

Proceso No. 8985

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr.EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Aprobado Acta Nro.067

(18 de mayo/95)

Santafé de Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

VISTOS

En sentencia del 20 de abril de 1.993, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación condenó a Raúl David Barrera López a la pena principal de 18 años de prisión como responsable de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de defensa personal.

La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué en pronunciamiento del 17 de Junio de 1.993, rebajando la pena principal a 17 años y fijando la interdicción derechos y funciones públicas en 10 años.

El recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto por el procesado fue concedido. Con posterioridad esta superioridad declaró que la demanda se ajustaba a

las exigencias legales.

Se escuchó el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo penal quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

HECHOS

El 12 de abril de 1.992, en las horas de la tarde, José Lenar Pacheco Montero se encontraba departiendo con su padre y otros amigos en el Bar Los Cristales, en la población de Dolores, cuando en ese sitio irrumpieron Raúl David Barrera López con la complicidad de otros individuos, disparando un revólver que hizo impacto en la región abdominal de Pacheco Montero y le ocasionó la muerte. En los mismos hechos resultó lesionado Tito Javier García Pérez.

ACTUACION PROCESAL

El 15 de abril de 1.992, el Juzgado de Instrucción Criminal de Purificación (Tolima) declaró abierta la correspondiente investigación penal, día en que escuchó en indagatoria al capturado Raúl David Barrera López. Días más tarde resolvió la situación jurídica de éste decretando su detención preventiva.

Con fecha del 6 de agosto de 1.992 la Fiscalía 46 de la Unidad seccional de Purificación dictó resolución de acusación contra el sindicado por los delitos de homicidio, agravado de conformidad con los numerales 4 y 7 del art. 324 del C.P., y porte ilegal de armas de defensa personal (Decreto 3664 de 1986).

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación asumió el conocimiento del proceso el 24 de agosto de 1992; el 20 de octubre siguiente decretó la práctica de

pruebas y, entre ellas, compulsar copias con destino a las autoridades de policía para que investigaran el delito de lesiones personales del que fuera víctima, en los mismos hechos, Tito Javier García Pérez.

Mediante auto del 19 de marzo de 1.993 el despacho de conocimiento decretó la excepción de inconstitucionalidad de las normas que preveían el jurado de derecho y dispuso la realización de la audiencia sin su participación; diligencia que tuvo lugar el 13 de abril siguiente.

El 20 del mismo mes y año, el Juzgado Segundo penal del Circuito de Purificación condenó a Raúl David Barrera López a la pena principal de 18 años de prisión como autor responsable del de los delitos de Homicidio agravado y porte ilegal de armas de defensa personal; así mismo le impuso la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, y le impuso el pago de la indemnización de los perjuicios morales y materiales causados con las infracciones, que fueran tasados en la suma de \$19.811.430.00. Por lo demás, le negó al sentenciado el beneficio de la condena de ejecución condicional, ordenó el decomiso definitivo del revólver 32 largo, Smith & Wesson, número 17934, y, finalmente, dispuso compulsar copias para averiguar la participación y responsabilidad que en los mismo hechos pudieron haber tenido Juan Hermes Cardozo, Jhon Jairo N., William N, y un tercero, apodado "tetero".

En virtud de apelación interpuesta por la defensa, el 17 de junio de 1.993, el Tribunal Superior de Ibagué reformó la providencia impugnada, en el sentido de fijar, en definitiva, la pena a imponer al sentenciado, en diecisiete (17) años de prisión; diez (10) años para la interdicción de derechos y funciones públicas y una tasación equivalente a 200 gramos oro por concepto de la indemnización de los perjuicios morales, habiendo confirmado las restantes determinaciones del a quo.

RAZONES DE LA DEMANDA

La sentencia de segundo grado se ataca al amparo de la causal tercera de casación con base en un único cargo, en virtud del cual se estima que aquella se profirió en un juicio viciado de nulidad.

En la demostración del cargo el actor destaca que en la diligencia de indagatoria al procesado se le designó como defensor de oficio al ciudadano Uriel Humberto Devia García, pero que en Purificación lugar donde se recepcionó la diligencia, hay más de quince abogados radicados, litigando en el área penal.

Prosigue el impugnante afirmando que en los inicios de la investigación el sentenciado no tuvo defensor; que se dejaron de recepcionar varios testimonios; y que tampoco tuvo apoderado en la diligencia de reconstrucción, en la cual se le designó como defensor al señor Juan Angel Romero Gama, quien ni siquiera sabe leer ni escribir por lo que en lugar de firma aparece su huella dactilar.

Luego, enuncia la actividad que habría desplegado un defensor, todo lo cual se habría traducido en una sentencia absolutoria. Y concluye solicitando se case la sentencia.

CRITERIO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Luego de un amplio preámbulo en el que destaca que pese a los cambios constitucionales y legales la casación sigue siendo un recurso extraordinario sometido a una serie de requisitos y exigencias técnicas, el representante del Ministerio Público afirma que la demanda presenta protuberantes deficiencias, puesto que omitió demostrar la trascendencia del error denunciado y no realizó esfuerzo alguno para determinar las consecuencias de la nulidad ni “el sentido de la decisión que ha de tomar la Corte en caso de prosperidad de la censura, el momento procesal a partir del cual se debe anular lo actuado y las diligencias o actos procesales que deben ser cobijados por la perseguida

anulación. Estos aspectos de suyo serían suficientes para desestimar la demanda”.

En su opinión, el procesado tuvo como defensor al abogado Alfonso Camacho Reyes, quien actuó de oficio desde el 12 de junio de 1.992 y lo asistió en la diligencia de ampliación de la indagatoria, presentó un alegato por fuera del término de calificación, solicitó pruebas, intervino en la audiencia pública e interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, lo que le sirve para aseverar que “Con lo anterior se evidencia que el Dr.Alfonso Camacho Reyes, sí actuó como defensor de oficio, y ejerció su función, sin notarse menoscabo al derecho a la defensa alegado por el casacionista”.

Para el Delegado, es ilegal que en la diligencia de reconstrucción se le hubiese designado como defensor a un analfabeta “puesto que ninguna garantía ofrecía para el procesado la designación de un iletrado como abogado de oficio para ejercer el derecho a la defensa”, concepto que lo conduce a concluir que la diligencia es ineficaz, pero, aduce que no por ello puede predicarse la nulidad de toda la actuación, pues el proceso cuenta con un abundante caudal probatorio “y es a partir de otros medios de prueba de los que el fallador deduce la responsabilidad del proceso y en éstos se respalda la condena. Tenemos como pruebas básicas, entre otras, las declaraciones de José Alonso Pacheco (fs.7vt, 34 y 44), Pablo Antonio Tapia (fl.53), Pedro Sanabria (fl.55), Amparo Gómez Solórzano (fl.60 vto), Omar Hernández (fl.64 vto) y Raúl Barrera López (fls.25 y 93)”.

Por ello considera que la garantía constitucional fue preservada no solo desde el punto de vista formal, sino también en el ámbito material “en donde el sujeto pasivo de la actuación contó con todas las garantías propias a su calidad de acusado”.

Por otra parte, el colaborador de la Sala comenta:”Nótese que de conformidad con el planteamiento del cargo, el censor reclama la nulidad de lo actuado sobre la base de

unas hipotéticas ocurrencias; pues en su personal opinión de haber actuado el defensor en el sentido querido por el recurrente, se hubiese podido llegar a conclusión diversa de la tomada por el fallador. Siendo la actividad echada de menos por el libelista, una mera posibilidad sobre la que no puede fundarse el cargo de nulidad impetrado.”

Bajo los parámetros expresados el conceptuante finaliza su trabajo solicitando no se case el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Discrepa la Sala de manera radical del concepto emitido por su distinguido colaborador del Ministerio Público, pues, por el contrario, advierte que en este caso particular sí se vulneró el constitucional derecho a la defensa como se demostrara a continuación.

Al procesado, no se le nombró un abogado que lo asistiera en la diligencia de indagatoria, sino que en ese momento se designó a un simple ciudadano y de esa manera se desconoció la normatividad procesal que en el artículo 148 del C. de P. P. y a ese respecto dispone: “Personas habilitadas para la defensa del imputado. De conformidad a lo dispuesto por el Decreto 196 de 1.971, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable siempre que no sea servidor público”.

“.....”

Purificación, municipio donde se realizó la diligencia de indagatoria, es cabecera de circuito, en donde viven y ejercen permanentemente no menos de veinte abogados. En tales circunstancias, era imperioso para el funcionario de instrucción designar un abogado que asistiera al sindicado en tan importante diligencia.

El derecho a la defensa es trascendental y la asistencia letrada para quien debe defenderse por primera vez de las imputaciones del Estado por medio de la indagatoria, lo es aún más, porque lo que allí suceda, en muchas ocasiones trasciende en todas las etapas del proceso; por su importancia el legislador quiso establecer una excepción que solo puede darse, sin la vulneración del principio constitucionalmente reconocido, cuando materialmente no existe un abogado que pueda asistir al sindicado, y es por ello que la norma es de carácter imperativo y los jueces ubicados en poblaciones donde existan abogados titulados para este tipo de diligencias necesariamente tendrán que nombrar a estos profesionales.

Proceder como se hizo en el presente proceso implica desconocer olímpicamente el derecho a la defensa que aparece consagrado en la Carta como un derecho integral, que debe ser garantizado tanto en el sumario como en la causa, y específicamente reglamentado en la norma procesal. Por ello, se ha de entender que las excepciones allí consagradas, una de las cuales motiva este análisis, son taxativas y solo se puede acudir a ellas cuando se den los condicionamientos establecidos en la propia norma.

Designar a un iletrado para asistir al sindicado en la indagatoria, cuando existen abogados radicados en la población donde esta diligencia se realiza, indudablemente vulnera el derecho protegido por la Ley Fundamental.

Esta grave irregularidad del proceso, se repitió al celebrar la diligencia de reconstrucción de los hechos, pues no solo se nombró un iletrado para que asistiese al procesado, sino que la persona designada era analfabeta, condiciones en las cuales y como es apenas obvio, ninguna asistencia podía brindar, y tampoco contaba con una mínima capacidad cultural para hacerle respetar sus derechos.

La Sala de manera mayoritaria se ha pronunciado sobre el punto y en referencia al mismo dijo en sentencia del 2 de octubre de 1.991:

“Discrepa la Sala los razonamientos de su “Colaborador Fiscal, porque la vulneración del derecho de defensa es parte de la estructura vertebral del proceso penal, y por tanto es de aquellas nulidades que la doctrina domina insubsanables y así aparentemente no se haya producido perjuicio a los intereses sustanciales del proceso, debe decretarse; además porque es labor casi visionaria afirmar que la ausencia de defensa no afectó los derechos del procesado, resultando imposible vislumbrar lo que ocurrió en la realidad, y qué hubiera sucedido en el proceso si el sindicado hubiera tenido un verdadero defensor.

“Es claro que en el proceso nada se dice sobre la cultura de la persona que lo atienda en la primera indagatoria, pero es indescubrible que existe un indicio claro de esta posibilidad y basta mirar su huella digital, que como muy bien se sabe es el obedecimiento de lo normado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Penal que dispone que ‘toda acta debe contener las firmas autógrafas de las personas que hayan intervenido. Si la persona no sabe, no puede o no quiere firmar se le tomará impresión digital y en todo caso firmará por ella un testigo, de lo cual se dejará constancia’.

“En relación con esta problemática debe ante todo advertirse que de acuerdo a las previsiones del artículo 139 sólo es posible designar a quien no es abogado cuando no hubiere inscrito y que tal designación solo podrá serlo para la indagatoria y no a otra conclusión puede llegar de la claridad con que el mencionado artículo dispone:

‘El cargo de defensor para la indagatoria cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable que no sea empleado público’ (Lo subrayado es de la Sala).

“Y está demostrado que en el Municipio de Granada sí había abogados inscritos, puesto que el abogado de oficio que se designó para la causa dió como dirección de su oficina, una de dicha localidad; en tales condiciones el nombramiento de una persona no abogada

no era posible en este caso concreto, además de que esta salvedad a la garantía de una defensa técnica ejercida por un letrado sólo es factible para la diligencia de indagatoria y no para toda la investigación.

“Si bien es cierto que la función de defensor en la diligencia de indagatoria es hasta cierto punto pasiva, en cuanto no puede formular, ni insinuarlas y su participación se reduce a evitar que se utilicen formas prohibidas de interrogación o que de cualquier manera se vulneren los derechos consagrados para los procesados, es evidente que la realización de esta actividad requiere en principio de una adecuada formación jurídica, respecto de la cual se ha establecido una excepción, ante la absoluta imposibilidad de que en todos los lugares de la República existan abogados residenciados, pues, de lo contrario, se harían irrealizables esta clase de actuaciones y de allí que se haya previsto, que en tales circunstancias el cargo, para esa sola diligencia, pueda esa sola diligencia, pueda ser desempeñado por un ciudadano honorable que no tenga la precitada capacidad jurídica; pero es apenas obvio concluir, que por lo menos debe ser una persona que tenga un mínimo de cultura, esto es por lo menos alfabeta, porque precisamente el analfabetismo se convierte en una valla que separa a estos ciudadanos de la técnica y de la cultura predominante en la actual sociedad y es imposible que en tan manifiesta inhabilidad cultura se pueda llegar a garantizar debidamente los derechos de quien es procesado por un delito.

“La presencia física de un analfabeto en una diligencia judicial es una verdadera negación de la defensa en cuanto a garantizar los derechos que realmente deben ser protegidos, porque ni siquiera al final de la misma podría leer la declaración para efectos de verificar si allí consta lo que realmente el sindicado dijo y en este caso, la situación de ausencia de defensa se evidencia más, si se tiene constancia de que la misma hubiera sido leída para los participantes y de esta manera se hubieran enterado de su contenido.

“Como si lo anterior no fuera suficiente, es claro que la asistencia de un iletrado sólo

puede serlo para el acto de la indagatoria y por tanto durante el desarrollo del sumario debe estar debidamente asistido por un abogado, no sólo en las diligencias de instrucción, sino en el momento de cierre de la investigación para efectos de presentar los argumentos defensivos en favor de los intereses de su representado.

“Esta demostrado que al momento del cierre fue el procesado quien en su precariedad cultural y técnica presentó un memorial alegando en su favor, pues carecía de defensor y ello bajo ninguna circunstancia puede tenerse como la presencia y respeto del derecho constitucionalmente consagrado.

“Pero en el juicio la situación fue más o menos similar, porque si bien hubo defensa desde el punto de vista formal puesto que se nombraron defensores de oficio y de confianza, la defensa como garantía constitucional no existió por cuanto el único acto defensivo que se aprecia a todo lo largo del proceso en favor del implicado fue la intervención en audiencia pública, que consideramos, constituye una actuación tardía, de irrelevantes consecuencias, la cual bajo ninguna circunstancia podría llevar a la Sala a predicar que suple y corrige la ausencia de defensa durante todo el proceso”.(C.S.J. Sentencia, casación Nro. 5742. M.P. Edgar Saavedra Rojas).

Bajo los parámetros ya consignados, no puede la Sala compartir el argumento del Procurador Tercero Delegado en lo Penal en cuanto acepta la invalidez de la diligencia de reconstrucción, y a pesar de ello afirma que la aceptación de ineficacia probatoria es intrascendente.

En lo que se refiere al real ejercicio de la defensa en la etapa precalificatoria, téngase presente que el 10 de julio se cerró la investigación (fl.122), el 22 aparece constancia secretarial sobre la ejecutoria de este auto y se pone a disposición de las partes el expediente durante ocho días hábiles en traslado para que presenten los alegatos. El

3 de agosto aparece otra constancia secretarial que dice que los términos de traslado se vencieron el 31 de julio de 1992 y se pasa el expediente a despacho para calificación. Finalmente el proceso es calificado el 6 de agosto.

Durante el término de traslado solo alegó el procesado, en un manuscrito de una página en una hoja de cuaderno.

Para minimizar la ausencia de defensa y asegurar que sí la hubo, el Agente del Ministerio Público sostiene: “En todo caso, el procesado contó con la asistencia del abogado Alfonso Camacho Reyes, quien actuó como defensor de oficio, posesionado desde el día doce de junio de mil novecientos noventa y dos y quien actuó en las diligencias de ampliación de indagatoria, pero no limitó a esto su intervención, pues presentó alegatos dentro del término en la calificación – extemporáneo, es cierto- del mérito sumarial, solicitó pruebas oportunamente, intervino en la celebración de la audiencia pública e interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia”.

No obstante, destacar que el defensor alegó para la calificación para fundamentar la existencia de una defensa técnica, no es más que un recurso de distracción, porque, obsérvese que tal alegación se presentó el 10 de septiembre de 1992, más de un mes después de haberse producido la resolución de acusación y luego de haberse dictado el auto que puso el expediente a disposición de las partes por treinta (30) días para la preparación de la audiencia pública (agosto 24 de 1992).

En tales circunstancias, resulta forzoso concluir que el procesado tampoco tuvo defensa en el momento de la calificación sumarial, sin que se pueda afirmar, como lo ha admitido esta Corporación en otros casos, que el no alegar fue una estrategia defensiva del profesional del derecho, porque, en verdad, el defensor sí consideró pertinente argumentar, pero lo hizo tardíamente, tanto, que el memorial resultó extemporáneo en 41 días, en relación con la fecha en que se venció el término precalificatorio concedido

para la intervención escrita de las partes.

Anótese que en el período probatorio de la causa solo se realizó la exhumación del cadáver y la diligencia de reconstrucción durante la cual se recibieron varios testimonios, pero, como ya se advirtió, esta diligencia carece de validez, puesto que para su realización se nombró como defensor a una persona analfabeta.

Se ha de concluir, entonces, de manera necesaria, que en este proceso se ha vulnerado el derecho a la defensa, pues durante gran parte del sumario el procesado estuvo desprovisto de asistencia jurídica; y recuérdese que el derecho constitucional a ella se garantiza tanto en el período de la causa como en el sumario.

En las condiciones precedentes se decretará la nulidad de las siguientes actuaciones: indagatoria y ampliación de indagatoria realizada en la diligencia de reconstrucción (fls.25 y 195), auto de detención (fl.38), auto de cierre de la investigación (fl.122), resolución de acusación (fl.139) audiencia pública (fl.292), y sentencia de primera y segunda instancia (fls.296 y 21 del cuaderno del Tribunal).

Como se evidencia que el procesado lleva en detención preventiva desde el 14 de abril de 1.992 se debe decretar su excarcelación, bajo caución equivalente a un salario mínimo legal mensual, que deberá constituirse en la cuenta de depósitos judiciales del despacho de primera instancia, Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué, y previa firma de diligencia en que se comprometa a cumplir las obligaciones previstas en el artículo 419 del estatuto procesal.

Por hallarse el procesado privado de la libertad en el municipio de El Espinal, para la notificación de éste proveído, la suscripción de la diligencia de compromiso, previa la constitución de la caución, y la expedición de la orden de libertad, se comisionará al Juez Penal Municipal (reparto) de ese lugar.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que 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 recurrido y como consecuencia de ello decretar la nulidad de las siguientes actuaciones: indagatoria y ampliación de indagatoria realizada en la diligencia de reconstrucción (fls.25 y 195), auto de detención (fl.38), auto de cierre de la investigación (fl.122), resolución de acusación (fl.139), audiencia pública (fl.292), y sentencias de primera y segunda instancia (fls.296 y 21 del cuaderno del Tribunal).

CONCEDESE al procesado la libertad provisional, bajo caución equivalente a un salario mínimo legal mensual y previa suscripción de la respectiva diligencia de compromiso.

COMISIONASE al Juez Penal Municipal (reparto) de El Espinal, para que notifique este fallo al procesado y una vez reciba la caución, que se habrá de consignar en la cuenta de depósitos del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué, y se haya suscrito la diligencia compromisoria, expida la orden de libertad.

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

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

Salvamento de Voto

CARLOS A. GORDILLO LOMBANA

Secretario

Proceso 8985 Salvamento de Voto

SALVAMENTO DE VOTO

1.- Una vez más se plantea en esta Sala de la Corte el radical criterio de la nulidad en este proceso por haberse “vulnerado el derecho a la defensa, pues durante gran parte del sumario el procesado estuvo desprovisto de asistencia jurídica”.

Pues bien:

a. - Es cierto que en la diligencia de descargos se le nombró al imputado a un ciudadano no letrado pero también lo es que en la ampliación de la indagatoria contó con la asistencia profesional del abogado Alfonso Camacho Reyes quien actuó en su carácter de defensor de oficio y quien además impetró pruebas oportunamente, participó en la celebración de la audiencia pública e incluso interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado. Esto para no mencionar su alegato -que resultó extemporáneo- presentado para la calificación de la actuación sumarial.

b.- Aún admitiendo que la diligencia de reconstrucción de los hechos fue en extremo deficiente o, si se prefiere, que carece de validez, no existen acaso en la foliatura otros elementos probatorios, definitivos, contundentes y apodícticos para signar un juicio penal de reproche o desaprobación a la conducta del acusado? . Para decir verdad sí y el juicio es muy exacto. Aún mudos nosotros por algo lo condenaron.

c.- Yo no sé si en Purificación -que es cabecera de circuito- viven y ejercen

permanentemente no menos de veinte abogados -como reza la decisión de la Sala- para concluir que “era imperioso para el funcionario de instrucción designar un abogado que asistiera al sindicado en tan importante diligencia”.

2.- Sobre esta materia, harto significativa, mi pluma no ha estado inactiva y desde siempre -bajo la égida de la vieja o de la nueva constitución- he alzado más de una vez la voz para pronunciarme en sentido contrario al que adopta la mayoría. Como no sé expresarme de otra manera y con tal de llegar a algo -que es el modo más expresivo de decir las cosas- vengo a repetir los prejuicios, -hinchidos de sentidos y consecuencias- que tengo sobre este asunto, explanados en otras ocasiones, que al menos a mí me seducen y convencen. Y todo esto, claro está, cambiando lo que se debe cambiar:

“a.- Es de toda verdad en el acto sub examen que el acusado en las actuaciones sumariales no designó un defensor de confianza y que se le nombró uno de oficio. Pero también lo es que en todas las diligencias que se realizaron con su presencia fue asistido por personas no togadas, elegidas ad nutum por el funcionario de instrucción quienes de manera directa le acompañaron e intervinieron en su desarrollo. Lo importante a destacar es que ellas cumplieron a cabalidad el ejercicio de la misión encomendada. Por cierto, no consta en los folios que estos individuos hubieran protestado o mostrado inconformidad por un anormal desenvolvimiento de los actos procesales a los que concurrieron por lo cual se presume que el buen orden y la regularidad del procedimiento fueron acatados en toda su extensión.

b.- No dejará de anotarse que en la etapa del juzgamiento el imputado designó un defensor cualificado que apoyándose en la posición exculpativa de su cliente y en otras ideas de su cosecha, ejerció, según sus propias convicciones, las obligaciones inherentes a su designio. Fácil es reconocer, ad exemplum, que en la diligencia de Audiencia Pública orientó sus alegaciones defensivas en la forma que lo consideró más conveniente, agitando tesis y criterios a favor de su representado, desplegando una celosa actividad

dialéctica y una ordenada y muy hábil argumentación en pro de una intensa y eficaz defensa técnica. Solo que sus denodados esfuerzos no lograron derrotar la contundente prueba incriminatoria levantada en contra de su patrocinado, de la cual se desprende la certeza de la plena comisión del delito y de su responsabilidad penal. No estará de más, ni de menos que se diga, que el letrado actuante en ninguna parte de su intervención se pronunció por situaciones de indefensión, desamparo o desvalimiento en que pudo hallarse su poderdante. Lo que es dicente de que allí no pasaba nada por dentro. A remate de cuentas, la preocupación de las consecuencias las trajo la Sala, desde fuera.

c.- Para no perder la noción de la exacta perspectiva del derecho a la defensa material fuerza es examinar con máxima atención las tres fundamentales piezas en las que intervino el procesado: a.- La diligencia de indagatoria; b.- la ampliación de la misma; y c.- la inspección judicial. Es de ver en el desarrollo del primer acto procesal de carácter sustancial una serie articulada de preguntas, sistemáticas y concretas, donde el funcionario orienta sus pesquisas hacia la determinación de las circunstancias del caso y el averiguamiento de la verdad real del hecho denunciado. Previamente a esto y para proveer eficazmente al respeto de las garantías y derechos y al afianzamiento de la justicia, se le informó de su prerrogativa a nombrar libremente a un abogado y ante la imposibilidad de hacerlo se le designó, ex officio, a una persona de reconocida honestidad en obediencia a lo prevenido por el artículo 139 del Código de la materia, vigente por aquel tracto. Sus manifestaciones de descargo fueron recepcionadas con la amplitud del caso y no se advierte por la lectura detenida de esta diligencia que de propósito se le hubiese emboscado o sorprendido -con violación del orden jurídico pleno- por formularle preguntas capciosas o sugestivas, o por apremiarlo física o moralmente o por obligarlo a declarar contra sí mismo o sus parientes inmediatos, o en fin, por utilizar mecanismos tortuosos o algo parecido. Con la más clara manifestación del aspecto material del derecho de defensa, el imputado respondió de manera libre y

espontánea el interrogatorio judicial, siendo dueño de sus propios actos. Se le brindaron, pues, todas las oportunidades para anular los cargos, negarlos o justificarlos. Mutatis mutandis, lo propio cabe afirmar con las restantes actuaciones.

d.- La actividad jurisdiccional se desarrolló, entonces, a plenitud con sujeción a las reglas del proceso y a sus vicisitudes. No hay manera de decir o afirmar en estos folios que se conculcaron o quebrantaron los supremos valores que en esta materia propugna la Constitución y la ley instrumental. O que en su ámbito, de manera adrede o deliberada, el encartado fue víctima de una indefensión total con menoscabo de sus derechos. Con absoluta neutralidad -y esto debe destacarse- tanto el funcionario de instrucción como el de juzgamiento respetaron al máximo sus derechos y con atenta vigilancia y estricto acatamiento a sus garantías, sin discriminación alguna, fallaron, ex lege. Por lo demás, ni aquel ni éste obstaculizaron su arbitrio a entrevistarse con un letrado, ni reprimieron su facultad para pedir pruebas, ni tampoco le impidieron ejercitar su potestad a alegar. Por el contrario, con un arraigado sentimiento de justicia en todo el proceso pero especialmente en la etapa del sumario, el funcionario de turno veló por el exacto cumplimiento de la ley y en aquellas actuaciones donde el reo no quiso o no pudo designar un defensor suplió dicha omisión con el escogimiento de personas que resguardaran sus garantías legales. No olvidemos que los Fiscales y Jueces -como sujetos imparciales del proceso- están sólo subordinados a la ley y que su independencia es absoluta. La auctoritas y su imperium moral preservan sus decisiones.

e.- De verdad que carezco de elementos de juicio suficientes para sostener en estas fojas que el defensor de Esquivel Fierro se desentendió por completo de la defensa o que abandonó a su suerte al autor de la conducta, como lo quiere la decisión mayoritaria de la Sala. La efectividad de la asistencia técnica no se mide por el número plural de memoriales o alegatos presentados, ni por la multiplicidad de las tesis agitadas, ni por una ingente o copiosa labor intelectual. En veces, el mutismo, la reserva o la sigilación, constituyen estrategias de peso que utilizan los letrados para la consecución de sus fines

defensivos. Y esto no presupone -ni más faltaba- inercia o despreocupación o desidia o apatía, ni nada que se le parezca. Esto, a pesar de apariencias en contrario. De pronto, razones habrá tenido el letrado actuante para proceder de esta guisa. Alguna vez dije que el misterioso hado no lo explica todo y por esto sería muy de alabar que nadie entre a suplantar la actividad dialéctica de los juristas.

f.- Metido de lleno en las probanzas del expediente fácil es captar que allí reposan todos los elementos demostrativos, tangibles y concretos del delito y sus circunstancias y la autoría del mismo en cabeza de Esquivel Fierro. Y dudo mucho que un defensor experto en derecho penal pudiera de manera taumátúrgica o sobrenatural, o por arte de birlibirloque, mudar la severidad del haz probatorio y la sentencia de condena. Entonces, si todo está dado, si a suficiencia se conocen las características del injusto, los nombres de los protagonistas, las circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión del hecho, la negativa del reo, y si fuera de todo esto, nada más se puede precisar al respecto, para qué y por qué anular casi toda la actuación?. Con abogado o sin abogado el imputado va a repetir lo conocido y a negar a ultranza su responsabilidad en los hechos. Todo es uno y lo mismo. O no?

g.- Tampoco me dejo commover -y transcribo algún párrafo de un salvamento de voto forjado en la buena compañía del doctor Gómez Velásquez ante los rasgos de similitud de aquella hipótesis con el caso de autos- por el hecho de

que si bien es cierto que en la ciudad donde se presentaron los sucesos se encuentran muchos abogados inscritos o que frecuentan el lugar, también lo es que tendríamos que suponer que todos estaban en condiciones de asumir la defensoría de oficio, o que podía contarse con ellos de manera expedita y oportuna para la práctica de cualquier diligencia. La realidad enseña que aun en centros en donde opera constantemente buen número de abogados, que éstos o están en otros menesteres, o ya tienen un número de asistencias de oficio que los exonera de ser llamados a una actividad de esta

índole, o no es dable hallarlos con la facilidad que el adelantamiento del proceso demanda. Y en poblaciones lejanas, puede acontecer que el número de abogados que suelen ejercer allí su profesión, no lo hacen todos de manera constante, sino de modo esporádico. Habría, pues necesidad, en este terreno, no de acudir a suposiciones (todos los abogados podían actuar) sino de demostrarse que pudiendo realmente hacerlo, el capricho del funcionario impidió esta intervención. Pero la apreciación no puede brotar en este sentido, sino en dirección muy distinta.

h.- En este orden de cosas, no puede entrañar nulidad legal y menos supralegal, la circunstancia de que el imputado haya estado asistido en algunas diligencias propias de la instrucción por ciudadanos honorables aunque no ostentaran títulos profesionales en abogacía o no fueran versados en disciplinas jurídicas. No lo primero porque tal posibilidad aparecía y aparece hoy contemplada en el código de la materia (arts. 139 y 148 del C. de P. P.). Y no lo segundo por cuanto el ejercicio del derecho material de defensa le permite al acusado una amplia y constante participación en las diligencias de averiguación y comprobación de la existencia y naturaleza del hecho, su enteramiento de todas las actuaciones que se surtan en las actividades típicas de la instrucción y el conocimiento de las determinaciones adoptadas por el funcionario correspondiente. Cuando las diligencias sumarias han sido adelantadas con muestras reconocibles de imparcialidad y medida, explorando todas las posibilidades de cargo y de descargo, lográndose conformar una estructura probatoria sólida y completa, el proceso -y reitero conceptos del salvamento de voto aludido- debe mirarse como válido y tenerlo como debido. En la hipótesis contraria distinta será la conclusión y entonces sí será necesario advertir y declarar la violación del derecho de defensa.

i.- Hasta donde me alcanzan mis conocimientos -que no son muchos- el artículo 148 del C. de P. P. no ha sido objeto de ataque en sede constitucional ni tampoco conozco que sobre la materia exista un fallo definitivo con alcances de cosa juzgada constitucional. Debo colegir entonces que la preceptiva del antecitado artículo no contradice la Carta

por ajustarse perfectamente a su letra y a su espíritu. Me parece aventuradísimo decir que como la Corte Constitucional ha pergeñado de una u otra forma algunas glosas sobre asuntos colaterales (Vid; la acción pública de inconstitucionalidad (parcial) contra el artículo 374 del Decreto-Ley 2550 de 1988, declarado inexecutable, o si se quiere, la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 147 del decreto 2700 de 1991), se pueda ya afirmar como dogma de fé o como situación "muy probable", -así lo dice la decisión de esta Sala- la inexecutablebilidat del precepto atrás invocado. Y con perdón de la Corte -así perezca yo de soledad- sobre cábalas, supersticiones o fetichismos no me pronuncio. Tal vez no soy todo lo amplio que es de desear. Pero no gusto de suponer o excogitar cosas ni definiciones en asuntos tan delicados como éste. Mayormente cuando no se han producido.

3.- Sensible a nuestra realidad histórica, humana y social -sean las que fueren las cosas y las ideas, las realidades y los sentimientos- me preocupa en alto grado el fallo adoptado por la mayoría de la SALA con su cerrada dialéctica pero más las repercusiones internas frente a la totalidad de los expedientes que cursan en ciudades medias o en poblaciones lejanas donde difícilmente se encuentran abogados que asuman una defensa de oficio. No comprendo lo creado. Cualquiera percibe que el desiderátum en esta materia no es otro a entender que todo sindicado tenga un defensor, ya electivo, ora oficial. Respecto a los últimos, la realidad de nuestras instituciones, cuanto verdad íntima, muestra su evidente ineficacia y su marcada insuficiencia. La idealización del proceso penal, conociendo el medio y los hombres, es por el momento inalcanzable. La verdadera historia es muy otra. Lamento de veras que la Corte -y lo digo con todos los respetos pero sin veladuras de ningún género- tenga una opción distinta a la aquí consignada en materia tan compleja y sensible como ésta. Acaso me quede la esperanza de que su tesis acabará por morir en su propia exageración. Pero y entretanto...?. Y como carezco ya de inspiración para convencer a otros de estas ideas no me queda más remedio que defender señeramente lo mío.

Deploro que en esto y aquello, y lo otro, y lo demás allá, siga en desacuerdo con los criterios -para mí siempre respetables- de mis compañeros de Sala”.

Hombre de realidades, sigo pues en lo mío.

Cordialmente,

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

Magistrado

Fecha ut supra