

Proceso N° 11624

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

APROBADO ACTA No. 058

Santa Fe de Bogotá, D. C., once (11) de abril del año dos mil (2000).

VISTOS

El 8 de septiembre de 1995, el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Bello (Ant) dictó sentencia condenatoria contra NORVAIRO ANTONIO GIRALDO DAVID, a quien declaró responsable de homicidio y de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en concurso. Por ello, le impuso 25 años y 6 meses de prisión, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas durante 10 años, el pago del equivalente a 200 y 400 gramos oro, a título de daños y perjuicios morales y materiales, y le negó el derecho a la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por la defensa, fue confirmado el 10 de noviembre del mismo año, por el Tribunal Superior de Medellín.

Interpuesto y sustentado el recurso extraordinario de casación por la parte defensiva, le corresponde a la Sala pronunciarse sobre el fondo del asunto.

HECHOS

Sucedieron en el Municipio de Bello (Ant), el 3 de diciembre de 1994. Aproximadamente a la una y media de la tarde, ingresaron dos individuos a la tienda de legumbres del señor VICTOR SAUL MORA ECHAVARRIA, le dispararon con arma de fuego, le causaron la muerte y procedieron a huir, pero por voces de la comunidad, un taxista que pasaba disparó a uno de los homicidas que resultó herido y fue capturado por la Policía, luego de que se adelantara contra él una especie de linchamiento por parte de algunos ciudadanos. La otra persona alcanzó a fugarse, no fue suficientemente identificada dentro del proceso y, por consiguiente, no fue vinculada.

ACTUACION PROCESAL

La Fiscalía Primera de Reacción inmediata de Medellín profirió resolución de apertura de la investigación el 5 de diciembre de 1994, fecha en la cual escuchó en indagatoria al señor NORVAIRO ANTONIO GIRALDO DAVID, quien se encontraba recluido en la Policlínica Municipal. Para esta diligencia se le designó como defensora de oficio a la señora MONICA MARIA ZAPATA MORENO.

Luego de practicadas otras pruebas, el 12 de diciembre de 1994 le fue resuelta la situación jurídica con imposición de medida detentiva, por los delitos atrás señalados. Esta decisión fue notificada personalmente al Ministerio Público y al procesado y por estado a los demás sujetos procesales.

Más adelante fueron recaudadas y recepcionadas otras pruebas y se dispuso correr traslado a los sujetos procesales del análisis técnico del fragmento de proyectil hallado en el cuerpo de la víctima, así como del análisis técnico de las balas que fueron halladas en poder del procesado al momento de su captura. Las providencias que ordenaron el traslado fueron notificadas personalmente al Ministerio Público y al procesado, y por estado a los demás sujetos procesales.

A folio 120 aparece un escrito dirigido por el procesado a la Defensoría del

Pueblo, en el que solicitó la designación de un defensor. Se desconoce si copia o petición similar fue radicada efectivamente ante la entidad destinataria, pero tiene nota de recibo por parte de la Fiscalía, el 17 de febrero de 1995. Igualmente, en el folio 121 se observa una providencia que alude a que se encuentra pendiente la designación de defensor de oficio por parte de la Defensoría, de acuerdo a petición escrita de la Fiscalía. Copia de esta petición, sin embargo, no se percibe en el expediente.

El 3 de marzo de 1995, la Fiscalía designó defensor de oficio al procesado, lo posesionó y le notificó la resolución de cierre de la investigación el mismo día. El 13 de marzo del mismo año, un letrado presentó a la Fiscalía poder otorgado por el señor NORVAIRO ANTONIO GIRALDO DAVID, se le reconoció personería el mismo día y presentó, oportunamente, estudio previo a la calificación del mérito del sumario.

El 11 de abril de 1995 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal, decisión que fue notificada personalmente al procesado, al Ministerio Público y al defensor y no fue impugnada. El 18 de abril el defensor renunció al mandato.

La etapa del juicio correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello (Antioquia), despacho que mediante auto del 20 de abril de 1995 dispuso enterar al procesado de la renuncia presentada por el defensor. El 26 de abril del mismo año le nombró defensor de oficio, pero el abogado elegido no pudo ser localizado para que suscribiera la correspondiente posesión, según se acredita con las constancias anotadas por la notificadora.

El 8 de mayo de 1995, otro abogado presentó al Juzgado poder extendido por el señor NORVAIRO ANTONIO GIRALDO DAVID. Se le reconoció personería y se le notificó

el traslado del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal el mismo día. Ninguno de los sujetos procesales solicitó pruebas ni propuso nulidades.

El 28 de junio de 1995, el Juzgado oficiosamente ordenó recepcionar dos testimonios en la audiencia pública, auto que fue notificado personalmente a los sujetos procesales, salvo al defensor, a quien se quiso comunicar por estado.

El 19 de julio de 1995 se señaló fecha y hora para realizar la audiencia pública. La decisión fue notificada personalmente a los sujetos procesales, excepto al defensor, a quien se notificó por estado. Como el debate público no se pudo realizar por inasistencia del defensor, se determinó otro día y hora para ello. Se notificó personalmente a los sujetos procesales, excluido el defensor, a quien se notificó por estado. En la nueva fecha tampoco fue posible celebrar la audiencia por inconvenientes en la remisión del interno.

El 16 de agosto de 1995 se determinó otra fecha para la audiencia, se notificó en forma similar, es decir, personalmente a los sujetos procesales y por estado al defensor, y se adelantó la misma el 29 de agosto de 1995, con asistencia de todas las personas necesarias. El 8 de septiembre de 1995 se produjo el fallo ya reseñado, que fue confirmado en su integridad.

LA DEMANDA

El defensor del señor NORVAIRO ANTONIO GIRALDO DAVID censuró en su demanda la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín por un solo cargo: causal tercera de casación, porque el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad por falta de asistencia técnica.

Indicó que al procesado se le nombró defensor de oficio después de noventa (90) días de haber sido retenido y puesto a disposición de las autoridades judiciales, como

consecuencia de lo cual durante tal lapso careció de asistencia técnica, a más de que en ese tiempo se practicaron pruebas que sin la participación de un abogado en su producción, y sin posibilidad de ser controvertidas, sirvieron de fundamento a la sentencia de condena que finalmente se profirió.

Con base en lo anterior concluyó que las resoluciones dictadas en la etapa del sumario y antes del cierre de la instrucción, fueron notificadas por estado a un defensor que no existió, razón suficiente para solicitar la nulidad de lo actuado y, en consecuencia, para pedir se ordene la libertad provisional del procesado por vencimiento de términos.

Agregó, de paso, que en la indagatoria el procesado fue acompañado por una persona honorable, siendo que en Medellín actúan numerosos abogados y que, además, no se dejó constancia en cuanto había sido imposible contar con el apoyo de uno de ellos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugirió a la Corte casar la sentencia recurrida, por las siguientes razones:

A pesar de que el censor no identificó claramente el momento procesal a partir del cual debía rehacerse la investigación, como era su deber, le asiste razón en las críticas que formuló, con relación al vicio in procedendo desde el momento mismo de la indagatoria, pues aunque esta diligencia se llevó a cabo con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, no se daban los supuestos establecidos en dicha norma ni en el artículo 355 del mismo ordenamiento, para que se designara oficiosamente a un ciudadano honorable, pues se trataba de la ciudad de Medellín, en la cual no puede predicarse la imposibilidad de hallar un abogado, pues allí el mercado laboral de estos profesionales es abundante y

calificado.

Además, consideró que la falencia en la asistencia técnica condujo a que se profiriera la sentencia de condena, sin que las pruebas recaudadas -en su criterio- condujeran a la certeza sobre la responsabilidad del sindicato.

Finalmente, indicó que en la situación del señor NORVAIRO ANTONIO GIRALDO DAVID y en atención a su precaria formación de educación primaria, no se encontraba en condiciones de establecer alguna táctica defensiva, por lo cual consideró que la nulidad debía decretarse a partir de la diligencia de indagatoria, inclusive.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La sentencia objeto del recurso de casación no puede ser casada, por las siguientes razones:

1. El censor insinuó varias irregularidades, entre ellas la relacionada con la indagatoria y la vinculada, en general, con la instrucción. Pese a ello, no estableció el orden de prioridades, es decir, cuál aducía en primero, segundo o tercer lugar. Tampoco dijo desde qué momento pedía el decreto de nulidad. Las dos fallas técnico - formales, sin embargo, no son óbice para contestarle de fondo, especialmente porque el Ministerio Público lo secunda en su objetivo.

2. Es cierto que para la diligencia de indagatoria se designó a una señora, únicamente para dicha diligencia, y no a un profesional del derecho. Sin embargo:

a) Se hizo así porque, según consta en el acta correspondiente, cuando se le dijo que le asistía el derecho a nombrar un defensor, respondió que no tenía (Fl. 8).

b) La injurada fue recibida en el Hospital San Vicente de Paul, donde se

encontraba recluido en razón de las heridas que había sufrido (Fl. 34). Se entiende que en un centro médico no se facilita la consecución de un abogado para una diligencia puntual como es la indagatoria.

c) Para la fecha de la indagatoria, 5 de diciembre de 1994, era jurídico acudir a un ciudadano honorable pues se hallaba en vigencia el contenido del artículo 148 del C. de. P. P., que sólo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad No. 049, del 8 de febrero de 1996 (M. P. Dr. Fabio Morón Díaz), decisión que, obviamente, sólo rige hacia el futuro.

d) El artículo 148 citado habilitaba a un ciudadano honorable para ocupar el cargo de defensor de una persona en materia de indagatoria, "...cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella...". Esta exigencia no se refiere a la ciudad, al Municipio, a la circunscripción ni a cualquier otra delimitación territorial, sino al lugar y al momento en que se recibe la injurada. Si el imputado afirmó que no tenía defensor para la diligencia y allí en el Hospital, a las 2. 15 P. M., no había ningún abogado titulado, era posible pedir el servicio a una ciudadana honorable.

No es reprochable, entonces, que se hubiera acudido a una persona carente del título de abogada, para que representara al sindicato en diligencia de indagatoria.

2. Según el artículo 386 del C. de. P. P., la indagatoria debe ser recibida "...a la mayor brevedad posible a más tardar dentro de los tres días siguientes a aquel en que el capturado haya sido puesto a disposición del Fiscal...". La norma, ante todo, ordena oír en indagatoria "a la mayor brevedad posible" y, como máximo, al tercer día. La Fiscalía lo único que hizo, entonces, fue cumplir el mandato legal, escuchando en injurada al joven GIRALDO DAVID el mismo día en que le fue ordenado por el Jefe de la Unidad.

La Unidad Primera de Reacción Inmediata de Medellín fue informada de lo sucedido el 5 de diciembre de 1994, a las 9. 30 de la mañana. Como su nombre lo indica,

rápidamente asignó el informe al Fiscal 155, "...para que se sirva trasladar a las Instalaciones de la Policlínica Municipal, para que le reciba instructiva se corrige indagatoria al señor NORVARIO ANTONIO GIRALDO...". Recibida por este la comunicación el mismo día, a las 11. 15 de la mañana, dictó auto que dispuso practicar la diligencia, y lo hizo a partir de la hora ya señalada. El Fiscal, entonces, no hizo más que cumplir con aquello que le ordenaba su Jefe inmediato (Fls. 8 a 10).

El joven GIRALDO DAVID, ciertamente, no se hallaba en inminente peligro de muerte, como para afirmar que por ese motivo era imperioso tomar su versión. Pero sí se hallaba herido, como lo hace saber el informe policial ("... el sindicado también resultó herido con heridas múltiples de arma de fuego y arma cortopunzante en todo el cuerpo...") (Fl. 2), como se hace constar en el acta de indagatoria (Fl. 9), y como se desprende del final de la diligencia pues que esta fue terminada a petición del imputado "...dado a que se encuentra bastante adolorido y alcanzado de respiración..." (Fl. 11).

No es censurable, así, que el Fiscal, en vez de esperar hasta el tercer día para buscar un togado, hubiera acudido, diligentemente, a recibir en descargos al agresor.

De lo anterior resulta que no existe ninguna anomalía o irregularidad en la recepción de la indagatoria.

3. Es evidente que entre el 6 de diciembre de 1994 y el 2 de marzo de 1995, es decir, durante tres meses, GIRALDO DAVID careció de defensa técnica, primero, porque la defensora que le fuera designada en la injurada lo fue solamente para esa diligencia; segundo, porque la Fiscalía, con alto grado de incuria y de insensatez, jamás le designó defensor, siendo que tenía el deber de hacerlo; y tercero, porque el Ministerio Público, que de todo se notificaba, nada hacía en pro del imputado y de la rectitud del proceso.

No obstante lo anterior, para la Sala no es viable declarar la nulidad, porque:

a) El 3 de marzo de 1995, la Fiscalía designó defensor de oficio (Fl. 123) y le dio posesión.

b) El mismo día, la Fiscalía cerró la investigación y le notificó personalmente al defensor el 7 de marzo de 1995 (Fl. 125). Este, sin embargo, nada objetó al trámite del proceso, aun cuando tuvo para ello 6 días hábiles, es decir, entre el 3 y el 10 de marzo, pues el lunes 13 de marzo el procesado otorgó poder a otro abogado en ejercicio. Quiere decir lo anterior que el defensor de oficio se allanó a lo ocurrido y que quiso, más bien, hacer sus planteamientos en el estudio defensivo que precedería la calificación.

c) El 13 de marzo de 1995, como se dijo, GIRALDO DAVID otorgó mandato a un profesional del derecho (Fl. 127, 127 vto). Este, en tiempo, presentó escrito precalificadorio y tampoco hizo protestas por el tránsito del proceso.

d) El defensor, en resumen, expresó lo siguiente en su memorial:

d.1.) El soporte para la medida detentiva fue la declaración de MAURICIO ALVAREZ ORTIZ. A renglón seguido, analizó este testimonio desde su óptica y estimó que se trataba de una prueba cuestionable e insuficiente, en especial por las dificultades que habría tenido el señor ALVAREZ en la percepción del hecho.

d.2) El instructor requirió a ALVAREZ para una nueva diligencia, tal vez para un reconocimiento en fila de personas. A pesar de ello, no fue posible lograr su comparecencia. Añadió: “Tal situación omisiva emerge como favorable al encartado, toda vez que tiende un oscuro manto de duda en su favor por mandato legal”, y agregó que tal testimonio se debe “...recibir con beneficio de inventario” (Fl. 131) y que los interrogantes que surgen de la declaración “...deben ser absueltos en pro de mi asistido, al no existir evidencias que así lo demuestren” (Fl. 132).

d.3) Sobre las demás “deponencias” no consideró necesario hacer referencias

pues creyó que en nada contribuían a proporcionar elementos suficientes para tomar una determinación.

d.4) Como a su poderdante no le fue encontrada ninguna arma, mal podría tenersele como infractor del artículo 1o. del decreto 3664 de 1986.

d.5) Como no puede pregonarse de manera fehaciente la participación de GIRALDO DAVID en la comisión del delito, es imposible acusarlo y por consiguiente lo viable es la preclusión de la instrucción.

Se percibe con facilidad que la fuerza del escrito de defensa se halla en la duda, generada en la declaración del principal testigo.

e) La Fiscalía acusó y al responder al estudio de la defensa dijo, entre otras cosas, que “En síntesis se limita ésta a poner en duda la veracidad del testimonio del joven MAURICIO ALVAREZ ORTIZ...” (Fl. 141).

f) La calificación fue notificada personalmente al defensor el mismo día en que fue proferida, el 11 de abril de 1995 (Fl. 144). Este no interpuso recurso alguno y 8 días después renunció al poder debido a presiones indebidas ejercidas por algunos parientes “del justiciable”, que le impedían “...realizar una gestión judicial adecuada en aras de su defensa, lo que riñe abiertamente con mi posición ética y jurídica...” (Fls. 146 y 146 vto).

g) Ya en el juicio, antes del traslado propio del artículo 446 del C. de. P. P., GIRALDO DAVID otorgó poder a un abogado para que asumiera su defensa (Fl. 151). Transcurrido el término previsto en la norma citada, nadie pidió pruebas y nadie solicitó la declaración de nulidades originadas en la instrucción y que no hubieran sido resueltas.

h) En la audiencia pública, el defensor criticó el testimonio de ALVAREZ, restó trascendencia a las demás declaraciones e hizo hincapié en la “orfandad probatoria del proceso”, en la falta de unas pruebas (Fl. 169 vto), en la “prueba incriminatoria escasa”, en el “incipiente averiguatorio” y en la “ineficaz prueba incriminante”, para concluir en una “...abundante y tenaz duda” que imponía la absolución” (Fls. 172/3).

i) Proferida la sentencia condenatoria, el defensor -como el procesado- apeló y en su escrito de impugnación básicamente dijo que “...en el expediente no obran pruebas suficientes y claras en contra de Norvairo y las dudas son abundantes a su favor para predicar su inocencia...” (Fl. 189). En su memorial de sustentación, entre otros aspectos, volvió a insistir en la duda (Fl. 193).

De todo lo anterior se desprende que GIRALDO DAVID sí contó, en tiempo, con defensa técnica frente al sumario y que ésta ha coincidido en un punto: arribar a unos de los momentos cruciales del proceso, la calificación y la audiencia, con un soporte: el planteamiento de la duda. Dicho de otra manera, los varios letrados que asumieron la protección del imputado desde la oportunidad tenida antes de la calificación, coincidieron en la estrategia defensiva, consistente en dejar las cosas como venían para, luego, tratar de explotar la incerteza probatoria y, por esa ruta, buscar una preclusión y una absolución con fundamento en la última parte del artículo 445 del C. de. P. P.

Por tanto, la sentencia no puede ser casada.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO O. PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

No hay firma

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria