

DERECHO DE DEFENSA/ RESOLUCION DE ACUSACION

Si al procesado se le había advertido que pese a existir mérito para vincularlo al proceso, no se tenían las pruebas suficientes para imponerle una medida de aseguramiento, es claro que bajo esa perspectiva no se le precisaron cargos que le dieran la oportunidad de defenderse, ni se le concretaron pruebas en su contra frente a las cuales pudiera haber intentado controversia. El fallo, en tales términos, constituyó un sorprendimiento, y ante todo una actuación carente de los presupuestos esenciales que permitieran siquiera definir aquella situación de fondo con una absolución o una condena, porque en ausencia de un cargo claro, fundado y preciso, por sustracción de materia le era imposible a la Fiscalía sostener una acusación ante el funcionario del conocimiento según certeramente lo hizo ver el delegado que intervino en las alegaciones, ni, por lo mismo, intentar debidamente una defensa.

Proceso No. 9222

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente DR:

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Aprobado Acta No.07.

Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

V I S T O S:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto a nombre del acusado LUIS ALBERTO HERNANDEZ TOLOZA en contra del fallo del 1o. de septiembre de 1993 proferido por el Tribunal Nacional, que al decidir por vía de consulta, revocó la absolución proferida en su favor por un Juzgado Regional de Bogotá el 2 de abril del mismo año, para en su lugar condenarlo a la pena principal de 12 años de prisión y multa de 10 salarios mínimos legales como autor del delito previsto en el artículo 12 del Decreto 180 de 1988.

La pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas se fijó en un tiempo igual al de la pena principal.

H E C H O S Y A C T U A C I O N P R O C E S A L:

1.- Siendo las seis y treinta minutos de la mañana del dos de septiembre de 1989, tres individuos que argumentaron estar autorizados para ello, estacionaron el camión de placas TN-0691 afiliado a la empresa de Transportes Betulia de Medellín en la estación de gasolina “Guadalupe” ubicada en la Avenida 28 número 23-71 de esta ciudad, contigua a las instalaciones del diario El Espectador, produciéndose minutos más tarde la explosión del anotado vehículo, la cual causó con su honda expansiva heridas a un gran número de personas, y daños considerables en el expendio de gasolina y a las edificaciones adyacentes incluyendo la del indicado diario.

2.- Las primeras diligencias se adelantaron ante el Juzgado 118 de Instrucción Criminal Permanente de Bogotá, y luego ante los Juzgados 23 de Instrucción Criminal Ambulante y Séptimo de Orden Público, despacho este último que

con fundamento en fotocopia de las piezas procesales remitidas por el Juzgado Décimo de Orden público el 6 de octubre de 1989, relacionadas con la muerte del Doctor Luis Carlos Galán Sarmiento y en algunas declaraciones directamente recepcionadas, dispuso el 3 de noviembre de 1989 la apertura de la investigación para oír en indagatoria a JAIME EDUARDO RUEDA ROCHA y ALBERTO HERNANDEZ TOLOZA, diligencias recepcionadas los días 22 y 23 del mismo mes y año.

La situación jurídica de los indagados se resolvió mediante interlocutorio del 14 de diciembre de 1989, imponiéndole a JAIME EDUARDO RUEDA ROCHA medida de aseguramiento de detención preventiva como autor de la conducta tipificada en el artículo 12 del Decreto 180 de 1988, y absteniéndose de proferir medida alguna en contra de LUIS ALBERTO HERNANDEZ TOLOZA. En contra de esta determinación el defensor de RUEDA ROCHA interpuso el recurso de apelación, pero el Tribunal de Orden Público la confirmó mediante providencia del 25 de abril de 1.990.

3.- El 21 de diciembre de 1990 el despacho consideró que se había cumplido el término de instrucción y dispuso el traslado por ocho días para que las partes presentaran sus alegatos de fondo. La Fiscalía Cuarta se pronunció el 10 de enero de 1991 manifestando que se abstenía de conceptuar hasta tanto la mencionada determinación se hallara ejecutoriada, pero como para entonces entraba en vigencia el Decreto 2790 de noviembre 20 de 1990, las diligencias se ordenaron remitir a la Seccional de Orden Público mediante auto del 11 de enero, para poner en conocimiento de las partes el auto de traslado para alegaciones (Folio 264 del segundo cuaderno).

Cumpliendo lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 390 de 1991 adoptado como legislación permanente por el Decreto 2271 de 1991, el 9 de junio

un Juzgado de Conocimiento de Orden Público avocó el conocimiento y remitió el proceso al Ministerio Público para que presentara los correspondientes alegatos, ordenando en la misma providencia el aporte del acta de defunción de JAIME EDUARDO RUEDA ROCHA, allegada el 31 de agosto de 1992 junto con la cartilla biográfica de LUIS ALBERTO HERNANDEZ TOLOZA quien se encontraba privado de la libertad por cuenta de un Juzgado Regional.

Oído el Fiscal Regional mediante escrito fechado el 15 de octubre de 1992 expuso sus puntos de vista, concluyendo que en favor del implicado HERNANDEZ TOLOZA debía proferirse fallo absolutorio, criterio este último que compartieron el Ministerio Público mediante escrito del 28 de enero de 1993 y el señor defensor del procesado LUIS ALBERTO HERNANDEZ TOLOZA quien así lo plasmó en su escrito del 16 de marzo de 1993.

El correspondiente Juzgado Regional de Santafé de Bogotá profirió el 2 de abril de 1993 el fallo respectivo, disponiendo la cesación de procedimiento por muerte en favor de JAIME EDUARDO RUEDA ROCHA, y absolución para LUIS ALBERTO HERNANDEZ TOLOZA por los cargos de empleo y utilización de sustancias u objetos peligrosos.

Del grado jurisdiccional de la consulta conocería el Tribunal Nacional mediante sentencia del primero de septiembre de 1993, dentro de la cual dispuso confirmar lo relacionado con la Cesación de Procedimiento por muerte del procesado JAIME EDUARDO RUEDA ROCHA, y revocar la absolución de LUIS ALBERTO HERNANDEZ TOLOZA a quien impuso la pena principal de doce años de prisión y multa de diez salarios mínimos legales, en su condición de autor responsable del punible de empleo y utilización de sustancias u objetos peligrosos, determinación esta última sometida ahora por la defensa al recurso extraordinario de casación.

L A D E M A N D A:

Al amparo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal formula el casacionista dos cargos en contra de la sentencia de segunda instancia, acusando en el primero bajo cuatro motivos diferentes la nulidad del proceso, y en el segundo, mediante invocación de la causal primera, la ocurrencia de una violación indirecta de la ley por error de hecho originado en un falso juicio de identidad.

En desarrollo de la causal tercera, el primer motivo de nulidad se hace consistir en que en el auto por medio del cual el Juzgado Séptimo de Orden Público ordenó el traslado para concepto de fondo por parte del Fiscal, la fecha se halla enmendada respecto del día (veintiuno), al igual que la fecha de notificación al Ministerio Público. De otra parte, la notificación por estado de la mencionada providencia fechada el 27 de diciembre de 1990 aparece con una firma de Secretario del Juzgado que en su sentir no corresponde con la usualmente estampada por la secretaria de ese Despacho. Como normas violadas cita el inciso cuarto del artículo 155 del Decreto 050 de 1987, y el numeral segundo artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, solicitando que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de esa actuación.

La segunda forma de nulidad consiste a juicio del censor en que el citado auto, pese a haber sido notificado al Ministerio Público, no lo fué al procesado quien se encontraba privado de su libertad por cuenta del Juzgado Décimo de Orden Público, vulnerándose con ello lo dispuesto en los artículos 46 del Decreto 180 de 1988, 9o. del Decreto 1861 de 1989, 184 del Decreto 050 de 1987 y los numerales 2o. y 3o. del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, afectando el debido proceso y el derecho de defensa, por lo que se debe decretar la nulidad a partir de la fecha de la notificación por estado.

Como tercer motivo de nulidad se aduce que el susodicho auto no cumplió con los términos de ejecutoria, por lo que la Fiscalía de Orden Público se abstuvo de conceptuar de fondo, anotando que faltaba la vinculación al proceso de otras personas. De tal manera surge la nulidad prevista en el artículo 26 de la anterior Carta Política, debiendo tener en cuenta que el Juzgado Séptimo de Orden Público pese a reconocer la irregularidad se abstuvo de anular el auto de traslado, optando porque el proceso permaneciera en secretaría el término de 3 días, pero sin responder los otros reclamos del Ministerio Público.

Con lo anterior se desobedecieron las previsiones del artículo 46 del Decreto 180 de 1988 que establecía el traslado para alegar solo cuando la investigación estuviera perfeccionada, incurriéndose en atentado en contra del debido proceso.

Afirma que con el tránsito de legislación, a la vigencia del Decreto 2790 de 1990 se modificaron el procedimiento y la Jurisdicción de Orden Público, estructurándose el proceso en dos etapas, una de sumario y otra de juicio a cargo de diferentes funcionarios, y sin embargo, el funcionario de instrucción, invocando el numeral 1o. del artículo 1o. del Decreto 390 de 1991 remitió el expediente a la sección jurisdiccional, estimando que el auto de Enero 11 de 1990 se hallaba ejecutoriado, lo cual no era cierto. Por esta razón la Secretaría de la referida sección dispuso que el término empezara a correr a partir del 27 de mayo de 1992.

Al no ser notificado el proveído se da la violación de los artículos 12 del Decreto 1861 de 1989 y 196 del Decreto 050 de 1987, ya que los sujetos procesales no pudieron ejercer el derecho de impugnación, y con ello se constituye un quebrantamiento al derecho de defensa y al debido proceso.

Como si lo señalado no fuera suficiente, la Secretaría de la Sección Jurisdiccional dispuso el 29 de mayo de 1992 el envío del expediente al reparto de los Jueces del conocimiento sin esperar que la providencia alcanzara ejecutoria, por lo que solicita se decrete la nulidad de lo actuado a partir del 29 de mayo de 1992.

El cuarto motivo de nulidad se hace recaer en que si bien el presente proceso se inició en vigencia de los artículos 46 del Decreto 180 de 1989 y 30. del Decreto 0344 de 1989, tales disposiciones no fueron adoptadas como legislación permanente, y por lo mismo se debía aplicar con motivo de la entrada en vigencia de la nueva Constitución lo consagrado en el numeral 1o. y el artículo 13 del Decreto 2790 de 1990 y el mismo artículo del Decreto 390 de 1991.

Al expedirse el Decreto 2700 de 1991 se radicó la investigación y calificación en cabeza de la Fiscalía. Como quiera que en ese momento el proceso se encontraba en traslado al Fiscal para concepto, el funcionario decidió remitirlo al Juez de Orden Público, pero lo adecuado era su envío a los Fiscales Regionales.

Como el Juzgado de conocimiento invocó los Decretos 0344 de 1989 y 390 de 1991 y continuó con el trámite del proceso, con ello dió lugar a una inconstitucionalidad sobreviniente, la que en su momento invocó el Fiscal Regional, todo lo cual conlleva a que en el presente caso ni siquiera se cuente con una medida de aseguramiento que sirva de base para formular la acusación.

El proceso, en esas condiciones, llegó con sentencia absolutoria a la segunda instancia para surtir el grado jurisdiccional de la consulta, y sin que existiera acusación -ya se ha dicho que ni siquiera medida asegurativa-, el Tribunal decidió revocarla para imponerle sentencia de condena al imputado con clara

violación al derecho de defensa. Tampoco el Juez Regional era el competente para conocer del trámite del proceso sin que previamente la Fiscalía Regional hubiera surtido el trámite de ley, con lo cual se violentaron los artículos 234, 250 y 252 de la Constitución y los ordinales 1o., 2o. y 3o. del Artículo 304 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991).

Con asidero en lo anterior impetra la nulidad de lo actuado, pero esta vez a partir del auto que ordenó correr traslado a las partes para alegación de fondo.

El segundo cargo de la demanda se refiere a la causal primera de casación, vía indirecta, acusando la existencia de un error de hecho por falso juicio de identidad, dado que el Tribunal Nacional fundamentó la inculpación mediante la distorsión que hiciera del dicho de los testigos José Orlando y Enrique Chávez, al aseverar que estos señalaron a HERNANDEZ TOLOZA como la persona que intervino en el montaje del artefacto explosivo, sumando que era experto en la materia y miembro de la Unidad anti-explosivos del Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

De las declaraciones de estos deponentes, dice el casacionista, se desprende la incriminación concreta de que RUEDA ROCHA y LUIS ALBERTO HERNANDEZ TOLOZA colocaron el carro-bomba, pero no que el último de los nombrados hubiera efectuado el montaje o la instalación del artefacto explosivo. Solo que esa acusación fue desvirtuada con la prueba documental y testimonial obrante en el expediente, la cual apunta a demostrar que el procesado señor HERNANDEZ el día de la ocurrencia de los hechos no se encontraba en Bogotá, y por lo tanto no pudo ser integrante del grupo que colocó el carro-bomba. De otra parte, el a-quo había señalado que la inculpación hecha de haber participado en la preparación de los carros bomba, no había sido demostrada.

Los testigos tampoco manifestaron haber visto o constatado que HERNANDEZ TOLOZA hubiera montado o instalado el artefacto explosivo en el furgón llevado a la estación de servicio, como lo señalara la sentencia. Por el contrario, Enrique Chávez dijo que JAIME EDUARDO RUEDA ROCHA le había comentado a Nubia que todavía le olían las manos a pólvora y que a lo mejor se había pasado todo el día armando el furgón (Fl.283 cuaderno uno), lo que indica que la imputación la hizo fue en contra de este individuo y no del condenado.

La mención que se hiciera atribuyendo a HERNANDEZ ser un conocedor sobre el manejo de los explosivos, de ninguna manera puede entenderse como lo hace el Tribunalteniéndolo como un experto en la materia por ser miembro del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, ya que esa condición solo se logra mediante la realización de estudios especializados en una Institución Policial.

Con lo expuesto considera el censor probado el cargo que enuncia, y como consecuencia solicita se case la sentencia para que en su lugar se absuelva a LUIS ALBERTO HERNANDEZ TOLOZA frente a la infracción que se le imputa.

C O N C E P T O D E L M I N I S T E R I O P U B L I C O:

La Procuraduría Primera Delegada en lo Penal descalifica el inicial aspecto del primer cargo formulado, pues la tacha se refiere a elementos formales que no afectan el fondo de la actuación, como que el número 21 que corresponde a la fecha del veintiuno de diciembre colocada en el auto de traslado para alegar de fondo, o el 6 del día veintiséis en que se notifica al Ministerio Público aparezcan enmendados, que el sello de notificación tuviera una tinta diferente a la utilizada en el juzgado, o que la firma estampada para notificar por estado no correspondiera a la utilizada por la secretaria no constituyen aspectos trascendentes; pues ni el repisado de la máquina, ni la firma que no

fuera desconocida en su momento procesal, pueden ser constitutivos de irregularidad sustancial capaz de afectar el debido proceso.

Con relación al segundo motivo de nulidad resta nuevamente razón al recurrente, ya que el sistema de los decretos de estado de sitio no contemplaba una regla específica para el evento, ni un preciso cierre de investigación, pues de manera directa se pasaba al juzgamiento, sin la celebración de audiencia pública, debiendo enseguida producirse la sentencia. El procedimiento era especialísimo, y por lo tanto no susceptible de un examen de legalidad a partir de las normas del procedimiento ordinario -artículos 184 y 472 del Código de Procedimiento Penal citados por el actor-.

Tampoco existía regla especial que señalara la forma de notificación personal al implicado privado de libertad -artículo 46 del Decreto 180 de 1988-, y para el perfeccionamiento de la investigación apenas se fijaba el transcurso de 30 días contados a partir de la denuncia, o del informe del hecho punible. Es decir, que se trataba de un sistema en donde no existía cierre de investigación, ni calificación del proceso, ni traslado para ello, sino apenas la oportunidad de un alegato previo a la sentencia por el término de 72 horas, como única oportunidad de discutir las materias atinentes al proceso y al procesado frente al juez. Con el decreto 344.3 ese término fue ampliado a ocho días para cada uno de los sujetos procesales.

El alegato de pre-sentencia (que no de calificación sumarial), era considerado obligatorio, siendo esa la razón para que se hubiera intentado con el defensor durante un tiempo considerable, (folios 310 a 331), hasta obtener finalmente su presentación por parte del profesional que ahora cumple idéntica misión,

obteniendo en aquella oportunidad el éxito de la gestión en la medida en que al procesado se le absolvió por el juez de primera instancia.

Con lo anterior concluye la Delegada desvirtuando la propuesta relacionada con la vulneración al derecho de defensa y las pretermisiones al debido proceso.

La nulidad invocada no es de recibo, continua, pues si con la notificación personal se buscaba el enteramiento para que se pudieran presentar alegatos, esa finalidad se cumplió y de manera efectiva. De aceptar el planteamiento propuesto en contrario, ello desfavorecería al procesado, como que retrotraería lo actuado a un momento anterior a la absolución, dejándola sin efecto procesal.

Sobre el tercer motivo de nulidad, en el que el accionante arguye la falta de ejecutoria del auto que ordenó el traslado para alegar advierte que no era una condición establecida en los decretos 180 de 1988 y 344 de 1989, y por lo tanto no se trataba de un hecho exigible. Pero si aún lo fuera, es evidente que la actuación sobrepasó con creces el término de los 3 días al que hace alusión el recurrente, en primer lugar al atenderse la manifestación que sobre el punto hiciera el Fiscal, y luego, porque el traslado efectivo se vino a cumplir varios años después, el 14 de junio de 1992, con lo cual estaría subsanado el vicio aducido, razones que considera suficientes para pregonar que el cargo no puede prosperar.

En relación con el cuarto motivo de nulidad, la Delegada estima que su proposición implica un error serio en materia de casación,

“visto que el recurrente al admitir que el procedimiento seguido se hallaba en el artículo 1o. del Decreto 390 de 1991, estima que dicha disposición devino inconstitucional por la expedición de la nueva carta constitucional de Colombia,

que creó la Fiscalía General de la Nación. Con lo que termina por pedir a la Sala que previamente se declare la inconstitucionalidad de las reglas legales que han servido de base al proceso penal, ya que en tal evento se trataría de una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, luego de lo cual sobrevendría la anulación procesal por incompetencia.

Es contradictorio el tema, ya que admitida la existencia de las normas legales reguladoras del procedimiento, se afirma que ellas son inconstitucionales, con lo que primeramente se acepta la legalidad del trámite seguido en el caso, en tanto que en la segunda afirmación se niega la constitucionalidad del mismo. Pero lo único claro será que a través del recurso de casación no puede pretenderse una declaratoria de inexecutable, si miramos que la Sala ya no es el juez de constitucionalidad de la ley, en forma general. Y si se quiere caer en la posibilidad de declarar la inaplicación de la norma legal utilizada en el caso concreto, se dirá que el camino no es el recurso de casación sino otra vía distinta.”

Para la Delegada entonces, no existe vicio de nulidad por inconstitucionalidad sobreviniente, por lo que solicita no acoger la pretensión del impugnante.

La respuesta del Procurador al segundo cargo de la demanda califica la propuesta del error de hecho por distorsión de la prueba testimonial como intrascendente, pues si de acuerdo al contenido del fallo se acepta que la prueba es indicativa de que HERNANDEZ TOLOZA con otros individuos colocó el carro-bomba, ello constituye motivo suficiente para que en su contra se emita el fallo de condena, pues para estos fines tanto se considera autor quien armó mecánicamente el explosivo, como a aquél que lo colocó en el sitio previsto para que explotara. Ello evidencia una distribución de tareas en un comportamiento complejo, donde lo circunstancial de la actividad desplegada por cada uno de los relacionados funcionalmente con el

hecho punible no puede desvirtuar la condición de autor del delito, y por lo mismo, tampoco sirve para cambiar la condena penal. En esas condiciones la Delegada es partidaria de que el segundo cargo también se desestime, sugiriéndole a la Corte que no case la sentencia impugnada.

C O N S I D E R A C I O N E S D E L A C O R T E:

Es de observar primeramente que una vez enterado sobre la admisión formal de la demanda de casación, el procesado hizo llegar directamente un escrito mediante el cual pregonaba su inocencia y como consecuencia de una decisión favorable reclamaba la restitución de su libertad. Dicha solicitud no puede conllevar a otra opción distinta de su sola referencia, en cuanto la casación solo autoriza responder a una formal demanda ceñida a las exigencias técnicas y rituarías que precisa el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, y presentada mediante abogado, lo que conjuga dos clases de motivos inhibitorios para una decisión de fondo, pues el artículo 222 del Código Penal proscribe al procesado sustentar el recurso, salvo que sea abogado inscrito, y la informalidad de su pedido resulta incompatible con la naturaleza y técnica del recurso extraordinario.

Entrando, entonces, al análisis de la demanda admitida, y siguiendo el mismo orden de planteamientos que en ella se concreta, se ha de responder prioritariamente el tema de la nulidad bajo las diferentes causas que al respecto se proponen:

1.- Llevando la atención al folio 250 frente y vuelto del segundo cuaderno de actuación, trae el actor como primer motivo de invalidación de lo actuado un repisado que sin dificultad se observa sobre la anotación del día (veintiuno) de diciembre de 1990 en que se firma el auto mediante el cual dispuso el Juzgado Séptimo

de Orden Público se corriera traslado para presentación de alegaciones, y en el fechador del día 26 del mismo mes y año impreso en la constancia de imposición de su contenido al Ministerio Público. También porque en la anotación sobre el estado fijado para complementar aquel enteramiento, la firma del secretario no se le parece a la que era usual de ese empleado.

Sin que el actor indique cual puede ser en cada uno de estos casos ni el motivo ni la causal de nulidad que corresponde, resulta de imposible acogida la existencia de una informalidad de esta índole como motivo que baste a la anulación de lo actuado, si en ningún momento de la actuación se cuestionó que alguno de aquellos repisados o la abreviación de la firma hubiesen dificultado las labores defensivas, o entorpecido de modo sustancial el trámite correspondiente.

Olvida el libelista que es requisito de la informalidad para que ella motive la invalidación de lo actuado su sustancialidad y trascendencia, aspectos que por ninguna parte asoman en la actuación cumplida en el proceso, pues además de quedar ya resaltada la extrema dilación que tuvo el cumplimiento del rito impuesto en aquella providencia lo que le dió la más amplia posibilidad de controversia, es de observar que las finalidades que con ese auto y su notificación se perseguían lograron en su integridad su cometido, y ello conlleva a un motivo más para desatender la petición que se formula, pues no tendrá lugar la nulidad cuando el acto que se reprocha informal cumplió los fines para los cuales se encontraba legalmente previsto, en este caso alertar sobre la próxima expedición de la sentencia, y conceder la ocasión de alegar previo su pronunciamiento.

2. Aludiendo de nuevo al invocado auto de traslado se duele el casacionista porque esa decisión no se le impuso personalmente al procesado LUIS ALBERTO HERNANDEZ, quien por entonces se hallaba detenido, lo que a su juicio redundaba en una violación del debido proceso y el derecho de defensa.

Lo primero que al respecto la Sala debe contestar porque ello se ciñe de modo cabal con el proceso, es que LUIS ALBERTO HERNANDEZ TOLOZA jamás estuvo privado de la libertad por cuenta de éstas diligencias, porque una vez oído en injurada su situación jurídica provisional se definió de modo favorable, al punto de que se le impuso mas bien la carga de comparecer cuando el funcionario lo requiriera.

Pero ni aún admitiendo que en su contra seguía otra actuación y que por ella se le sometía a encarcelamiento podrá acogerse el desconocimiento de su invocado derecho de defensa, pues si se busca una razón que haya mediado en la prolongada dilación del fallo, ella se encuentra precisamente en la insistencia de los funcionarios consecutivamente competentes, para lograr que el defensor de confianza del procesado hiciera presentación de alegaciones como exigencia previa a la culminación de esa primera instancia, lapso que discurrió entre el mes de diciembre de 1990 y el 16 de marzo de 1993 en que finalmente se allegó el escrito pertinente, lo que a las claras muestra que esa parte procesal estuvo debida y oportunamente representada, y que en su favor se hicieron las exitosas alegaciones previstas en el auto que se reclama ignorado, dado que el fallo de primer grado las acogió impartiendo sentencia absolutoria. Lo anterior lleva de nuevo a colegir que ningún provecho se alcanzaría con invalidar una actuación que en su momento cumplió los objetivos para los cuales se hallaba legalmente dispuesta.

3.- Tampoco el tercer cargo de nulidad se aparta en su crítica del invocado auto de diciembre 21 de 1990, solo que en él desdobra el censor la acusación en dos aspectos, uno que apunta a su falta de ejecutoria, lo que habría perjudicado la intervención del Fiscal, y otro que se remonta a los presupuestos legales para su expedición, porque la norma aplicable exigía que la instrucción se hallase ya completa, mientras que el Ministerio Público advertía de las muchas pruebas que estaban aún pendientes.

De la primera observación ha de decirse que ya desde el folio 250 v. del segundo cuaderno de originales se desprendía que la notificación íntegra de la providencia se había cumplido -personal y por estado- desde el mes de diciembre de 1990, con la insistencia de que no existían procesados detenidos por cuenta de este proceso, de modo que si el traslado se corrió en principio en el mes de octubre de 1992 -ya fallecido el co-procesado señor RUEDA ROCHA- el lapso de ejecutoria había transcurrido con amplitud, y además brindado la oportunidad efectiva para que en sus traslados hicieran los sujetos procesales las objeciones que sobre ese respecto hallaran pertinentes.

Sobre el segundo aspecto es de notar que no basta con alegar en casación la no práctica de pruebas para que la nulidad pueda hallar cabida, sino que es preciso indicar cuales fueron los medios esenciales cuya práctica llegó a omitirse y acreditar de qué manera su aporte hubiera variado el sentido de la decisión optada, aspectos sobre los cuales el censor guarda silencio, sin que a la Corte le corresponda subsanar tal deficiencia, ni encuentre de su propia iniciativa que la razón esté del lado del casacionista, pues al proceso se allegaron medios que acreditaban la existencia plena de la infracción, y además versiones testimoniales y documentos de amplio valor indiciario -v.gr.: la actuación administrativa que desvinculó definitivamente a HERNANDEZ de la Policía-, sobre los cuales podía deducirse la eventual culpabilidad del procesado.

Pero si la defensa se refiere a pruebas que hubieran permitido la vinculación y enjuiciamiento de otros autores o partícipes, procede contestar que siendo la responsabilidad penal individual, nada obstaba para que a pesar de la convocatoria a fallo pudieran expedirse copias de lo pertinente para indagar aparte lo que correspondiera a la identificación y sanción de otros culpables.

4.-Como en el último cargo de nulidad la alegación

concreta sus reparos sobre la competencia y el procedimiento aplicable, tomando particularmente en cuenta el tránsito de normas constitucionales y legales para demandar una declaratoria de nulidad sobreviniente, y objetar que se falló sin que mediara una resolución de acusación o su equivalente, comenzará la Sala por rememorar las normas de excepción que regularon el trámite inicial del proceso para seguir de allí con la cotejación entre lo actuado y los preceptos que progresivamente se fueron adoptando, en orden a alcanzar la decisión que resulta pertinente:

Para la época de ocurrencia de los hechos aquí investigados (septiembre 2 de 1989) como de expedición del auto de apertura de la instrucción (3 de noviembre de 1989), regían los Decretos 180 y 181 de 1988, disponiendo el primero en el Título II artículo 46 que una vez perfeccionada la investigación, debía darse de ella traslado para concepto de fondo al fiscal por el término de 72 horas y al defensor para sus alegatos, y luego, dentro de los 10 días siguientes proferirse el fallo respectivo.

La regla anterior fue reiterada en el artículo 7o. del Decreto 181 de enero 27 de 1988, ampliándose mediante Decreto 0344 de febrero 15 de 1989 -artículo 3o- el término de alegación a 8 días.

Al aquí implicado se le oyó en indagatoria el 23 de noviembre de 1989 y su situación provisional le fue resuelta por el Juzgado Séptimo de Orden Público mediante interlocutorio de diciembre 14 del mismo año, absteniéndose de proferir en su contra medida de aseguramiento, decisión que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Orden Público en la suya de abril 25 de 1990.

Al folio 250 del cuaderno número 2 se agrega informe secretarial del 19 de diciembre de 1990, donde se avisa al funcionario que el término de instrucción se halla vencido, y a continuación, con fecha de diciembre 21 se dispone

correr traslado a las partes por el término de 8 días para alegar de fondo, primero al Agente del Ministerio Público y luego a las demás, invocando el artículo 3o. del Decreto 344 de 1.989.

Recibido el expediente en la Fiscalía Cuarta de Orden Público, esta mediante escrito de enero 10 de 1991 se abstuvo de emitir concepto, argumentando que si el auto se había notificado por estado el 27 de diciembre de 1990, y el expediente se había remitido al día siguiente, no se cumplía aún el término de ejecutoria. Además agregaría allí que en su sentir faltaba vincular aún al proceso a un sin número de personas.

El Juzgado, en principio, aceptó en parte los razonamientos del Ministerio público, y el 11 de enero de 1991 (aunque la providencia anota equivocadamente el año de 1990), dispuso que el expediente permaneciera en la Secretaría el término de tres días. No obstante, anticipándose a la vigencia del Decreto 2790 de 1990 que la tenía prevista a partir del 16 de enero de 1991 (artículo 102) el mismo día profirió un nuevo auto ordenando la remisión del expediente a la Seccional de Orden Público en obediencia de lo regulado en el artículo 13-1 de ese nuevo ordenamiento, según el cual:

“Los procesos en que se haya proferido auto de citación para audiencia o el que dispone el traslado al Ministerio Público para el concepto de fondo, (La Seccional) los distribuirá entre los Jueces de Conocimiento de Orden Público, para que estos continúen el trámite con el mismo procedimiento con que se venían adelantando. Si no estuviere ejecutoriado el auto el expediente se dejará en la Sección Jurisdiccional, hasta cuando ésta se produzca.

Tratándose, pues, de una actuación cumplida con arreglo a la constitución y leyes vigentes a la época de su aplicación, y además de unos decretos

que revisados por mandato expreso de aquella Carta Política habían sido declarados ajustados a los preceptos superiores, ningún motivo podía asomar para su invalidación como parecería insinuarlo el casacionista, ni siquiera frente a la expedición del Decreto 390 de febrero 8 de 1991 que imponía seguir el trámite del juicio que indicaba el Decreto 2790 de 1990, porque lo aquí previsto era precisamente el sucedáneo de la vista pública, como preludio de la expedición del fallo de instancia.

No obstante, como la actuación no concluía y entre tanto cobró vigencia la nueva Carta Constitucional, en esta se prorrogó la vigencia de los Decretos dictados bajo el estado de sitio hasta que se definiera su adopción como legislación permanente o su improbación por la Comisión Especial, y finalmente vendría su acogimiento parcial, que para el caso tampoco afectó de modo esencial un trámite para ese entonces puesto ya en la antesala de la sentencia.

Integrando, no obstante, el rito pendiente, con la nueva codificación procesal penal, previó el juzgado del conocimiento que en las alegaciones interviniera la Fiscalía y en consecuencia adicionó el traslado a su Delegado, quien para recorrerlo hizo presente la dificultad de su intervención cuando en el plenario no aparecía una resolución de acusación ni un equivalente que le permitiera sustentar una imputación en contra del procesado HERNANDEZ TOLOSA, por cuya absolución se pronunció en consecuencia.

Hizo el juzgador caso omiso de tan precisa advertencia, y valorando las pruebas profirió el fallo absolutorio, que por la vía de la consulta revocó el Tribunal de Orden Público al proferir la sentencia condenatoria que se hace ahora objeto de impugnación extraordinaria.

En estas claras condiciones, cobra entonces relevancia la inconformidad que así haya sido de modo indirecto plantea la demanda, en cuanto no

es precisamente del tránsito de normas superiores y legales de donde emerge una distorsión clara del debido proceso, sino de la incipiente aplicación al menos de las normas de los Decretos 180 de 1988 y 344 de 1989, pues la sentencia adversa se profirió sin haberle concretado al acusado los cargos ni las pruebas sobre los cuales se infería su culpabilidad, valga decir que sin darle la oportunidad mínima de defenderse ni, por lo mismo, de hacer correspondiente una sentencia con esa acusación inexistente.

Para ilustrar mejor la trascendencia del yerro cometido y tras poner de relieve una vez más que en contra del procesado LUIS ALBERTO HERNANDEZ TOLOSA jamás se profirió medida de aseguramiento ni resolución de acusación o sus equivalentes, conviene recordar lo que al respecto advirtió la Sala en casación del 7 de junio de 1991 al referirse a la naturaleza del trámite previsto en las citadas normas de excepción:

“I. El Gobierno Nacional, a través de la declaratoria del Estado de Sitio en todo el territorio de la República, promulgó el Decreto 180 de 1988, destinado a conjurar las actividades de grupos dedicados al terrorismo y al narcotráfico. Su violento ataque a las instituciones implicaba una respuesta de igual magnitud. Simplificar las formas jurídicas, tipificar o agravar las conductas desestabilizadoras de orden democrático e instaurar un procedimiento ágil que neutralizara el peligro con prontitud, fueron las razones primordiales para la expedición de estatuto llamado con razón de Defensa de la Democracia, o simplemente, Antiterrorista.

II. Sin embargo, ello no podía significar el desquiciamiento del orden jurídico que sostiene el estado de derecho. Sus principios, si bien fueron adaptados a las especiales circunstancias en las que se desarrollaba el desafío criminal, debían ser preservadas. Por ello, aunque se eliminaron etapas probatorias de procedimiento ordinario y se redujeron términos y oportunidades para ejercitar la defensa del acriminado, la brevedad no podía sustraerse a los principios constitucionales que

salvaguardian la protección de quienes resulten sometidos a un proceso penal.

III. Uno de tales mandamientos es el debido proceso, formulado en el artículo 26 de la Carta y desarrollado tanto en los ordenamientos punitivos como en los procedimentales. Merced a él se han edificado un conjunto de garantías que le permiten un tránsito justo y equitativo, durante la investigación penal y su juzgamiento, a los implicados en el proceso. El derecho a la defensa es una de ellas, entendiéndose por tal, la oportunidad plena y permanente de responder a los cargos esgrimidos por el Estado, con miras a lograr un resultado acorde con la realidad procesal.

IV. Resulta claro, entonces, que para no hacer nugatorio este derecho, el acriminado ha de conocer con la suficiente anticipación los reparos elevados en su contra. Solo así los podrá responder en debida forma, planear la estrategia defensiva adecuada a sus intereses y ejercitar los diferentes mecanismos previstos por la ley para tal fin; los recursos, la petición de pruebas, la controversia de las practicadas, ampliaciones a su injurada, etc., son algunos de ellos. Estas, las razones para que el procedimiento ordinario instaurara lo que en el pasado se conoció como pliego de cargos o auto de proceder y que en la actual sistemática se le denomina resolución de acusación. En dicho pronunciamiento de fondo se precisan, aunque de manera genérica, los delitos por los cuales ha de responder en el juicio que se avecina.

V. La agilidad perseguida por el Decreto 180 en comento implicó la desaparición de este interlocutorio acusador. Aquí la finalización del término investigativo implicaba el inmediato proferimiento de la sentencia, luego del traslado a las partes para los alegatos respectivos. Podría pensarse en la orfandad del derecho de defensa, pues vistas así las cosas, no cabría la posibilidad de prever el reproche sobre el cual se basaría el fallo del juez. No obstante, la existencia anterior del auto definitorio de la situación jurídica llenaba la carencia. En efecto, tratándose de un interlocutorio sujeto a los recursos de ley, en donde se hace una calificación provisional de los hechos materia de la investigación, su

presencia le daba la oportunidad al indagado de establecer el alcance de las imputaciones y defenderse en consecuencia. Tal, la razón para asimilarlo con largueza a una resolución de acusación.

Así las cosas, adviene indiscutible que, salvo la práctica posterior de pruebas que permitan establecer una imputación diferente, el juez ha de ceñirse a los cargos plasmados en el auto en comento, para dictar la sentencia de rigor. Ignorar esta preceptiva con la formulación de reproches desconocidos, sin respaldo alguno, implica sorprender al reo, quien se ve impedido para ejercitar su derecho a la réplica. De otra parte, abrirle el paso franco al absolutismo legal, distante de nuestra tradición democrática. La ley es el instrumento para edificar la justicia, no el marco totalitario que impone la estrechez de su ejecutor ocasional.”

Pues bien, si al procesado señor HERNANDEZ TOLOZA se le había advertido que pese a existir mérito para vincularlo al proceso, no se tenían las pruebas suficientes para imponerle una medida de aseguramiento, es claro que bajo esa perspectiva no se le precisaron cargos que le dieran la oportunidad de defenderse, ni se le concretaron pruebas en su contra frente a las cuales pudiera haber intentado controversia. El fallo, en tales términos, constituyó un sorprendimiento, y ante todo una actuación carente de los presupuestos esenciales que permitieran siquiera definir aquella situación de fondo con una absolución o una condena, porque en ausencia de un cargo claro, fundado y preciso, por sustracción de materia le era imposible a la Fiscalía sostener una acusación ante el funcionario del conocimiento según certeramente lo hizo ver el delegado que intervino en las alegaciones, ni, por lo mismo, intentar debidamente una defensa.

La falla estructural del debido proceso que en estos términos queda al descubierto, hace forzosa la prosperidad de la demanda que a nombre del procesado formula la defensa a partir, inclusive, del auto de diciembre 21 de 1990

ampliamente reseñado, sin que por ello se haga necesario entrar a analizar el cargo segundo referido a una violación indirecta de la ley, como tampoco se habilite modificar la decisión de cesar procedimiento respecto del vinculado JAIME EDUARDO RUEDA ROCHA, que no podía ser ni había sido objeto de la impugnación extraordinaria, ni en modo alguno se podía afectar con la invalidación que se anuncia.

Como consecuencia de la casación cobrará vigencia el auto mediante el cual se definió favorablemente la situación provisional del procesado HERNANDEZ TOLOSA quien no aparece formalmente puesto por la autoridad que le seguía el anterior proceso a órdenes de éste, lo que induce a informarla de lo pertinente lo mismo que a las autoridades carcelarias y a toda aquella a la que se enteró el sentido del fallo de segunda instancia conminando su captura, a fin de dejarla sin valor.

Por último, corresponde aclarar que tampoco es consecuente el fallo de segundo grado al criticar severamente la negligente labor de instrucción cumplida, pero omitir la adopción de una decisión que condujera a los correctivos disciplinarios adecuados, lo que tendrá que llevar, junto a la orden de reposición del trámite viciado, a la expedición de las copias pertinentes con destino al Consejo Seccional de la Judicatura -Sala Disciplinaria- de Bogotá y Cundinamarca.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CASAR el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Nacional el 10. de septiembre de 1993 e impugnado a nombre del implicado

LUIS ALBERTO HERNANDEZ TOLOZA, y como consecuencia decretar la nulidad de lo actuado en la presente causa, a partir, inclusive, del auto de diciembre 21 de 1990, mediante el cual se corrió traslado para alegaciones,

SEGUNDO: Ordenar la reposición de lo viciado, con arreglo a derecho, para cuyo efecto se remitirán las diligencias al conocimiento de los señores Fiscales Regionales para lo de su cargo.

TERCERO: Comunicar la presente providencia a las autoridades de conocimiento a cuyo cargo ha permanecido privado de su libertad el procesado LUIS ALBERTO HERNANDEZ TOLOZA, lo mismo que a las carcelarias encargadas de su custodia y a las policivas destinatarias de su aprehensión, advirtiéndole que por razón de estas diligencias no existe medida privativa de su libertad, quedando sin valor ni efecto la orden de captura librada por el Tribunal Nacional, y

CUARTO: Disponer la expedición de las copias a que se hace referencia en la parte considerativa.

QUINTO: Queda inmodificada la decisión que en primera y en segunda instancia dispuso la cesación de procedimiento por muerte del procesado JAIME EDUARDO RUEDA ROCHA.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

CARLOS MEJIA ESCOBAR DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria