas previstas en los numerales 1º (motivos innobles), 3º (mayor insensibilidad moral del delincuente) y 7º (obrar con complicidad de otro) del Código Penal, no imputadas en el pliego de cargos.

Sobre la posibilidad legal de poder deducir al procesado en la sentencia circunstancias genéricas de agravación punitiva, no determinadas en la resolución de acusación, la doctrina de la Corte ha venido sosteniendo que en tratándose de circunstancias de naturaleza objetiva, es decir de aquellas cuya presencia se constata del solo contenido fáctico de la conducta, su omisión no impide que sean deducidas en la sentencia, en cuanto sus elementos configurantes emergen de los hechos, o del contenido de la resolución de acusación.

Pero, en tratándose de circunstancias de carácter subjetivo, entendidas por tales aquellas que se establecen mediante la elaboración de juicios de valor, deben ser incluidas e identificadas de manera expresa en la resolución acusatoria, para que puedan servir de sustento de un incremento punitivo en caso de condena (Cfr. Sentencia Unica Instancia de julio 22 de 1998, Magistrado Ponente doctor Mejía Escobar; Casación de mayo 11 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll, entre otras).

De las circunstancias genéricas deducidas a Poloche Vera en la sentencia, solo la prevista en el numeral 7º del citado artículo 67 del Código Penal tiene carácter objetivo. Además de ello, su configuración claramente surge del contenido fáctico de la acusación, siendo dable afirmar, por tanto, que el procesado tuvo oportunidad de conocerla, y que al admitir los cargos, la aceptó también como agravante.

No ocurre lo mismo con las circunstancias de los numerales 1º y 3º, pues por ser de carácter subjetivo, debieron haber sido objeto de análisis y establecimiento en la resolución acusatoria. Por tanto, su sorpresiva inclusión, atenta contra la estructura conceptual del proceso, y viola de modo flagrante el derecho de defensa.

Acorde, entonces, con la facultad oficiosa consagrada en el artículo 228 del estatuto procesal penal, la Corte casará parcialmente la sentencia impugnada, con el fin de excluir las circunstancias de agravación punitiva indebidamente aplicadas, y reducir proporcionalmente la pena privativa de la libertad impuesta al procesado.

### 3.1. Redosificación punitiva:

El Tribunal Superior, al dosificar la pena por el delito de homicidio, realizó un incremento de cuatro (4) años por razón de las tres circunstancias de agravación punitiva a que se hizo referencia. Esto quiere decir que por cada una de ellas realizó un

incremento de un (1) año y cuatro (4) meses.

Como de las agravantes deducidas, solo una resulta correctamente aplicada, el incremento de pena por razón de ésta no puede ser superior de ese tope, es decir un (1) año y cuatro (4) meses, que sumados a la pena mínima establecida para el delito de homicidio agravado (40 años), arroja un parcial de 41 años y 4 meses.

Por el concurso de delitos, el Tribunal Superior incrementó 2 años, que deben ser mantenidos, y que sumados permite llegar a un total de cuarenta y tres (43) años y cuatro (4) meses. Pero como el procesado tiene derecho a una rebaja de pena de 1/6 parte (7 años, 2 meses y 20 días), la pena que en definitiva debe aplicarse es de treinta y seis (36) años, un (1) mes y diez (10) días, no la de treinta y ocho (38) años y cuatro (4) meses de prisión como concluyó el ad quem.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

#### R E S U E L V E :

1. DESESTIMAR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado.

2. CASAR PARCIALMENTE, de oficio, el fallo impugnado, para fijar en treinta y seis (36) años, un (1) mes y diez (10) días de prisión, la pena privativa de la libertad que debe cumplir el procesado CESAR TULIO POLOCHE VERA.

En lo demás, el fallo se mantiene incólume.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

CUMPLASE.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR NILSON PINILLA PINILLA

Patricia Salazar Cuéllar

SECRETARIA