

Proceso No.8724

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrados Ponentes: Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Aprobado Acta Nro. 52

Santa Fe de Bogotá D.C., diez y nueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

VISTOS

El 3 de marzo de 1.993, el Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá condenó a Germán Eduardo Rojas Rodríguez a la pena principal de sesenta meses de prisión como responsable del delito de homicidio, en grado de tentativa, cometido en perjuicio de María Ligia Jara Vanegas. Sentencia que el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá confirmara el 27 de abril de 1993, con algunas modificaciones en cuanto a la condenación al pago de perjuicios materiales.

El recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto por la defensa fue concedido. Posteriormente esta superioridad declaró ajustada a las exigencias legales la respectiva demanda.

Al rendir el concepto a que le obliga la ley, el Procurador Tercero Delegado en lo penal solicitó la declaratoria de nulidad a partir del auto de cierre de la investigación.

Ahora, la Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes:

HECHOS

En las primeras horas de la mañana del 3 de octubre de 1.986 María Ligia Jara Rodríguez quien había procreado un hijo con Germán Eduardo Rojas Rodríguez, se presentó en la edificación (Carrera 17 Nro. 52 13) en donde se encuentra la casa de habitación de Susana Barrera, quien mantenía relaciones amorosas con Rojas Rodríguez, y armada de un cuchillo rompió varios vidrios y se dedicó a tratar mal a sus habitantes.

Avisado telefónicamente de la situación, Rojas llegó poco después al sitio de los acontecimientos armado de un cuchillo con el que atacó a María Ligia ocasionándole tres heridas en la región abdominal. La llegada oportuna de la policía evitó que la siguiera agrediendo.

ACTUACION PROCESAL

El 8 de octubre de 1986 se ordenó abrir el proceso penal y el mismo día se escuchó en indagatoria a Germán Eduardo Rojas Rodríguez. Tres días más tarde se dejó en libertad al sindicado por no reunirse “a cabalidad los presupuestos exigidos por el legislador para decretar su detención preventiva” con base en lo dispuesto en el artículo 437 del C. de P. P. y ley 2a de 1.984.

Con fecha del 31 de marzo de 1.992 se dictó resolución de acusación contra el sindicado por el delito de homicidio en grado de tentativa.

La diligencia de audiencia pública se inició el 5 de febrero de 1.993.

La sentencia de primera instancia se profirió el 3 de marzo y la de segunda el 27 de

abril, ambas del citado año.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación el demandante plantea la existencia de una nulidad, por haberse afectado el debido proceso y el derecho a la defensa del procesado, quien inicialmente designó a un defensor de confianza, que no cumplió con los deberes encomendados pues nunca formuló una petición, ni asistió a la práctica de ninguna diligencia de carácter probatorio.

A ello agrega que, calificado el proceso, el juzgado le nombró un defensor de oficio, sin que los funcionarios judiciales hubieran hecho esfuerzo alguno para informar de tales hechos al sindicado, cuando se contaba con su dirección, a quien tampoco se le notificó la resolución de acusación.

Para el recurrente “La condena que ahora soporta el señor Rojas Rodríguez tal como le fuera impuesta sin reconocer en su favor la atenuante de la ira por grave e injusta provocación, calificando el delito de tentativa de homicidio y negando el subrogado penal de la ejecución condicional de la sentencia, es lógica consecuencia de la falta de defensa técnica”.

El actor resalta que habiendo prueba por pedir, porque algunas no se practicaron, el defensor de oficio no las solicitó en la causa. Así mismo aduce que la diligencia de confrontación que se decretó en el sumario no fue posible practicarla por inasistencia de la ofendida, y porque para la época en que se cumplió la causa la diligencia ya había sido suprimida del procedimiento “y por ello pudiera afirmarse que el defensor de oficio no tenía por qué insistir en la práctica de dicha diligencia, no es menos cierto que su inactividad se tradujo en la ausencia de otra prueba, esta si de vital importancia como lo eran” los testimonios de Luis Ortiz, presencial de los hechos, de María Barrera y de sus hijas Susana y Nubia que fueron agredidas por la ofendida.

Afirma igualmente que los peritajes no fueron puestos a disposición de las partes, sin que el defensor hiciera pronunciamiento alguno al respecto, omisión de la defensa por la cual no se estableció si la gravedad de las lesiones eran de tal naturaleza para concluir en el ánimo de matar.

El casacionista acepta que el defensor de oficio intervino en la audiencia e interpuso recursos, inclusive el extraordinario de casación, pero en su sentir, eran recursos tardíos pues el acervo probatorio era precario, haciendo que la defensa esgrimiera tesis insostenibles, como la de la prescripción de la acción penal o el reconocimiento del estado de ira, y no porque éste no se hubiera podido dar sino precisamente por la ausencia de prueba que lo demostrara.

El libelista también censura a su antecesor por haber sostenido tesis contradictorias en cuanto pidió el reconocimiento tanto del estado de necesidad como de la defensa legítima, que no prosperaron y menos “la absurda petición de culpabilidad culposa en una tentativa de homicidio que también fuera intentada por la defensa. Falló también el defensor de oficio por este aspecto de la defensa técnica en favor de su asistido. En conclusión, ninguna de las pretensiones del defensor de oficio halló eco en los sentenciadores”.

El actor explica cómo la vulneración del derecho de defensa constituye causal de nulidad y cómo es más explícita la ley cuando en el numeral 3 del artículo 308 exceptúa la vulneración de este derecho cuando se establece el principio general según el cual no se puede alegar nulidades cuando se haya coadyuvado a su producción.

Cita reciente decisión de la Sala con ponencia del doctor Calvete Rangel, del 18 de mayo de 1.993 que, en un caso similar, reconoció el quebrantamiento de este derecho.

Solicita se decrete la nulidad por vulneración del debido proceso y del derecho a la defensa, a partir del auto de cierre de la investigación.

Por otra parte, el recurrente considera que hay también una errónea calificación, porque no se trata de un delito de homicidio tentado, sino de unas simples lesiones personales, cuyas heridas no fueron mortales.

Finalmente el libelista sostiene que al procesado nunca se lo interrogó por la intención de matar y que por el contrario en la indagatoria se le preguntó por un delito de lesiones personales.

Con estos argumentos el demandante aspira a que la Sala decrete la nulidad del proceso por errónea calificación.

El censor formula el segundo cargo al amparo de la causal primera por la existencia de errores de hecho originados en la distorsión de algunos medios probatorios. Así, se refiere a los experticios medicolegales para pregonar que en ellos se describen las heridas partiendo de la historia clínica, pero no se determina su gravedad, ni se preguntó a los galenos por su naturaleza letal, pues los funcionarios judiciales se limitaron a interrogar sobre unas lesiones personales.

Prosigue el impugnante asegurando que pese a existir la libertad probatoria no se “autoriza en modo alguno al juzgador para deducir de un dictamen pericial consecuencias no afirmadas por la prueba misma ni mucho menos cuando como en el caso materia del recurso ni siquiera se cuestionó a los peritos sobre esos eventos”.

De lo anterior, el recurrente concluye que la errónea apreciación del peritaje lleva indirectamente a la violación de los artículos 323 y 22 del C. P.

De igual manera, el demandante estima erróneamente apreciado el testimonio de José Rodrigo Mendivelso “al concluir de él, como lo hizo, tanto la intención de matar en el proceso como la interrupción del nexo causal para degradar el delito, otras palabras, que la muerte no se produjo por cuanto el Agente Mendivelso impidió que el procesado

culminara su designio criminal”.

Dice que la ofendida es la única que dice que el procesado quería matarla, pero que no hay en el proceso ni una prueba que avale tal afirmación.

Finalmente, el actor solicita se case la sentencia y se decrete el cese de procedimiento pues la acción del delito de lesiones personales se encuentra prescrita.

CRITERIO DEL PROCURADOR TERCERO

DELEGADO EN LO PENAL

El representante del Ministerio Público considera que la demanda contiene fallas técnicas que imponen su desestimación, pero que el cargo primero propone aspectos que por su trascendencia lo llevan a solicitar a la Sala se declare la nulidad de lo actuado.

En cuanto se refiere al cargo por la supuesta vulneración del derecho a la defensa técnica, el Delegado asegura que pese a afirmarse su existencia, en la demanda no se demuestra el carácter esencial ni la trascendencia que la irregularidad tiene sobre la sentencia demandada; por ello considera que “los argumentos esgrimidos por el libelista, en punto a la ausencia de defensa técnica, no cumplen con los parámetros esbozados, ya que el censor se limitó a enunciar las actuaciones que en su sentir dejó de efectuar el antiguo defensor doctor Trespalacios en procura de su prohijado, pero sin precisar la incidencia de ellas en la situación procesal y sin analizar rígidamente lo sucedido que, cuando menos la actuación inmediatamente anterior al cierre de investigación (de fecha 23 de julio de 1.987 -folio 58), se evidencia como estrategia defensiva en tanto que el abogado compareció a la sede del juzgado en compañía de su representado en las ocasiones en las que fue citado, por lo cual se puede colegir que se hallaba al pendiente de la actuación”.

Dice que debe tenerse en cuenta que hasta ese momento no se había producido providencia detentiva, ni la investigación era muy activa, y por ello era presagiable que se tratara de un proceso más de aquellos que quedan en prescripción.

Prosigue el Procurador argumentando que solo después de cuatro años se vino a cerrar la investigación, razón por la cual se compulsaron copias para el funcionario responsable de la mora y que por ello no se puede hablar de la inactividad del defensor como ausencia de defensa técnica, “Pero, y sin contrariar lo dicho anteriormente, a partir de ese abandono fáctico de la actuación, surgió una violación del derecho a la defensa del imputado pues su defensor, entonces sí definitivamente (sin saberse cuando) perdió absolutamente el control del proceso, al punto tal que se cerró la investigación sin que se percatara de ello y nunca volvió a tener contacto con el expediente, lo que motivó su desplazamiento de la función defensiva sin que se hubiera enterado de ello al abogado o al inculcado”.

Para el funcionario que conceptúa, es a partir del cierre de la investigación que se vislumbra un flagrante desconocimiento de las ritualidades de ley y afectación del derecho a la defensa del procesado.

Al efecto destaca que el reconocimiento médico a la víctima y el intento de realizar la diligencia de confrontación el 23 de julio de 1.987 fueron los últimos actos de instrucción, y el cierre de la investigación operó el 3 de octubre de 1.991, un poco más de cuatro años después y de conformidad con las previsiones del artículo 119 de la ley 23 de 1.991; decisión que se notificó personalmente al Fiscal y por estado a las demás partes.

Advierte que ninguna de las partes alegó y se produjo resolución de acusación el 31 de marzo de 1.992, que fue notificada personalmente al Fiscal y por estado a las demás partes, y ante la constancia secretarial de no haberse podido notificar al defensor, el juez determinó designarle uno de oficio, a quien se realizó la notificación respectiva.

Sin embargo, el representante del Ministerio Público sostiene que no se cumplieron las citaciones al procesado y a su defensor y que al no haberse producido “se infringió, de manera grave, el contenido del artículo 472 del C. de P. P. por entonces vigente en la redacción del artículo 24 del Decreto 1861 de 1.989, que disponía: “Si el imputado estuviere en libertad, se citará por el medio más eficaz a su última dirección conocida en el proceso. Transcurridos (ocho 8) días desde la fecha de la comunicación sin que compareciere, la notificación se hará personalmente al defensor y con éste continuará el proceso; pero en caso de excusa válida o de renuencia a comparecer, se le reemplazará por un defensor de oficio.

“Notificada personalmente la resolución de acusación al imputado personalmente la resolución de acusación al imputado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado”.

Afirma que el instructor incumplió esta actividad “pese a que se conocían las direcciones de ambos (defensor y procesado) y los dos podrían haberse enterado de la nueva situación procesal que, por el transcurso del tiempo en inactividad (más de cuatro años), ya no era vigilada por ninguno de los interesados” .

Y continúa: “El Juzgado instructor, para respetar la forma procesal, asaltó además los derechos del inculpado porque no presentándose ninguna de las dos circunstancias establecidas por la ley para el relevo del defensor contractual del encartado – pues en su desidia no lo citó-, resolvió designar un defensor de oficio para que lo asistiera en la etapa del juicio, asegurando, de esta forma, la tramitación de la etapa correspondiente a espaldas del acusado”.

En criterio del Delegado, la irregularidad no es simplemente formal, sino que es de carácter sustancial porque:

“Es así como el instructor no permitió el contrainterrogatorio de la lesionada que por

la vía del careo se había solicitado, pues a pesar de las varias citaciones para ello la interesada no compareció, sin que tal conducta motivara la aplicación de correctivo alguno por parte del funcionario instructor; tampoco se escucharon las declaraciones de los señores Susana Barrera, Luis Ortiz, Saúl N., María Barrera, Alfonso Bustos y Saúl Rodríguez, citados por el indagado; tampoco se practicó prueba alguna que permitiera determinar si la ofendida se autolesionó en el forcejeo que sostuvo con el inculpado; no se escuchó la versión del agente de policía Raúl Hernández Marín ni se estableció el porqué la señora Ligia Jara no se encontraba en la unidad de cuidados intensivos a donde había sido inicialmente trasladada, al momento en que los médicos autorizados se trasladaron hasta allí para hacer el reconocimiento de sus lesiones, ni se procuró el debate sobre el informe del Instituto de Medicina Legal; menos aún se preocupó el instructor por establecer la verdadera situación de la agresión ni sus consecuencias, pese a que el agente Rodríguez Mendivelso declaró que aprehendió al agresor y luego tuvo tiempo de llevarlo retenido hasta lugar seguro, cambiarse de ropas y regresar en la patrulla por la lesionada, relato éste que indicaría la poca gravedad de las lesiones recibidas por Ligia Jara”.

El colaborador del Ministerio Público considera que por la prolongada inactividad en realidad se terminó cerrando la investigación a espaldas del acusado y que al nombrársele defensor de oficio se lo privó totalmente del derecho a la defensa. En consecuencia, solicita la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de la investigación el 3 de octubre de 1.991 para que se reponga lo irregularmente actuado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No comparte la Sala el criterio expuesto por el Procurador Delegado en cuanto afirma que la demanda debe ser desestimada porque contiene deficiencias técnicas consistentes en que enunció la irregularidad sin demostrar el carácter esencial y trascendente de ella en la sentencia impugnada.

Ello, porque en verdad, además de la alegada ausencia de defensa técnica (que en criterio del Procurador no aparece suficientemente fundamentada), el libelista destaca otras irregularidades, que son precisamente las que toma el Colaborador de la Procuraduría para solicitar oficiosamente se case la sentencia por vulneración del debido proceso y del derecho a la defensa.

Como lo hizo el censor, se debe destacar que la inactividad instructora en este proceso se prolongó por más de cuatro años; que el procesado había sido relevado del cumplimiento de sus presentaciones ante el despacho judicial y el abogado de confianza no alegó en el momento del cierre de la investigación, así como la falta de práctica de algunas diligencias citadas por el implicado en su indagatoria, todo lo cual lo llevó a afirmar el desconocimiento del derecho a la defensa, que es fundamentalmente lo mismo que termina solicitando el Procurador pero para que se produzca un pronunciamiento de carácter oficioso.

Es preciso insinuar que para mayor garantía de los derechos del procesado, las citas que hace en la indagatoria deben confrontarse en el período probatorio de la causa.

En lo que atañe con la ausencia de defensa técnica, resulta válido afirmar que ella no se configura simplemente con la inactividad del apoderado, porque tal actitud bien puede tenerse como una estrategia defensiva. Tómese como ejemplo el hecho de que varias veces se trató de realizar la diligencia de careo y ello no fue posible por inasistencia de la ofendida; sin embargo, el sindicado sí estuvo presente acompañado de su defensor.

A propósito de este tema vale la pena clarificar que a juicio de la Sala, y a diferencia de cuanto plantea el libelista, la diligencia de careo dista de integrar un medio probatorio autónomo o independiente, constituyéndose en elemento apto para contrastar o

depurar las declaraciones de testigos cuyas versiones se oponen entre sí o frente a la que rinde el procesado.

Trátase, además, de un medio discrecional y facultativo, tanto en la concepción que de él traían los Códigos de Procedimiento Penal anteriores al Decreto 050 de 1987, como en la del artículo 230 del Código de Procedimiento Civil, donde la razonabilidad de su decreto tiene que depender de la igualdad y proporcionalidad entre las partes enfrentadas, de modo que resultaría absurdo pretender su práctica entre un mayor y un menor, o entre un jefe y sus subordinados, cuando no y muchas veces entre ofensores poderosos, avezados y agresivos frente a sus víctimas débiles, temerosas e indefensas.

Contingente, además, en cuanto la falta de su práctica no impediría a los intervinientes procesales ni al juzgador controvertir directamente la prueba o mediante el aporte de otras, ni sopesar después los diferentes medios encontrados cotejándolos razonadamente, sin que con ello se lesione el derecho de defensa, menos si ex-profeso en materia criminal el careo se marginó del ordenamiento procesal por ineficaz, inconveniente y desprestigiado.

En este aspecto ha de tomarse en cuenta que la prerrogativa constitucional consagrada en el artículo 29 superior como derecho “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, lejos está de hallar su única expresión en la desueta diligencia de careo, siendo mucho más amplias y plurales las oportunidades que se conceden a los intervinientes procesales, respecto de todos los medios probatorios, y no solo del testimonial, como sucede por vía de ejemplo ante la diligencia de inspección donde se prevé la posibilidad de su conocimiento y solicitud de aclaraciones y ampliaciones (art.260 C. de P.P.), el enteramiento del dictamen facilitando su ampliación, aclaración u objeción (artículos 270-271), tachando documentos o interviniendo ante informaciones recibidas (arts.277-280) o repreguntando y contrainterrogando a los testigos (art. 292).

Esta amplia gama de posibilidades actualiza dentro del proceso penal y satisface a suficiencia el enunciado principio de contradicción previsto en el artículo 29 de la Constitución, sin que de la advertencia contenida en el aparte final del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal se desprenda por vía de interpretación la reviviscencia del careo, pues tampoco de los compromisos internacionales suscritos por Colombia emerge necesariamente la activación de esa práctica, ya que como puede verse, la referencia a la “confrontación de testimonios” que hace el citado inciso solo encuentra tanto en el Pacto Internacional de Derechos Humanos (artículo 13, numeral 3, literal e), como en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8o., numeral 2, literal f) la advertencia común de que toda persona acusada podrá “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo”, y “obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones de los testigos de cargo”, o lo que es lo mismo, derecho a “interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener su comparecencia, como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

Tal derecho no se consolida, entonces, con la práctica de un interrogatorio recíproco y rostro a rostro entre testigos discrepantes, o frente al procesado cual sucedía en la diligencia de careo, sino mediante la posibilidad mucho más amplia y en relación con todas y cada una de las pruebas que tienen los intervinientes procesales para objetar, aclarar, contraprobar, y por supuesto repreguntar y contrainterrogar en la búsqueda de la verdad y la demostración del derecho alegado.

Dentro de éste entendimiento se ubica la interpretación que la Corte Constitucional ha dado al tema en sus fallos C-053 de febrero 18 de 1993 y C-394 de septiembre 8 de 1994, coincidiendo en el sentido dentro del cual se orienta la doctrina foránea respecto de preceptos paralelos (cfr. fallos Kostowsky (20 nov-1989), Windisch (27 set-1990) y Ludi (15 junio-1992) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y aún los fallos de 28 feb-1994 y de 16 set-1994- del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional Español,

respectivamente), al admitir en juicio la presencia de “testigos ocultos” para el procesado o la audiencia, siempre y cuando quede a salvo con el conocimiento de su identidad y del contenido íntegro de su versión, la posibilidad de su contradicción procesal.

En tal sentido, si ya se ha dicho que la diligencia de careo no es un medio de prueba, sino uno apenas, entre varios mecanismos procesales aptos para contrastar los testimonios o la injurada, ha de entenderse que la remisión del inciso segundo del artículo 248 del C. de P.P. para que se integren como pruebas en materia penal las previstas como tales en otros ordenamientos legales, debe entenderse improcedente para traer del Código de Procedimiento Civil esa diligencia que de manera expresa excluyó la ley procesal penal hace ya tiempo.

Por último, ha de ser tenido en cuenta para el caso presente que mientras la codificación procesal penal vigente durante una etapa de este proceso autorizaba la diligencia de careo, los funcionarios judiciales dieron con amplitud la posibilidad para su práctica, sin que a ella se hubiese llegado por renuencia de quien debía enfrentar al procesado. Luego tampoco podría sostenerse que esa confrontación -cuando era procedente- se omitió por culpa o abuso de poder de la administración de justicia, de donde deriva la improcedencia del reclamo que sobre tal carencia se insinúa.

La desidia instructiva del funcionario del conocimiento es, sin embargo, hasta tal punto evidente que dió pie a que, con toda razón, el Tribunal ordenara la compulsación de copias para que el responsable de ella fuera investigado. Y, en tales circunstancias, dentro de la actividad profesional de un defensor no se encuentra la obligación de advertir a los funcionarios encargados de impulsar oficiosamente la acción penal que el incumplimiento de ese deber puede acarrear la prescripción de la acción, porque este resultado final, causante de impunidad, bien puede representar un éxito para la defensa.

El defensor cumplió el deber de concurrir con el sindicato las veces en que fue convocado y si no fue posible practicar la prueba, la responsabilidad no le es atribuible al mandatario judicial ni a su representado, como tampoco puede achacársele cargo alguno por el hecho de que no hubiera sido nuevamente requerido o notificado de alguna otra actividad judicial. Luego, no es del caso pregonar que el procesado careció de defensa técnica.

Pero, sí resulta inobjetable el postulado que presenta el actor sobre la nulidad basada en la notificación irregular del auto calificadorio, en la medida en que la decisión se notificó personalmente al Ministerio Público y a las demás partes por estado. Y ante la advertencia del secretario de que se trata de una resolución de acusación en la que la “notificación se hace en forma diferente”, el funcionario dicta un nuevo auto donde pretende aclarar el numeral quinto de la parte resolutive para que quede así: “Líbrense las respectivas órdenes de captura a las autoridades competentes. Por secretaría envíense los oficios a que haya lugar”.

Por informe secretarial se informa al juez que no ha sido posible notificar al defensor de confianza y de manera inmediata le nombra un defensor de oficio a quien notifica personalmente la resolución de acusación y prosigue el adelantamiento del proceso.

La normatividad vigente para el momento del cierre de la investigación era el artículo 472 del Código de 1.987, sustituido por el 24 del Decreto 1861 de 1.989 el cual disponía que:

“Si el imputado estuviere en libertad, se citará por el medio más eficaz a su última dirección conocida en el proceso. Transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación sin que compareciere, la notificación se hará personalmente a su defensor y con éste continuará el proceso; pero en caso de excusa válida o de renuencia a comparecer, se le reemplazará por un defensor de oficio”.

“Notificada personalmente la resolución de acusación al imputado o a su

defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado.”

En el expediente no existe la más mínima prueba, esto es, ni copia de las citaciones, ni constancia secretarial, que dé noticia del intento de notificar personalmente al procesado o a su defensor; comportamiento que viola con absoluta claridad lo dispuesto en el artículo antes transcrito, que imponía realizar este esfuerzo de notificación personal antes de proceder a la notificación por estado.

Ahora bien, el nombramiento del defensor de oficio venía a resultar válido solo si el procesado se excusaba fundadamente o asumía una actitud renuente a comparecer.

Recuérdese que en vigencia del Código de 1.971 el artículo 484 disponía que debía intentarse la notificación personal del auto de proceder y si era necesario se debía oficiar a las autoridades de policía para su captura y

“Cuando no fuere posible hallar al procesado para hacerle dicha notificación, se le emplazará por edicto, que permanecerá fijado por diez días en la secretaría del juzgado; si trascurrido el plazo no compareciere, se le declarará reo ausente y se le nombrará defensor de oficio, con el cual se seguirá el juicio hasta su terminación”.

En vigencia de la normatividad citada la Sala de Casación Penal, profirió decisiones en el sentido de afirmar que no se podía proceder al emplazamiento y a la declaratoria de reo ausente hasta cuando se hubiesen agotado las diligencias de localización y captura, por lo que era indispensable esperar las informaciones negativas, para entonces sí proceder al emplazamiento.

En este sentido la Corte sostuvo:

“La correcta notificación del auto de proceder, dada la trascendental importancia que esta pieza procesal tiene en el procedimiento penal colombiano,

constituye una de las actuaciones capitales tanto para la adecuada tramitación del juicio, que se inicia con la ejecutoria de esa providencia, como para el ejercicio cabal del derecho de defensa del acusado, que a partir de entonces se hace más necesario, de modo que constituye motivo de nulidad legal el hecho de no notificarla en debida forma al procesado y a su defensor, o a éste en el caso del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, vicio sólo subsanable por el propio procesado si, habiendo comparecido luego al juicio, no propone su declaración dentro de los quince días siguientes a aquél en que se le haya hecho la primera notificación personal (Ord. 3o. del Art. 210 del Código de Procedimiento Penal), evento éste en el que, sin embargo, no es necesario retrotraer la actuación; y nulidad constitucional, además, si no ha habido realmente notificación de la providencia, en este último caso, vicio insubsanable dado su origen suprallegal (Art. 26 de la Constitución Política), salvo mediante la anulación de la actuación adelantada con menoscabo de la plenitud de las formas propias del juicio, para su posterior reposición con el lleno de la totalidad de tales formalidades.

“No es lo mismo, en efecto, notificar en forma indebida el auto de proceder al procesado, v.gr., por estados encontrándose detenido con violación del artículo 182 del Código de Procedimiento Penal, que no notificárselo en modo alguno v.gr., buscándole donde no se encuentra, siendo conocido el lugar donde era posible hallarlo, evento en el que, apenas, se simula una notificación que en la práctica no se ha surtido.

“El artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, cuyo contenido y finalidad no pueden ser más claros, dispone la notificación por edicto al procesado llamado a juicio, cuando no fuere posible hallarlo para que se cumpla personalmente esa notificación, lo que quiere decir, sin lugar a dudas, que este tipo de notificación no puede darse sino cuando, como lo indica el Diccionario de la real Academia Española, no se omite “circunstancia ni diligencia alguna para el logro de lo que se intenta o le ha sido encargo (a alguien)”, sin que, no obstante ese empeño, su obtención haya sido posible.

“La disposición que se comenta tiene, desde luego, la muy loable y justificada finalidad de evitar la suspensión indefinida del proceso, debido a la contumacia o rebeldía de los procesados que eluden deliberadamente su comparecencia al juicio, huyendo, escondiéndose o evitando, por cualquier otro medio, la notificación personal de una providencia que suponen o saben proferida en su contra, finalidad que no se cumple y antes, por el contrario, se desdibuja, quebranta y se vuelve totalmente inoperante cuando, en lugar de ordenar la captura del procesado que se sabe donde puede hallarse, para notificarle personalmente la providencia, como lo manda la ley (Art. 182 citado), se le busca donde no se halla para, de ese modo, hacerle en la forma subsidiaria establecida en ella, la que ha debido ser notificación personal”. (C.S.J. Sent. cas. Julio 26 de 1982. M.P. Dr. Dante Fiorillo Porras).

La razón de ser de tal precaución era impedir que el proceso se adelantara a espaldas del procesado, evitando así terribles injusticias que han terminado con sentencias condenatorias de acusados liberados con caución y que pese a no haber cambiado de domicilio o de sitio de trabajo, fueron emplazados y declarados reos ausentes, como si se tratase de personas renuentes a comparecer ante las autoridades, contra quienes finalmente se profirieron sentencias que vulneran el debido proceso y el derecho a la defensa, porque habiéndose podido propiciar su comparecencia para que dispusieran lo necesario para tener defensor de confianza y para realizar la defensa material, no fueron oportuna y debidamente citados.

Es entonces indiscutible que con la irregularidad que se destaca se vulneró de manera grave tanto el debido proceso como el derecho a la defensa, lo que hace necesario casar la sentencia impugnada, para declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del trámite de las notificaciones del auto calificadorio.

Con respecto a otro de los aspectos que como vicio susceptible de provocar nulidad, presenta el libelista a consideración de la Sala, conviene recordar que, es bien sabido que

los jueces de Colombia -en cuya expresión, por mandato constitucional, se incluye hoy en día a los miembros de la Fiscalía- están obligados como lo estaban en la época de la ocurrencia de los hechos, a la investigación integral, concepto que rebasa la frase de cajón sobre el deber de investigar tanto lo desfavorable como lo beneficioso a los intereses del procesado, pues el cumplimiento real de tal mandato implica que los jueces están en la obligación de verificar las citas que el sindicado haga en la indagatoria.

Concretando el caso del cual se ocupa esta sentencia, en la diligencia de indagatoria el sindicado indicó como declarantes de conducta a Jorge Enrique Pachón Bernal y a Luis Daniel García. Por otra parte, mencionó a Luis Ortiz, María Barrera, Nubia Barrera, Susana Barrera, Alfonso Bustos, Saúl N. como testigos de los hechos; y se refirió a Saúl Rodríguez, empleado de su casa, que recibió la llamada en la cual le enteraban de lo que estaba sucediendo, habiendo aportado las direcciones en donde cada uno de ellos podía ser localizado.

No obstante, por auto del 31 de enero de 1.987, el instructor solo ordenó recepcionar el testimonio de Jorge Enrique Pachón y Luis Daniel García (declarantes de conducta), como en efecto ocurrió; pero no trató de verificar las citas que hizo el sindicado en su indagatoria, a pesar de que se trataba de testigos presenciales, que podían ser localizados con los datos que sobre ellos dió el implicado.

La deficiencia investigativa señalada hubiera podido significar una violación de las garantías fundamentales del procesado; sin embargo, como la actuación se retrotraerá, y la etapa de la causa habrá de realizarse de nuevo, será la oportunidad para que las pruebas citadas por el procesado en su indagatoria sean verificadas. Por ello, esta irregularidad no será tomada como base de la nulidad y no obliga a devolver el proceso hasta la etapa de investigación.

Finalmente, dado que uno de los motivos de nulidad planteados por el demandante ha

prosperado, no es menester estudiar el cargo que por violación indirecta de la ley sustancial propuso en segundo lugar.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que parcialmente de acuerdo con el Agente del Ministerio Público, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVA

CASAR el fallo impugnado y como consecuencia decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del trámite de notificación del auto calificadorio.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

NILSON PINILLA PINILLA

RICARDO CALVETE RANGEL

GUILLERMO DUQUE RUIZ

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Salvamento de Voto

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

Aclaración de Voto

CARLOS A. GORDILLO LOMBANA

Secretario

Proceso No. 8724 Salvamento de Voto

SALVAMENTO DE VOTO

Habida cuenta que no comparto el tratamiento que la Sala con criterio mayoritario le ha dado en este asunto a la diligencia de careo, considero necesario dejar constancia de los argumentos que sustentan mi opinión.

Como antecedente, recuérdese que el 26 de marzo de 1.987 ha debido realizarse la diligencia de careo entre la ofendida y el sindicado, pero, pese a la asistencia de éste y de su defensor, la no concurrencia de aquella impidió el cumplimiento de la diligencia.

Lo anterior, dió lugar a que el comisionante ordenara realizar la diligencia de careo, aún en ausencia de uno de los participantes, para el evento de que uno de ellos no compareciera, como estaba autorizado por la legislación vigente.

El 23 de julio de 1.987, nuevamente la ofendida incumplió la citación; sin embargo, el juez comisionado no cumplió el encargo solicitado por su superior, porque no utilizó las medidas coercitivas que tenía para hacer asistir a la renuente, ni tampoco realizó la diligencia en su ausencia.

De esta manera se privó al sindicado de un medio de defensa, que era el de confrontación entre el sindicado y su principal acusadora.

En mi opinión, el impugnante se equivoca al comentar que ya para el período probatorio de la causa no era del caso insistir en la práctica de esta prueba porque había sido suprimida del ordenamiento legal desde la vigencia del Código de 1.987, porque si bien en principio ello es cierto, se debe reconocer que existen normas legales de mayor jerarquía valorativa que hoy consagran este medio de convicción, haciendo posible su recaudo. Por ello, si lo que quiso el legislador de 1.987, era eliminar este medio de

convicción de la normatividad procesal, esa intención nunca se concretó en la realidad porque normas legales de mayor jerarquía sí la contemplan, como ya se dijo en antecedencia.

Efectivamente, el legislador de 1.987 pretendió eliminar este medio de prueba, considerado engorroso, cuyos resultados positivos se producían excepcionalmente, lo que no justificaba su existencia. No obstante, no tuvo en cuenta la vigencia de las leyes 74 de 1.968 y 16 de 1.972, aprobatorias del Pacto Universal y de la Convención Americana de Derechos Humanos que sí contemplan este medio de prueba y de defensa y que por ser de mayor jerarquía valorativa primaban sobre las previsiones de una simple norma legal aprobatoria de un código.

El artículo 14 del Pacto Universal en su numeral 3, literal e, establece como uno de los derechos del sindicado de un delito el de “Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo...”. Así mismo, la Convención Americana estatuye en su artículo 8, numeral 2, literal f “ derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal...”

De estos textos no surge la más mínima duda que se trata de una clara y específica referencia al derecho de confrontación que tiene el sindicado en relación con las personas que lo acusen dentro del proceso penal, y que en la legislación procesal colombiana se denominó diligencia de careo, hasta su desaparición con la vigencia del Código Procesal de 1.987.

Tampoco se puede desconocer que es un importante medio defensivo, porque se trata del justo y lógico derecho de quien es acusado por alguien, para que esa persona repita la acusación en su presencia y tenga la oportunidad de formular las preguntas y repreguntas que considere de importancia para sus fines defensivos.

Un importante tratadista de los derechos humanos refiriéndose a esta temática ha dicho:

“El derecho de todo acusado de “interrogar” testigos de cargo y de presentar testigos de descargo, está reconocido tanto por el artículo 14 (3) (e) del Pacto Internacional como por el artículo 8 (2) (f) de la Convención Americana. Este último instrumentos no se refiere a “testigos de descargo” sino a personas que “pueden arrojar luz sobre los hechos”, sea como testigos o como peritos. Lo anterior parece consistir en una mera diferencia de forma en relación con la formulación del Pacto, y resulta de peculiaridades de las figuras de derecho penal, características de América Latina”.

“Este derecho parece tener tres elementos, a saber: el derecho del acusado a interrogar los testigos de cargo; el derecho a presentar testigos a su valor; y, en general, el derecho de igualdad entre la defensa y la acusación en todo aspecto relativo a la presentación e interrogación de testigos. Este último elemento sólo figura textualmente en el Pacto Internacional, pero la Comisión Interamericana ha criticado algunas prácticas seguidas en materia de prueba, por considerar que ponen a la defensa en posición desventajosa frente a la acusación, lo que da lugar para inferir que este principio también está implícito en la normativa regional”.(Daniel O`Donell “Protección Internacional de los Derechos Humanos”.Comisión Andina de Juristas Lima 1.989.pág 185.)

Igualmente importante resulta precisar que el derecho a la defensa se concreta fundamentalmente cuando el derecho a la contradicción puede ser ejercido desde su triple perspectiva, esto es, partiendo de la posibilidad de contradecir las acusaciones de las otras partes o las que les sean formuladas por los funcionarios; es la virtualidad de mostrar su inconformidad con las decisiones que le afecten sus derechos con la interposición de los recursos ordinarios y el extraordinario; es la factibilidad de contradecir la prueba y ello significa no solo contraprobar con el allegamiento o la solicitud de pruebas que desmientan las de cargo o les mermen su credibilidad, sino la de participar en las diligencias para presenciar su práctica e intervenir en ellas si fuere necesario.

Este derecho de contradicción, también de raigambre constitucional, se vulnera si se desconoce la existencia de la diligencia de careo o de contradicción, que se vuelve a insistir una vez más, jamás ha dejado de existir en nuestra normatividad positiva.

Siempre se ha pregonado que a nivel interno las normas aprobatorias de Tratados internacionales tienen prelación valorativa sobre las leyes ordinarias, pero si alguna vez eso fuera susceptible de discusión, la actual Constitución resolvió con meridiana claridad el tema al establecer en el artículo 93 lo siguiente:

” Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.(resaltado fuera de texto).

Nos encontramos entonces en presencia de un aparente conflicto de normas; de una parte, la ley procesal que no prevé la existencia del careo o confrontación entre el sindicado y el testigo, y de otra, los tratados y convenios internacionales que lo consagran con meridiana claridad. En tales condiciones, acudiendo al principio interpretativo de carácter constitucional antes transcrito, se ha de concluir que por ser la norma aprobatoria de los Tratados de mayor jerarquía valorativa, se ha de dar cumplimiento a sus previsiones y por tanto se debe ordenar y practicar la referida diligencia cuando las necesidades del proceso así lo exijan.

Se podría argumentar que por no estar regulada legalmente la práctica del careo, no es posible su realización en el actual proceso penal, pero en verdad esa dificultad no existe, porque el legislador consagró entre nosotros el principio de la libertad probatoria, razón por la cual sus normas hacen una enumeración enunciativa y no taxativa de los medios de prueba, dejando su valoración a la recta y racional apreciación que de ellos

hagan los funcionarios judiciales.

Esta libertad probatoria permite la práctica de aquellas pruebas que no aparecen concretamente enunciadas en la norma procesal; así lo dispone el artículo 248:

” Medios de prueba. Son medios de prueba: la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión. Los indicios se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica.

” El funcionario practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes, o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales”. (negrillas fuera de texto).

En las condiciones normativas expuestas no existe la más mínima duda de que la diligencia de confrontación puede ser practicada así no esté claramente regulada en sus formalidades de realización procesal.

Por otra parte, se podría pensar en acudir a las regulaciones del procesal civil, por aplicación del principio de integración y por existir una prueba similar en el artículo 202 que se titula “Interrogatorio y careos de las partes por decreto oficioso”, pero por las específicas peculiaridades del proceso privado, existen una serie de reglamentaciones en esta prueba que se oponen a los principios generales que regulan el proceso penal y que nos llevarían a concluir que el juez debe recurrir para su práctica a su prudente juicio, que no sería otro que la forma como la prueba se practicaba de conformidad con las regulaciones establecidas en el Código Procesal de 1.971 (Decreto 409), derogado precisamente por el Decreto 0057 de 1.987 que quiso hacer desaparecer este medio de prueba.

Al aplicar estos aspectos teóricos al problema considerado en este asunto, estimo que

se produjo una conculcación del derecho a la defensa del procesado, que ha debido garantizar la decisión que no comparto en lo que a este tema se refiere.

Hago la salvedad anterior, con el respeto por los criterios que no han conquistado mi razonamiento.

EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Magistrado.

Fecha Ut Supra.

Proceso No. 8724 Aclaración de Voto

ACLARACION DE VOTO

Harto hartos interesantes el debate verbal agitado en el seno de la Sala -reflejado en la decisión mayoritaria- en contorno a la diligencia de careo. La mayoría, con argumentos a montones, cuya suma no entendí, considera bajo el peso de su propia autoridad -que naturalmente es respetable- que la ponencia presentada por el Magistrado Saavedra Rojas, en este específico punto, no es la acertada, y por tanto, digo yo, herética. Ni siquiera sus razones de las normas legales de mayor jerarquía valorativa (leyes 74 de 1968 y 16 de 1972) lograron persuadirlos o convencerlos de la bondad del planteo. Sin decir apenas nada creo que en exposición de los aspectos teóricos, el doctor Saavedra tiene toda la razón. A fin de cuentas me seducen, abstractamente hablando, sus raciocinios y argumentos acerca de la libertad probatoria y de que es un medio probatorio. Pero no creo que se quebrante el derecho de defensa solo porque la susomentada diligencia no se efectúe, bien porque el funcionario no considera útil su

práctica ora porque las necesidades de la indagación no hagan aconsejable su realización.

Mas como siento la necesidad de pensar apenas agrego que la preceptiva del artículo 248 no es taxativa sino ejemplificativa. El propio legislador contempla la posibilidad de practicar otros medios de convicción no señalados en su continente. Y aunque algunos repudien el careo, en mi experiencia judicial siempre advertí su utilidad y las ventajas de la confrontación. La diligencia que tan íntimamente está relacionada con la prueba testimonial, en sentido amplio, aspira a dilucidar extremos allí donde exista discrepancia en las declaraciones respectivas. Independientemente de la controversia acerca de su autonomía como medio de prueba siempre es útil la percepción directa del magistrado sobre el enfrentamiento vivo de los declarantes en oposición. El acto persigue superar las discrepancias o los desacuerdos entre aquellas declaraciones contradictorias acerca de los hechos o circunstancias importantes. Y naturalmente que el espíritu perspicaz del funcionario pondrá las cosas en su exacto sitio y en su congruo lugar y por esto su valoración queda librada a la racional y neta apreciación judicial.

Esto es todo y bastante para aclarar mi voto en el sentido que queda resumido.

Cordialmente,

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

Magistrado

Fecha ut supra

