

Proceso N° 10599

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 162

Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil uno (2001).

VISTOS

La Sala resuelve el recurso de casación interpuesto en pro de LUIS HERNANDO ORTEGÓN GÓMEZ, respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que ratificó la condena que le fuera impuesta en primera instancia por el delito de homicidio agravado.

HECHOS

Aproximadamente a las ocho de la noche del día 11 de agosto de 1990, cerca al Parque El Libertador de la ciudad de El Espinal (Tolima), el señor ÁLVARO TRUJILLO HERNÁNDEZ fue herido con arma cortopunzante que le produjo la muerte, con ocasión del reclamo que formuló a sus agresores, LUIS HERNANDO ORTEGÓN GÓMEZ y ARMANDO CASTRO SÁNCHEZ, por haberle hurtado su billetera.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. La indagación preliminar fue iniciada por el Juzgado Diecinueve de Instrucción

Criminal de El Espinal, pero luego fue conocida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de la misma localidad, en atención a que se vinculó al menor ARMANDO CASTRO SÁNCHEZ, a quien se resolvió de manera definitiva su situación jurídica el 30 de abril de 1992 con medida de ubicación institucional con régimen cerrado definitivo hasta que cumpliera 21 años, y se ordenó compulsar copias para que se investigara la posible participación del señor HERNANDO N. alias Chicote.

2. La Fiscalía Treinta de El Espinal avocó conocimiento y el 13 de agosto de 1993 profirió resolución de apertura de la instrucción. El señor LUIS HERNANDO ORTEGÓN GÓMEZ fue capturado el día 30 del mismo mes y se le escuchó en indagatoria al día siguiente; para tal diligencia se le designó como apoderada a la señora Blanca Nieves García Corrales, ciudadana honorable, porque el imputado dijo que no tenía un profesional para que lo acompañara, y “por no haberse encontrado en el momento un abogado titulado que pudiera desempeñar el cargo”.

3. El 6 de septiembre de 1993 se le resolvió la situación jurídica con medida detentiva, como presunto autor de los delitos de homicidio y hurto calificado y agravado; ésta decisión fue notificada personalmente al señor ORTEGÓN GÓMEZ y al Ministerio Público y por estado.

4. El 16 de septiembre de 1993 el procesado designó defensor -perteneciente a la División de Defensoría Pública-, este presentó el poder, fue reconocido y al día siguiente tomó posesión.

5. El 6 de octubre de 1993 la fiscalía cerró la investigación y el auto correspondiente fue notificado, entre otros, al defensor, en forma personal.

6. El 7 de octubre de 1993, el sindicado pidió “vista del expediente” para enterarse del estado actual del proceso, de las pruebas que existían en su favor y en su contra. Y agregó: “Estos datos los necesito para efectos de atender mi defensa por intermedio

de mi abogado defensor” (negrillas de la Corte).

7. El 2 de noviembre de 1993 fue calificado el mérito del sumario con resolución acusatoria, por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado. Librado telegrama al defensor el día siguiente para efectos de la notificación, compareció el 4 de noviembre y se enteró personalmente del pliego.

8. El apoderado interpuso recurso de apelación pero luego de repetir el acto de enterramiento a las partes debido al tránsito de legislación -Ley 81 de 1993-, la fiscalía declaró desierto el mismo por ausencia de sustentación.

9. El juicio fue adelantado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de El Espinal, que ordenó correr el traslado del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal el 10 de diciembre de 1993; esta decisión fue notificada personalmente al señor LUIS HERNANDO ORTEGÓN GÓMEZ, al Ministerio Público y al Fiscal 30; al defensor se le envió telegrama y hubo notificación por estado.

10. El 16 de noviembre de 1993 el procesado pidió la práctica de pruebas, el juzgado le admitió dos -testimonios- y le negó otras dos -un reconocimiento y un careo-, a la vez que dispuso unas de oficio.

11. El 13 de enero de 1994, el sindicado hizo llegar al juzgado otro memorial, en el cual, además de pedir pruebas, dijo que no tenía abogado.

14. Se fijó luego fecha para celebrar audiencia pública, 5 de mayo de 1994. El 25 de abril del mismo año, sin embargo, el fiscal pidió otra data para tal diligencia, con base en que el mismo 5 de mayo tenía diligencia en otro despacho. El juzgado no dijo nada sobre ello y sin embargo hizo constar, el día establecido, que no se podía adelantar la audiencia porque el defensor no había asistido, acto al cual concurrió el fiscal que había pedido el aplazamiento.

15. Se determinó otra fecha: el 9 de junio de 1994, pero no fue posible iniciar el debate porque el defensor no se hizo presente.

16. El 10 de junio de 1994, el procesado solicitó nueva “vista del expediente” que le fue concedida.

17. El 29 de junio, mediante despacho comisorio a Bogotá se empapó al defensor de la nueva fecha para audiencia, con las explicaciones que le exigía el juzgado de El Espinal. No obstante, tampoco compareció el 12 de julio.

18. Ante la inasistencia de su apoderado a la audiencia, ORTEGÓN GÓMEZ le revocó el mandato y pidió le fuera designado uno de oficio, a ello accedió el despacho y posesionó al letrado designado, con quien prosiguió el juicio.

19. Proferida la sentencia –que lo condenó a 16 años de prisión por homicidio agravado– el defensor apeló y ante la ratificación hecha por el Tribunal Superior de Ibagué, ORTEGÓN GÓMEZ “apeló”, el Ad-quem concedió la casación y su defensor de oficio presentó el escrito de sustentación.

LA DEMANDA

El apoderado propuso la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época, pues estimó que se había desconocido el contenido del artículo 247 del mismo estatuto, y que se habían violado los principios de defensa y de favorabilidad.

En segundo lugar, quiso plantear otro cargo con fundamento en la causal tercera, porque, dice, se desconoció totalmente la declaración del señor John Fredy Colorado Díaz, que fue vertida en la audiencia pública, con lo cual se vició la sentencia de nulidad.

Con fundamento en lo expuesto, pidió a la Corte casar la sentencia y en su reemplazo proferir fallo absolutorio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal pide la Corte desestimar la demanda, por estos motivos:

1. Ni siquiera merece analizar los cargos separadamente.
2. No se acompaña de argumentos serios dirigidos a demostrar errores de los jueces.
3. Los dos cargos son presentados de manera genérica mas no identifican las pruebas no practicadas, las indebidamente estudiadas e injurídicamente valoradas.
4. No muestra como los supuestos condujeron a una sentencia condenatoria ni como de ser subsanados puedan llevar a una absolutoria.
5. La declaración de Colorado Díaz sí fue atendida para efectos del fallo.

No obstante, sugirió a la Corte casar oficiosamente la sentencia recurrida, por las siguientes razones:

1. En el acto de vinculación el señor ORTEGÓN GÓMEZ no fue representado por un profesional, y aquél que posteriormente se encargó de su asistencia no realizó ninguna gestión tendiente a la protección de sus derechos, al punto que en varias ocasiones tuvo que aplazarse la diligencia de audiencia pública por su inasistencia.
2. No se cumplió con las exigencias establecidas en el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época en que se recibió la indagatoria, como para que se exceptionara la designación de un abogado de oficio.

Para terminar, pide compulsar copias ante el Consejo Superior de la Judicatura y la Dirección Nacional de Defensoría Pública, para que se investigue el irregular comportamiento del abogado Fernando Alberto Barros Sánchez.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala no casará la sentencia, con base en los siguientes argumentos:

1. Sobre la demanda.

El primer cargo no prospera, porque el casacionista:

- a) No estableció con precisión y claridad si lo formulaba por violación directa o indirecta.
- b) En alguna parte dijo que la sentencia había dejado de aplicar los artículos 247 y 249 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época del fallo, afirmación que permitiría pensar en la primera modalidad; sin embargo, la referencia a las dos normas - que regulan la prueba requerida para condenar y la imparcialidad en la búsqueda de la prueba- es infortunada porque ninguna de ellas es disposición sustancial.
- c) A renglón seguido agregó que la violación obedecía a que “se le limitaron en contra del procesado las pruebas que lo favorecían, al no hacer comparecer al despacho a las personas citadas”, de donde podría desprenderse una eventual infracción indirecta o quizás una nulidad. A pesar de ello, para la primera hipótesis no habría tenido en cuenta la forma de error respecto de la prueba -de hecho o de derecho- ni la especie del yerro -falso juicio de identidad, de existencia o falso raciocinio, falso juicio de legalidad o de convicción- ni para la segunda los requisitos propios del fenómeno

invalidatorio, vgr. su trascendencia, especificidad, protección y conservación.

d) Y en cuanto la declaración de Colorado Díaz, basta tener en cuenta que sí fue analizada por el Juzgado 2º. Penal del Circuito de El Espinal, como se percibe en los folios 11 y 12 de su sentencia, tanto como por el Tribunal de Ibagué, que lo hizo a espacio en las hojas 16 y 17 de su decisión, despachos que tras analizar en detalle, frente a otros medios probatorios, sus palabras, le restaron credibilidad. Con ello, como es obvio, queda claro que no tiene razón el actor cuando afirma que tal testimonio “no fue considerado para nada”.

Y el segundo cargo tampoco surte efectos por su inocuidad, pues formulado como causal de nulidad, se centra en que el Tribunal no apreció “en su consistencia la declaración de JHON FREDY COLORADO DÍAZ recepcionado en la audiencia pero desconocida totalmente en la sentencia impugnada”. Dígase:

a) En primer lugar es un cargo exactamente igual a uno de los anteriores y, como ya se vio, el testimonio del ciudadano Colorado sí fue estimado por los jueces.

b) En el mismo párrafo dijo dos cosas que se contradicen en relación con el mismo testimonio: primero, que esa declaración debía ser apreciada en su consistencia; y segundo, que la misma pieza, obtenida en audiencia pública, había sido “desconocida totalmente en la sentencia”. Si se habla de necesidad de otra forma de apreciación, por lógica se parte de que se ha impartido una apreciación, valoración que es inexistente si la narración ha sido totalmente desconocida.

c) Siguiendo con el literal anterior, es fácil notar que tal vez el actor quería objetar lo hecho o no lo hecho por el Tribunal frente al testimonio reseñado. Sin embargo, la vía no era la nulidad sino la violación indirecta, que ni siquiera mencionó de paso.

Y en su petición final -que se podía adivinar de una demanda que se abstiene hasta

de relacionar los sujetos procesales- la situación se torna peor. En efecto, el casacionista dijo que se había violado el debido proceso, que por ello se estaba ante una nulidad y que, por tanto, la Corte debía casar el fallo y dictar el absolutorio de remplazo “conforme a lo que no está plenamente probado dentro del proceso, y que en todo caso debe favorecer a mi patrocinado”.

La demanda examinada, francamente es ininteligible y, por ello, insostenible.

1. Sobre la solicitud de casación oficiosa.

Tampoco es viable, porque:

1) Concretamente, sobre la indagatoria.

a) Para el día de la indagatoria -31 de agosto de 1993- regía el contenido del artículo 148 del estatuto procesal anterior, en virtud del cual una persona honorable podía actuar como defensora para la indagatoria, cuando no hubiere abogado que pudiera asistir en la misma al imputado. Esa permisión desapareció pero con posterioridad, precisamente a raíz de la declaratoria de inexecutable de la norma citada, hecha por la Corte Constitucional mediante sentencia C-049, del 8 de febrero de 1996, sentencia que surte efectos hacia el futuro y no hacia el pasado. La validez de la disposición era, entonces, incontrovertible.

En la diligencia que cuestiona el Ministerio Público eso aconteció pues la manifestación del joven ORTEGÓN GÓMEZ -quien dijo a la fiscalía que no tenía a quien nombrar como apoderado- llevó al instructor a designarle apoderada de oficio, designación recaída sobre una ciudadana honorable.

b) El Ministerio Público considera que en El Espinal existen suficientes abogados que habrían podido cumplir la misión y que la fiscalía se abstuvo de hacer las diligencias pertinentes.

La lectura del acta de indagatoria infirma al procurador pues de las palabras del fiscal surge que sí se hizo lo necesario en pro de la colaboración de un profesional del derecho. Es suficiente recordar los términos del funcionario en la constancia que dejó: “Se le designa de oficio a...y esto por no haberse encontrado en el momento un abogado titulado que pudiera desempeñar el cargo” (destaca la Sala).

Si ese es el contenido de la certificación judicial, hecha ante el sindicato y su defensora, conclúyese que es totalmente cierta, lo que se roboró cuando se establece que, tras revisar de nuevo el expediente, se observa que durante el proceso nadie objetó lo transcrito.

c) Ciertamente que el imputado fue oído en injurada al día siguiente de su aprehensión, hacia las diez y diez de la mañana. Ello, sin embargo, no demerita la gestión del fiscal para quien el procurador quisiera predicar el agotamiento de los términos con el propósito de que los días iniciales fueran dedicados a la búsqueda primero que todo de un apoderado. Esta apreciación no puede ser compartida pues si bien el instructor tenía aun tiempo para recibir indagatoria otro día, lo indiscutible es que cuando la ley habla de un máximo de tres días para practicar la diligencia de descargos no está significando que tenga que ser al tercer día. Esos días son el plazo máximo, lapso que no impide al fiscal escuchar en injurada al día siguiente, siempre que -como se hizo en este caso- se cumplan los demás requisitos legales.

d) La Sala no discute que en una localidad como El Espinal pueda haber suficientes letrados como para acudir a cualquiera de ellos con fines de una indagatoria. Pero

también sabe que no abundan como para afirmar que en cualquier momento, todo día, sean fácilmente asequibles en aras de colaboración para ese tipo de diligencia. Prueba de ello es que, por ejemplo, el profesional que recibió poder de ORTEGÓN -perteneciente a la defensoría pública- tenía su oficina en Bogotá y no en El Espinal. Esto ya indica que mientras se puede afirmar que sí hay abogados allí, también se pueda aseverar que su repentino hallazgo no sea tan fácil.

1. En general, sobre el derecho de defensa.

No es cierto que el procesado hubiera carecido de defensa, porque:

a) Designado el defensor, fue reconocido el mismo día y posesionado al siguiente.

b) El apoderado se notificó personalmente de varias actuaciones, por ejemplo del cierre de la investigación, la calificación y la fijación de una de las fechas para celebración de audiencia pública, de donde se desprende que estaba al tanto del curso del proceso.

c) El defensor hizo llegar al despacho judicial memorial en el que impugnaba la acusación, apelación que resultó frustrada por la falta de sustento, frustración que hipotéticamente se podría hacer depender, en alguna medida, del cambio de legislación que llevó a la fiscalía a hacer doble notificación del enjuiciatorio. Evidentemente un cambio de legislación no justifica que un defensor haga o deje de hacer pues su profesión le obliga al tema; pero sí permite explicar aquello que ha podido ocurrir, pues que el movimiento legislativo puede generar confusión.

d) El mismo expediente permite inferir que procesado y defensor actuaban con cercanía. Por ello, en trozo ya transcrito, la Sala resaltaba como el 7 de octubre de 1993 ORTEGÓN GÓMEZ solicitó “vista del expediente” para analizar la prueba, datos que requería para –se reitera- “...atender mi defensa por intermedio de mi abogado defensor...” (resalta la Corte).

De modo que el letrado no abandonó a su suerte al imputado. Al contrario, siguió de cerca el desarrollo procesal y lo hacía de acuerdo con su poderdante.

e) No se discute que el defensor hubiera dejado de asistir a tres convocatorias para audiencia pública. Sin embargo, nótese como respecto de la primera, días antes de la fecha fijada ya el fiscal había pedido aplazamiento, circunstancia que podría llevar a un abogado a considerar que seguramente no se adelantaría el debate. A las otras dos citaciones no concurrió no obstante la comunicación personal que por despacho comisorio se le hizo. Pero para esos momentos – 5 de mayo, 9 de junio y 12 de julio- probablemente las relaciones con su defendido ya se hallaban deterioradas, sobre todo si se tiene en cuenta que en su memorial del 13 de enero de 1994, en el cual solicitó pruebas a propósito del traslado del artículo 446 del estatuto procesal, el sindicado dijo al juzgado que no tenía abogado, situación que se prolongó hasta cuando el despacho le designó nuevo apoderado y con este continuó la gestión procesal.

f) Si a lo anterior agregamos la defensa material bastante desplegada por el procesado, se deduce que por motivo alguno se puede deducir que a ORTEGÓN GÓMEZ se le desconoció el derecho constitucional y legal de defensa.

g) Y dígase por último que la actuación del apoderado que ahora es reprochada no se hallaba fuera de lugar. Fíjese la atención en que la imputación básica para el procesado nació de las palabras del menor Armando Castro Sánchez, quien al inicio sentó

la responsabilidad del hecho en ORTEGÓN -“Chicote”-, párvulo que después cambió su versión para decir que había sido él -Castro Sánchez- quien había asestado las heridas a la víctima. Si a ello se agrega que al principio de las indagaciones, con base en aquello que “se decía” y “se oía”, se afirmaba que el agresor había sido Castro Sánchez -“King Kong”-, para cualquier defensor atento es inmediata la estrategia de defensa: aprovechar la fragilidad testimonial y la contradicción manifiesta de un deponente para comenzar a pensar en la duda. Y si esto se percibe pronto, lo menos indicado es impugnar y pedir pruebas. Y la Corte no está suponiendo. Simplemente observa con objetividad la realidad probatoria, que se aumenta y se transparenta mas con la repetida intención -lograda- de ORTEGÓN y su nuevo defensor para que Colorado Díaz fuera localizado y escuchado en la diligencia de audiencia pública.

Por lo anterior, la Sala se aparta de las pretensiones del Ministerio Público.

Por último, otros dos puntos: de una parte, lo que se ha dicho sobre la actuación del apoderado impide a la Sala compulsar copias para efectos disciplinarios. No obstante, si el señor procurador sigue pensando en violación de la ética forense, bien puede formular la queja correspondiente; y, de la otra, que si debido al cambio de legislación el señor ORTEGÓN entiende que puede ser favorecido con la benignidad de las nuevas normas, debe hacer la petición correspondiente ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, competente para ello. La Sala no lo hace, primero porque la demanda no ha planteado nada sobre el asunto y segundo porque no casa la sentencia.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cúmplase y devuélvase el asunto al Tribunal Superior de origen.

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria