

Proceso N° 10876

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGU

Aprobado Acta N° 206

Bogotá D.C., siete de diciembre de dos mil.

VISTOS

Se pronuncia la Sala en relación con la demanda de casación formulada por el Procurador 152 Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, contra la sentencia de segundo grado proferida por dicha corporación el 26 de enero de 1995, confirmatoria de la que dictó el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal para condenar a FREDY MEDINA SÁNCHEZ a diez (10) años de prisión como autor responsable del punible de homicidio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

José Orlaín Valencia González, obrero de construcción, fue atacado con arma cortopunzante siendo aproximadamente las 4:00 de la tarde del día 5 de septiembre de 1992, cuando luego de culminar su jornada laboral se aproximaba a su residencia en la calle 9ª N° 19-04 de la nomenclatura urbana de Dosquebradas, Risaralda.

El agresor huyó y desapareció de la región, en tanto que la víctima fue internada con múltiples lesiones en el centro hospitalario local, lugar donde falleció una hora después a consecuencia del taponamiento cardíaco originado por herida de corazón, cuya naturaleza se catalogó de necesariamente mortal.

Iniciadas las pesquisas por la Fiscalía Seccional 25 de la Unidad de Dosquebradas, el victimario fue individualizado e identificado como FREDY MEDINA SÁNCHEZ. Una vez emplazado para que rindiera sus descargos y luego declarado persona ausente, se le designó un defensor de oficio que velara por sus intereses y se le definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a gozar del beneficio de excarcelación, como presunto autor del homicidio en cuestión.

Perfeccionada en lo posible la investigación, se decretó su cierre, y por proveído del 16 de junio de 1993 se calificó el mérito del sumario profiriéndose acusación contra el sindicado en mención por el delito de homicidio simple, conforme con la descripción típica contenida en el Art. 323 del Código Penal, resolución contra la cual no se interpuso recurso alguno.

Ejecutoriado el pliego de cargos, el expediente pasó al Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal para la correspondiente etapa del juicio, despacho a cuya disposición quedó el procesado contumaz a raíz de su captura en virtud de otro asunto. Celebrada la vista pública, mediante fallo del 22 de agosto de 1994 se finiquitó la instancia con condena a la pena principal privativa de la libertad de diez (10) años de prisión para el acusado MEDINA SÁNCHEZ. Impugnada la sentencia, el Tribunal Superior de Pereira la confirmó en todas sus partes por la suya del 26 de enero de 1995.

LA DEMANDA

Dice el impugnante acusar la sentencia de segunda instancia “con fundamento en los numerales 2 y 3 del artículo 220 del código de Procedimiento Penal que claramente

expresan (sic): “2- La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. 3- Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.

Las irregularidades que violan el artículo 29 de la carta política por afectar el debido proceso y el derecho de defensa viciando por consiguiente el fallo, tienen que ver, aduce el demandante, con la indebida notificación de algunos actos procesales cumplidos en las etapas de instrucción y juzgamiento, tales como la declaratoria que de persona ausente se hizo del procesado y la designación de su defensor de oficio, la definición de la situación jurídica, la puesta en conocimiento a las partes del protocolo de necropsia y el dictamen pericial sobre avalúo de perjuicios, la resolución por cuyo medio se declaró clausurada la investigación y la que calificó el mérito probatorio del sumario, así como los autos por medio de los cuales se le dio inicio al juicio y el que decretó la práctica de pruebas dentro del mismo.

En la fundamentación del cargo arguye el censor que la forma “alegre” como se festinaron todos esos actos de enteramiento al representante judicial del procesado, dejó a éste huérfano de defensa, como quiera que a la secretaría común de la Fiscalía le bastó con redactar las respectivas comunicaciones y sin establecer si ellas efectivamente llegaron a su destino por no darle tregua a lo que ordinariamente se denomina el término de la distancia, dio por notificadas las decisiones que se originaron en el desarrollo de la instrucción. Lo propio hizo el juez del conocimiento en relación con el traslado ordenado para la preparación de la audiencia pública.

Omitir notificar como la ley lo manda, implica conculcamiento a los principios de publicidad y contradicción, sostiene el demandante, de ahí que el funcionario deba agotar todos los medios posibles para enterar a las partes del desarrollo de la actividad procesal, como se infiere del Art. 190 del C. de P. Penal.

Agrega que expresiones como “se intentó localizar”, utilizada en el evento examinado para dejar constancia de la notificación cumplida con el defensor respecto de la providencia calificatoria, no se compadece con el mandato del precepto en cita de “HACER LO POSIBLE” para enterar a dicho sujeto procesal de la mentada resolución, a sabiendas de su permanencia en lugar diferente de aquél en donde se produjo la misma. Fue así como con esa constancia de Fls. 92 se procedió a fijar el correspondiente estado, quedando todo notificado en un mismo día, violándose el debido proceso desde el sumario.

Otro tanto ocurrió con el auto que dispuso el traslado para la preparación de la audiencia pública, pues mal pueden entenderse cumplidos los fines previstos en el Art. 446 del Código de Procedimiento Penal cuando el funcionario dicta dicho auto de trámite “calladamente, veladamente”, toda vez que de esta manera se le niega al defensor el derecho a enterarse de que el expediente queda en secretaría para aquellos efectos.

Para morigerar una tal situación, explica el censor, recurrentemente y en forma simplista se replica que las partes deben estar atentas al desarrollo del proceso; y aunque esto es verdad, no es esa propiamente una correcta intelección de la citada disposición. De ahí que la petición de nulidad invocada en las instancias no tuviera eco por extemporánea, quedando únicamente el recurso de casación como único medio posible para alegarla.

Demostrados entonces como se tienen la vulneración al debido proceso y el entorpecimiento “en gran medida” al ejercicio del derecho de defensa, la declaratoria de nulidad se impone, decisión que aún de oficio se puede tomar en el evento de que “esta demanda no reúna los requisitos exigidos para que pueda ser casada la sentencia”, concluye el impugnante extraordinario.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado, no empece advertir que en tratándose de

nulidades, entre otras exigencias, al censor le corresponde señalar el momento procesal a partir del cual es menester invalidar el proceso, por cuanto, como lo ha indicado esta Corte, la causal tercera no es de libre formulación, se muestra partidario de que se acceda a la nulidad invocada porque si bien es cierto el demandante no cumple con aquella carga, no lo es menos que con sus argumentos logra demostrar la efectiva vulneración de las garantías fundamentales a las que alude en su libelo.

En el entendido de que en la fase instructiva del proceso “no se notificó absolutamente nada”, una tal omisión acarrea nulidad de lo actuado por quebrantar inequívocamente el principio de publicidad, máxime si se tiene en cuenta que sólo en la etapa del juicio y cuando ya estaba a punto de celebrarse la audiencia pública, hizo su aparición el procesado luego de ser capturado y dejado a disposición del juez de la causa; inclusive, no se contó con la presencia de la defensa técnica en la práctica de las pruebas ordenadas en el juicio, superándose en esta forma “sin controversia ninguna, la fase investigativa del procedimiento.”

Es entonces patente la violación al artículo 29 de la constitución política, arguye la Delegada, dada la ausencia absoluta de defensa material y técnica en la fase sumarial, como que a falta de la notificación personal de los actos procesales reseñados por el demandante, ni siquiera existió la oportunidad de presentar alegatos previos a la resolución de la situación jurídica y a la calificación del sumario. En todo caso, imperó en los juzgadores de instancia el criterio ritualista de la oportunidad para incoar la nulidad, porque a pesar de reconocer la trascendencia de algunas de las irregularidades advertidas, la invocación extemporánea impidió su consideración de fondo, a contrapelo de lo que la Corte Constitucional enseña en relación con la materia en la sentencia por cuyo medio se declaró exequible el Art. 306 del C. de P. Penal.

Ante el ostensible atentado al derecho de defensa, la agencia del Ministerio Público sugiere se case oficiosamente la sentencia impugnada, decretando la nulidad de lo

actuado a partir del cierre de la investigación, inclusive, disponiéndose en consecuencia la libertad provisional del procesado, previa diligencia de compromiso, conforme con lo normado en el Art. 415-4 del C. de P. Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Ante todo importa precisar si al impugnante, como agente del Ministerio Público que es, le asiste interés jurídico para recurrir en casación la sentencia del Tribunal a sabiendas de que no apeló la de primer grado, si bien al intervenir en el trámite de la segunda instancia su reparo se concretó a dejar constancia sobre las irregularidades que hoy en sede de impugnación extraordinaria esgrime como fundamento de la nulidad invocada.

Bien definido tiene la Corte que para hacer uso del derecho de impugnación se requiere de interés jurídico para ejercerlo, y que éste se manifiesta por el carácter lesivo de la decisión cuya remoción se persigue, en tanto le haya irrogado un perjuicio específico al impugnante. Por contrario, se carece de dicho interés cuando la determinación censurada ningún agravio le reporta al impugnante o no se cumple con las exigencias adicionales de procedimiento que en ciertas ocasiones la misma ley prescribe, como por ejemplo, la señalada en el artículo 221 del C. de P. Penal en relación con la cuantía de la pretensión, o la indicada en el Art. 37B ibidem atinente a los aspectos que pueden ser objeto de apelación. Y es entendido que se deja de tener ese interés cuando el sujeto agraviado con la decisión la consiente con el silencio, valga decir, no la impugna.

Así mismo, tiene dicho la Corte que para legitimarse como impugnante en sede de casación, el sujeto procesal de modo general debió haber interpuesto y sustentado debidamente el recurso de apelación respecto de la sentencia de primer grado,

porque el no hacerlo equivale a mostrar su conformidad con tal decisión, razón por la cual carecería de interés jurídico para la impugnación extraordinaria si el fallo de segunda instancia no le empeora el estatus que le reconoció el de primera, pues mal podría invocar a último momento un perjuicio irrogado supuestamente por el pronunciamiento de segundo grado con tal de habilitarse en casación, en el entendido de que el fallo dictado en dicha sede ordinariamente no concierne a la situación de quien no provocó la alzada, en virtud de su delimitado ámbito funcional y material.

De un tal deber no está exento el Ministerio Público en su condición de sujeto procesal, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, entre otros pronunciamientos, en auto de 2 de junio de 1998 y en sentencia de casación de 24 de febrero de 2000, en ambos casos con ponencia de quien aquí cumple igual función.

No obstante, la propia jurisprudencia de la Sala ha establecido excepciones a aquella regla general de la carencia de interés jurídico para acudir en casación del sujeto procesal que no apeló la sentencia de primer grado. En este orden, el sujeto procesal podrá acudir a la casación si aparece que arbitrariamente se le impidió el ejercicio del recurso de instancia, o cuando su situación resulta afectada por la decisión de segundo grado excitada por la impugnación de otro o por consecuencia de inevitables razones vinculantes; como también si se surte el grado jurisdiccional de la consulta, cualquiera sea el contenido gravoso del fallo; y, finalmente, cuando el sujeto procesal se proponga la nulidad por la vía extraordinaria, siempre que medie una demanda en forma, pues “la aceptación del contenido material del fallo, revelada a través del silencio de parte, sólo resulta válida si el procedimiento que lo sustenta es legítimo, y en la circunstancia de ser la casación en nuestro medio, fundamentalmente un juicio de validez, como puede inferirse del contenido de los artículos 219 y 228 del estatuto procesal” (Auto de 11 de febrero de 1999. M.P. Fernando Arboleda Ripoll).

2. Así las cosas, dilucidado el interés jurídico que le asiste al censor, supuesto que el

único cargo de la demanda apunta a un motivo de nulidad, se ocupará la Sala de la deficiente demanda, en cierta forma aupada por el Procurador Delegado.

Sea lo primero destacar el dislate en que incurre el libelo cuando al invocar el fundamento de la censura cita los ordinales 2 y 3 del artículo 220, el primero de los cuales refiere a la causal segunda de casación por inconsonancia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación, motivo este de impugnación por completo extraño al tema planteado en la demanda que se diluye en un cúmulo de reproches por disímiles actuaciones procesales supuestamente infractoras del debido proceso o del derecho de defensa, pues tampoco en este aspecto el casacionista cumple con los postulados de claridad y precisión que en esta sede impone el ordinal tercero del artículo 225 del C. de P. Penal en punto tanto del señalamiento de la causal que se aduce para derruir el fallo atacado y de sus fundamentos, como también de las normas infringidas, limitándose en este caso el censor a citar el artículo 29 de la [constitución política](#), como si la condena que se dice viciada de nulidad no fuera por una norma sustancial del Código Penal.

Al lado de estas deficiencias técnicas de la demanda, con respecto al motivo de nulidad aducido debe resaltarse la forma indiscriminada como el censor habla de violación al debido proceso y al derecho a la defensa sin precisar, en el primer supuesto, si las supuestas irritualidades tienen el carácter de sustanciales, y de ser así, si éstas desconocen las bases fundamentales de la instrucción o del juzgamiento; y en cuanto al segundo, se echa de menos la explicación de la forma como la actuación irregular lesionó la garantía de la defensa así como su concreta incidencia en el fallo impugnado.

Ahora bien, como la nulidad lo que consigue es purgar de vicios la actuación, imprescindible se hace indicar además a partir de qué momento de la actuación debe ella ser declarada; precisión que brilla por ausencia en el libelo, no empece enunciar varias irregularidades supuestamente cometidas en distintas fases del proceso.

Cuando se invoca la causal tercera de casación, ha sido dicho reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala, corresponde al actor concretar la clase de nulidad con indicación de sus fundamentos y de las normas que se consideren conculcadas, precisando de qué manera la irregularidad repercutió definitivamente en la validez del trámite cumplido que culminó con la emisión de la sentencia recurrida; todo ello por cuanto este motivo de impugnación extraordinaria no ha sido establecida para poner en evidencia cualquier irregularidad sin trascendencia alguna en el proceso sino sólo aquéllas que inexorablemente conducen a su invalidación.

No empece la acentuada informalidad de la demanda, como de su contexto se alcanza a advertir la formulación de una censura por vulneración a las garantías fundamentales del sentenciado, acogida incluso por la Procuraduría Delegada, se procederá al examen de fondo de la misma, partiendo de la premisa de que el trámite procesal cuya irregularidad sustancial se arguye, tuvo lugar en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal -Decreto 2700 de noviembre 30 de 1991-, pero antes de que algunas de sus disposiciones, precisamente en las que se ampara el demandante, fueran modificadas por la Ley 81 del 2 de noviembre de 1993, promulgada en el diario oficial Nº 41098 de la misma fecha.

Pues bien, por la necesidad de garantizar el derecho que tiene toda persona a ser informada de los cargos que penalmente se le imputan para de esta manera hacer viable el ejercicio del derecho a la defensa, de antaño se abrió paso para el pliego de cargos la notificación personal al procesado, privado o no privado de la libertad, y a su defensor, así como al Ministerio Público en su calidad de guardián de los intereses de la sociedad y tutor del respeto a los derechos constitucionales fundamentales. Así se hizo en la Ley 94 de 1938 y en las posteriores reformas de los Decretos 1358 de 1964, 409 de 1971, 1853 de 1985, 050 de 1987 y 1861 de 1989.

No obstante que con el Decreto 2700 de 1991 se mantuvo la notificación

personal de la resolución de acusación al procesado detenido y al agente del Ministerio Público, al no privado de la libertad o a su defensor esa modalidad de la notificación se reservó para “cuando fuera posible”, pudiéndose acudir, en caso contrario, a la notificación por estado (arts. 440 y 190), precepto este modificado por el art. 59 de la Ley 81 de 1993 actualmente en vigencia, en el cual se dispuso que si el acusado estuviere en libertad ha de citársele por el medio más eficaz a su última dirección conocida en el proceso para enterarlo personalmente de dicha resolución, pero si transcurridos 8 días a partir de la fecha de la comunicación no compareciere, una tal notificación debe hacerse al defensor que lo venía representando o al de oficio que deba reemplazar a éste cuando se excusa válidamente o es renuente a comparecer.

Retomando los planteamientos del impugnante, a los cuales adhiere el Procurador Segundo Delegado para sostener que a la defensa “no se le notificó de nada” y que por tal razón no tuvo oportunidad de presentar alegatos previos a las decisiones trascendentales que se tomaron en la etapa del sumario, y menos ejercer cabalmente el derecho de contradicción, ha de precisarse lo siguiente:

Comunicada su designación al defensor de oficio, como se infiere de la constancia que obra al folio 37 vto., se definió la situación jurídica del procesado declarado persona ausente, pero habiéndose intentado la notificación personal de la providencia tanto al sindicado como al letrado de la defensa conforme con lo normado en el art. 186 y el original 190 del Decreto 2700 previa citación que para tal efecto se les hizo (Fls. 47 Fte.), al no poderse lograr su comparecencia dicha notificación se realizó por estado en el término indicado en el art. 321 del C. de P. Civil, valga decir, “pasado un día de la fecha del auto”, si se tiene en cuenta que el proveído definitorio de la situación jurídica se expidió el 27 de noviembre de 1992, y el estado se fijó el 1º de diciembre siguiente.

Otro tanto ocurrió con la resolución de cierre de investigación, para cuya notificación no

existía el mandato que se introdujo con la reforma de la Ley 81 de 1993 en su art. 56, acerca de que dicho acto procesal, obviamente hacia el futuro, debía cumplirse “personalmente”. En el asunto examinado, aquella providencia se profirió el 30 de abril de 1993, y librados que fueron los respectivos oficios de citación en la misma fecha, ante la renuencia en comparecer de los mentados sujetos procesales para ser notificados personalmente de dicho proveído, se procedió a fijar el correspondiente estado con fecha 4 de mayo (fl. 86 Fte.), dejándose correr, eso sí, el término de traslado indicado en el original artículo 438 del citado Decreto 2700 (fl. 86 Vto.) del cual la defensa no hizo uso.

En relación con la notificación de la providencia calificatoria, disponía el art. 440 del Decreto 2700 de 1991 antes de ser reformado por el 59 de la Ley 81 de 1993: “La resolución calificatoria se notificará personalmente, cuando sea posible.” (se ha destacado), siendo esto lo que precisamente se intentó hacer con la defensa respecto de la resolución acusatoria dictada el 16 de junio de 1993, según la constancia secretarial suscrita al día siguiente. Empero, como no se obtuvo la comparecencia requerida, en aplicación de lo dispuesto en el art. 190, se dispuso la notificación por estado el 18 siguiente (fl. 92), sin que dentro del término de ejecutoria del proveído hubiese manifestación alguna por parte del acusado o de su defensor, quedando en firme la decisión a las 6:00 de la tarde del día 24 de los citados mes y año (fl.93).

Siendo así las cosas, mal puede entonces pregonar el censor, como con ligereza lo hace en la demanda, que “en un mismo día quedó todo notificado”, pues de la reseña que viene de hacerse surge evidente la sujeción a la normatividad imperante a la sazón para el enteramiento a los sujetos procesales de las distintas resoluciones emitidas en desarrollo del sumario.

Fue así como el 2 de julio de 1993 se dio inicio a la etapa de juzgamiento dándose cabal cumplimiento a lo ordenado en los artículos 444 y 446 del estatuto procesal, normas que

por lo demás ninguna variación sufrieron con la puesta en vigencia de la Ley 81 de 1993. El expediente entonces quedó surtiendo el traslado en la secretaría para los efectos y durante el término previstos en la última disposición en cita, hasta el 18 de agosto siguiente, sin que ninguna solicitud formularan los sujetos procesales (fls. 94 y 99).

Ahora bien, la falta de notificación del auto que dispone el traslado previsto en el artículo 446 del C. de P. Penal, como reiteradamente lo ha dicho la Sala (entre otros en fallo de octubre 18 de 2000 M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego) no constituye ninguna irregularidad, menos cuando la ley no tiene previsto ningún trámite especial distinto a la “previa constancia secretarial” que advierta la puesta del expediente a disposición común de los sujetos procesales para los efectos allí previstos, actuación que en el caso a estudio se cumplió con abundamiento de garantías, más allá de lo que la ley tiene dispuesto, dado que el propio defensor, a falta de una innecesaria notificación del auto que ordenaba el traslado, fue enterado personalmente de la fecha en que éste empezaba a correr.

En este orden de ideas, ninguna irregularidad procesal y menos con capacidad para propiciar la nulidad de la actuación cabe argüir por la aplicación del rito establecido en la normatividad vigente a la sazón, que no era otra que la original del Decreto 2700 de 1991, cuya reforma en algunas de sus disposiciones, entre ellas las que el casacionista invoca como objeto de supuesto quebranto, sólo vino a operar a partir del 2 de noviembre de 1993 cuando entró a regir la Ley 81, como ya se anotó.

En el caso a estudio, cuando ya había entrado en vigencia esta última preceptiva, se tuvo noticia de la detención del procesado en razón de otro asunto, siendo enterado de su situación procesal el 30 de agosto de 1994 (fls. 100 y 104) para proceder luego al decreto de pruebas de oficio ante el silencio de las partes, auto este que fue notificado personalmente al defensor (fls. 105 y 106 fte. y vto.) dejando a salvo la posibilidad de su controversia, por lo que resulta verdaderamente extraño que hoy el demandante aduzca como motivo de casación la falta de oportunidad para ejercer tal derecho.

Ahora bien, si en esta o en otras oportunidades la defensa optó por guardar silencio, ello no se debió, como quedó visto, al recorte de posibilidades para solicitar pruebas o para acceder a la controversia de las decretadas de oficio; en cambio dicha actitud sí resulta compatible con el alegato de audiencia, momento en el cual como argumento toral la defensa propendió por la absolución del acusado por no darse a su juicio la prueba suficiente para llegar a la certeza de su autoría y responsabilidad en el reato.

Frente a una situación como ésta, dijo la Corte en auto del 26 de marzo de 1996, con ponencia del Magistrado Carlos E. Mejía Escobar:

“El concepto del derecho de defensa no se puede construir en la abstracta anticipación del resultado absolutorio del juicio, sino que se desenvuelve en función de las posibilidades reales de contradicción de los cargos y ello depende, en buena parte, de la información que sobre el asunto pueda suministrar el procesado (sea reo presente o ausente), o de un estratégico silencio que impida la deducción de situaciones agravatorias de su posición jurídica, o de atenerse a que sea el Estado el que cumpla plena y cabalmente con la carga de probar el hecho y la responsabilidad. En fin, son demasiadas las alternativas compatibles con la garantía de una defensa idónea, sin que siempre, detrás de la apariencia de inactividad, deba predicarse la carencia de contradictorio.

“No debe perderse de vista que la doctrina suele referirse al carácter dual de la defensa, para desenvolverla en una faceta privada, correspondiente a la defensa material, y una pública que responda a la defensa técnica o formal, y para colegir cierto ámbito de disponibilidad de la primera frente a la segunda. La repercusión más importante de estas características se ve, precisamente, en las consecuencias jurídicas de la contumacia, o del silencio respecto de los hechos que podrían justificar la conducta o hacerla inculpable, en lo que toca con la defensa material, así como en la imposibilidad absoluta de renunciar a la defensa técnica y en el grado de autonomía que es propia de ella tal como lo evidencian

en el sistema procesal colombiano los artículos 137 y 308-3 del C. de P. P.

“La vocación que hacia la tutela de la libertad tiene el derecho de defensa, no agota su finalidad, ni dicho resultado puede identificar un parámetro exclusivo de que fue garantizado. Es en general el listado de derechos en que se desenvuelve, lo que debe satisfacerse al interior del proceso. Que se conozca la imputación, que se pueda ejercer el derecho a impugnar, que se pueda invocar a favor la prueba existente, a veces la omitida, o aún el incumplimiento de la carga de probar por parte del Estado, son con muchos otros instrumentos que a manera de derechos particulares desarrollan el concepto de defensa.”

Y más recientemente, en providencia del 30 de marzo del año en curso, con ponencia del Magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote, sostuvo la Corporación acerca del derecho a la defensa técnica:

“(…) ha entendido la Sala que para afirmarse la vulneración de este derecho no puede identificarse la ausencia de actos tales como la interposición de recursos, la presentación de alegatos, la solicitud de pruebas, etc., con un absoluto abandono del cargo, pues si bien estas suelen coincidir con aquellas manifestaciones de la actividad defensiva, no constituyen en estricto sentido más que eso, es decir que, como sucede en la mayoría de los casos, son apenas aparentes expresiones del ejercicio de la defensa, que no siempre es dable confundir con el derecho mismo, ya que éste puede frente a eventos particulares presentarse de distinta manera y específicamente como estrategia defensiva, en modo alguno comparable con aquella inactividad nugatoria de las posibilidades defensivas, en el entendido de que en esta última hipótesis si podría estarse frente a una desatención irresponsable de los compromisos inherentes al defensor(…)

“Por ello, es imperativo para la Sala en casos como el presente insistir, en que no puede pretenderse demostrar un cargo por ausencia de defensa profesional, cifrando el alegato

simplemente en la inactividad del defensor como si dicha objetiva constatación por si sola posibilitara arribar a una tal conclusión, máxime cuando en su lugar se proponen alternativas o variantes simplemente compatibles con una distinta manera de asumir cada letrado la defensa, pero que lejos están de traducir actuaciones omitidas pese a que resultaban potencialmente favorables al procesado (...)"

Ahora bien, en cuanto concierne a la censura de no haberse puesto en conocimiento de los sujetos procesales el protocolo de necropsia y el dictamen pericial sobre avalúo de perjuicios, que a juicio del demandante también genera nulidad, es de advertir que si el vicio se hace consistir en la omisión de un rito de la prueba, por no ser ésta un fin en si misma sino un medio regulado por la ley con destino a ser apreciado en una determinada decisión judicial, en caso de existir una anomalía seria en su formación, validez o eficacia, la irregularidad trascendente sólo sería completa cuando el medio se estima por el funcionario como fundamento de la respectiva determinación, razón por la cual el error no sería ya de actividad sino de juicio.

Así pues, por ser la irritualidad denunciada un vicio in iudicando y no in procedendo, como equivocadamente piensa el censor con el aval de la Procuraduría Delegada, su planteamiento en casación debe hacerse al amparo de la causal primera, en su apartado segundo, por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, como un error de derecho por falso juicio de legalidad, lo cual por supuesto impone al censor la carga de postular un ataque que demuestre no sólo la irritualidad en la formación o aducción de la prueba sino también que ésta con sus vicios fue apreciada positivamente por el sentenciador, siendo de tal magnitud el yerro que sin él otro hubiera sido el resultado del fallo.

Nada de lo anterior ensaya siquiera el censor, toda vez que en su informal alegato de nulidad por los aducidos vicios en la aducción de estos medios de prueba ni siquiera explica cómo tan puntual irregularidad trasciende con efectos invalidantes al resto del

proceso, incluida la sentencia de segundo grado, de la cual se ignora si tuvo en cuenta las pruebas impugnadas por su formación supuestamente a espaldas de la ley.

La demanda no prospera.

En mérito a 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 impugnada.

Cópiese, cúmplase y devuélvase

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

No hay firma

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria