

Proceso Nº 12780

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. Carlos E. Mejía Escobar

Aprobado Acta No. 211

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil (2000)

V I S T O S

Decide la Sala sobre la casación interpuesta por la defensora del procesado LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ en contra del fallo proferido el 6 de agosto de 1996 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., por medio del cual confirmó la sentencia dictada por el Juzgado 71 Penal del Circuito de la misma ciudad que lo condenó a la pena de prisión de 6 años al hallarlo responsable del delito de tentativa de homicidio de que fue víctima el señor Hernán Garzón Martínez.

H E C H O S

El 19 de julio de 1992, alrededor de las 9 de la noche, Hernán Garzón Martínez se dirigía a pie a tomar transporte para su lugar de trabajo, encontrándose con que al frente de la casa demarcada con el número 34F-12 de la diagonal 18 sur del barrio el Remanso de esta ciudad estaban desvalijando un automóvil Mazda, Línea 323 de color azul. Los ladrones al verlo le increparon que se quedara callado, por lo que él siguió su camino pero instantes después salió del mencionado inmueble un hombre que posteriormente fue

identificado como LEONARDO BEDOYA ORTIZ, quien acompañado de 2 mujeres le reclamó por el hurto al automotor al tiempo que le decía a una de sus acompañantes que le trajera el revólver. Garzón Martínez siguió caminando y fue nuevamente alcanzado por BEDOYA quien ya portaba una arma de fuego que accionó en su contra, impactándolo en el abdomen y, ya caído, en el oído derecho.

ACTUACION PROCESAL

- 1.- Los hechos fueron denunciados el 23 de julio de 1992 por la esposa de la víctima, quién señaló como presunto responsable de los mismos a un hombre N.N. que reside en la diagonal 18 sur No. 34F-12, barrio El Remanso de Bogotá D.C. (folio 1).
- 2.- El Fiscal 65 Delegado de la Unidad 5ª de Investigación Previa y Permanente de Bogotá D.C., ordenó el 10 de septiembre de 1992 apertura de investigación previa (folio 3). Allí mismo el Fiscal le solicitó al CTI la asignación de un agente investigador para que realizara pesquisas encaminadas a individualizar, identificar y localizar a la persona descrita en la denuncia y en las declaraciones como el agresor y “al parecer localizable en la diagonal 18sur No. 34F-12, barrio El Remanzo (sic) de esta ciudad”.
- 3.- El 24 de septiembre de 1992 se recibió declaración a la denunciante. Allí se le preguntó porqué había suministrado la diagonal 18 sur No. 34F-12, como la dirección del sindicado a lo que ella manifestó que por información de su esposo que vio a su agresor salir precisamente de ahí. (folio 5)
- 4.- El 30 de octubre de 1992, un investigador del Cuerpo Técnico de Investigación Judicial CTI, informó al Fiscal que el nombre del agresor por el que se le había ordenado indagar era LEONARDO BEDOYA ORTIZ, “quien es dueño y habitante de la casa demarcada con el No. 34F-12 de la diagonal 18 sur”. (folios 11 y 12)
- 5.- El 28 de octubre de 1992 se remitió a la Fiscalía por parte del C.T.I., un álbum

fotográfico del CTI en el que se muestra el inmueble “donde vive el sujeto que al parecer hizo los disparos” (folio 16) y las huellas de un impacto en la casa con el número 34F-11, ubicada al frente de la del imputado. (folios 17 y 18).

6.- El 9 de noviembre de 1992, el mismo Fiscal ordenó apertura de instrucción y la vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente de LEONARDO BEDOYA ORTIZ. (folios 25 y 26)

7.- El 18 de noviembre de 1992 se asignaron las diligencias a la Fiscal 100 Delegado de la Unidad de Vida de Bogotá D.C. (folio 28)

8.- El 13 de septiembre de 1993, el secretario auxiliar de la Unidad 2ª de Vida informa que contra el sindicado LEONARDO BEDOYA ORTIZ se adelanta otro sumario por homicidio en la Fiscalía 99 Delegada, por hechos ocurridos en abril de 1993 y que la dirección allí registrada es la de la carrera 50 No. 43-52 sur. (folio 47).

9.- El 29 de septiembre de 1993 se allegó la tarjeta decadactilar de LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ . (folio 62).

10.- El 12 de mayo de 1994 el secretario auxiliar le informa a la Fiscal 100 Delegada que al sindicado aún no se le ha escuchado en indagatoria. (folio 63)

11.- El 17 de mayo de 1994 la Fiscal 100 Delegada de la Unidad 2ª del grupo Vida, señala que “como dentro de las presentes diligencias no ha sido posible hacer comparecer al presunto sindicado, se dispone emplazarlo”. (folio 64)

12.- El 19 de mayo se fijó el edicto, allí se citaba y emplazaba a LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ y se indicaba que podía ser localizado en la “carrera 7bis número 70-38 Alfonso López”. (folio 65, copia al carbón)

13.- El 27 de julio de 1994 la Fiscal 100 Delegada, declara persona ausente a LEONARDO BEDOYA ORTIZ y para ello tiene en cuenta que “(..) a pesar de agotarsen (sic) los diligenciamientos de rigor y demás pesquisas (sic), de ley, desafortunadamente a este momento, no ha sido posible su localización, como bien se anuncia”. (folio 66).

14.- El 11 de agosto de 1994 se posesionó la defensora de oficio del sindicato BEDOYA ORTIZ, quien tenía licencia provisional vigente hasta marzo de 1995 (folio 68).

12.- El 22 de agosto de 1994 se definió la situación jurídica del procesado, imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva como responsable de tentativa de homicidio y se ordenó “reiterar” la orden de captura. (folios 70 a 74).

13.- El 7 de septiembre de 1994 se expidió orden de captura con destino al DAS, en la que se informó que la dirección del por capturar era la carrera 7 bis No. 70-38 Alfonso López. (folio 101)

14.- El 26 de septiembre de 1994 se recibió otra ampliación de declaración al lesionado. Allí informó que tenía conocimiento de que en la Fiscalía 99 había una orden de captura vigente en contra de su agresor, por homicidio. (folio 104)

15.- El 4 de octubre de 1994, el secretario administrativo de la Unidad de Fiscalía 2ª de Vida pasó al despacho de la Fiscal 100 Delegada el original del edicto emplazatorio informando que se encontraba pendiente la declaratoria de persona ausente. A ello respondió la Fiscal que el sindicato ya había sido declarado persona ausente y resuelta su situación jurídica (folios 105 y 106).

16.- El 19 de diciembre de 1994, el DAS informa que realizadas las diligencias necesarias para dar cumplimiento a la orden de captura expedida por la Fiscalía 100 Delegada el 7 de septiembre de 1994, un investigador se trasladó a la “carrera 7 bis No. 70-38” y comprobó que en Bogotá no existe la carrera 7 bis en intersección con la

calle 70, dirección que correspondería al sector de Quinta Camacho. (folio 109)

17.- El 28 de abril de 1995 se profirió resolución de acusación en contra de LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ como presunto responsable del delito de tentativa de homicidio. La última notificación se verificó el 6 de junio de 1995 (folios 114 a 119 vuelto), pero desde el 2 de mayo se reiteró la orden de captura, indicando la “carrera 7 bis No. 70-38, barrio Alfonso López” como dirección. (folio 120)

18.- Ante la inasistencia de la anterior defensora de oficio del procesado, se designó otra en su reemplazo que se posesionó el 2 de junio de 1995. (folio 123)

19.- El 2 de agosto de 1995 el Juzgado 71 Penal del Circuito inició la fase de juzgamiento (folio 126); ese Despacho le remitió un telegrama al acusado BEDOYA ORTIZ a la “carrera 7ª Bis No. 70-30, barrio Alfonso López de Cali (Valle)” informándole del traslado del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal (folio 129).

20.- El 19 de septiembre de 1995 el Juzgado ordena algunas pruebas de oficio. Igualmente y “como quiera que se observa que en las órdenes de captura impartidas en contra del procesado no se aclaró que la dirección en la que reside es en la ciudad de Cali Valle se ordena recabar en estas haciendo la correspondiente aclaración”.(folio 136)

21.- El 22 de septiembre (folio 138), el 23 de octubre (folio 145), el 14 de noviembre (folio 155), el 6 de diciembre de 1995 (folio 165), el 6 y 20 de febrero (folios 180 y 184) y el 4 de marzo de 1996 (folio 189) se libraron citaciones telegráficas para LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ, a la “carrera 7ª B bis No. 70-38, del barrio Alfonso López de Cali”. También se libró orden de captura con destino al CTI de la Fiscalía General de la Nación, informándole que las direcciones del por capturar eran la “carrera 7 Bis No. 70-38, Alfonso López de Cali” y la “diagonal 18 sur No. 34F-12 de Bogotá”. (folio 146)

22.- El 15 de noviembre de 1995, el acusado BEDOYA ORTIZ otorga poder en una

notaría del Círculo de Bogotá D.C. a una defensora para que lo represente en la actuación judicial que se adelanta en su contra (folio 158).

26.- Verificada la audiencia pública se profirió por parte del juzgado 71 Penal del Circuito la sentencia de primera instancia por medio de la cual se condenó a LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ a la pena de 6 años de prisión como autor del delito de homicidio tentado. Para notificar ese fallo se le remitió el telegrama No. 712 a la carrera 7ª B Bis No. 70-38, barrio Alfonso López de Cali (folio 232), comunicación que fue devuelta por el correo por la causal “destinatario cambió de domicilio” (folio 236).

Apelado el fallo por la defensora del procesado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., lo confirmó mediante el suyo del 6 de agosto de 1996, para cuya notificación al procesado le remitió comunicación a la “carrera 7ª B No. 78-38 de Cali”. (folio 14, cuaderno del Tribunal), a donde también le informó de la concesión del recurso de casación.

Inconforme con la sentencia de segundo grado, la defensora la impugnó por la vía del recurso extraordinario de casación que aquí se resuelve.

LA DEMANDA

1.- Al amparo del numeral 3º del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal se acusa la sentencia de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad y se formulan dos cargos dentro de esa misma causal.

2.- Cargo primero: carencia absoluta del derecho de defensa.

Al procesado LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ se le vulneró el derecho de defensa, porque a pesar de tenerse pleno conocimiento del lugar donde residía el mismo, nunca se

le envió comunicación a dicho sitio, ni aún por parte del Juez de la causa.

La casacionista señala que desde la formulación de la denuncia por parte de la esposa de la víctima se indicó la diagonal 18 sur No. 34F-12, barrio El Remanso de Bogotá D.C., como la dirección exacta del supuesto agresor, información que fue corroborada por el informe de un investigador del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación. Tal dirección tampoco era ajena al conocimiento de la Fiscalía, comoquiera que en el acápite de los hechos de la resolución que define la situación jurídica se anota que el sindicado salió de la diagonal 18 sur No. 34F-12.

Posteriormente, en la resolución de acusación también se menciona esa dirección, pero a ella nunca se le envió ni una citación y tampoco se insertó ese lugar de localización en la orden de captura que se expidió. Iniciada la etapa de juzgamiento, se libraron telegramas a un lugar, correspondiente a otra ciudad, que se extrajo de la cartilla decadactilar.

Como a pesar de conocerse la dirección exacta del sindicado, no se le avisó por ningún medio de la existencia de una acción penal en su contra, con esa desidia de los Funcionarios que conocían su dirección se impidió su acceso al expediente y el ejercicio de su defensa material. No purga tal vicio el conferimiento de poder por parte del acusado, una vez se enteró que se le seguía otra causa, pues para entonces el proceso se encontraba en la celebración de la audiencia pública, lo que hacía imposible el ejercicio de la defensa técnica. Como consecuencia de tales actuaciones considera violados el artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con los numerales 2 y 3 del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, por lo que solicita que se declare la nulidad a partir de la declaratoria de persona ausente y se ordene rehacer la actuación desde entonces.

3.- Segundo Cargo: Nulidad absoluta del derecho de defensa, por falta de defensa técnica.

Lo concreta en que al procesado LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ se le designó como defensora de oficio una persona que no era para la época abogada titulada. Concluye tal aseveración a partir del acta de posesión en la que ella anotó que era titular de licencia provisional, por lo que - dice la casacionista - solo era una egresada de una facultad de derecho. Para demostrarlo agregó a la demanda una constancia expedida por el Tribunal de Bogotá sobre la expedición de una licencia temporal a quien aparece posesionada como inicial defensora de oficio del procesado.

Reclama que la norma legal indica la obligatoriedad de nombrar un abogado ya titulado para la defensa del encartado, máxime en una ciudad como Bogotá donde hay millares de abogados titulados.

Adicionalmente, la designada abogada de oficio no cumplió con su deber legal, pues desde su posesión hasta la fecha de su desplazamiento (junio 2 de 1995) no pidió pruebas, no se opuso a la irregular vinculación, no se notificó de la definición de la situación jurídica y ni siquiera presentó alegatos de conclusión precalificatorios.

A esa orfandad de defensa técnica también contribuyó la abogada titulada designada en su reemplazo, quien únicamente se posesionó para notificarse de la resolución de acusación, sin que tampoco haya ejercido ni un solo acto de defensa. Designado otro abogado de oficio por renuncia de la anterior, éste último ni siquiera acudió a posesionarse. En tal estado se encontraba la actuación cuando casualmente se enteraron de la existencia de las diligencias y asumieron la defensa.

Considera entonces que el proceso debe anularse por cuanto durante toda la etapa del sumario y hasta en parte de la etapa del juicio hubo una absoluta falta de defensa técnica.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador 1° Delegado en lo Penal señala en su concepto que como los dos cargos formulados lo son por violación del derecho de defensa, entonces asume su respuesta conjunta.

Coincide con la demandante en que LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ careció por completo de defensa técnica.

El hecho de que la primera abogada de oficio portara licencia temporal, lo descarta como elemento constitutivo de violación al derecho de defensa, pues tal condición la habilitaba para actuar como defensora del procesado en los términos definidos por la sentencia C-049/96 de la Corte Constitucional, uno de cuyos apartes transcribe.

Lo que si resulta violatorio del derecho de defensa es que desde la declaratoria de persona ausente del procesado, la profesional que se le designó como defensora de oficio no tuvo ninguna actuación. No pidió pruebas, no estuvo presente en la ampliación y “reconocimiento” del agresor por parte de la víctima, no se notificó personalmente de ninguna decisión y no presentó alegatos de conclusión precalificatorios.

Tampoco tuvo ninguna actuación quien actuó en su reemplazo, que se limitó exclusivamente a notificarse personalmente de la resolución de acusación. Esta defensora fue separada del cargo el 2 de septiembre de 1995, sin que el abogado designado en su reemplazo siquiera se posesionara. No obstante durante ese lapso se dispuso la práctica de pruebas y se difirieron otras para la audiencia pública, en la que finalmente actuó el defensor de confianza del procesado.

Todo ello evidencia que hubo una defensa absolutamente aparente que niega la garantía del defensor técnico frente al poder del Estado, pues el único acto defensivo que se aprecia es la intervención tardía en la diligencia de audiencia pública, insuficiente para garantizar la legalidad del proceso.

En consecuencia solicita casar la sentencia y retrotraer el proceso a partir de cuando se vulneró el derecho de defensa, esto es a partir de la vinculación formal del sindicado al proceso o sea, desde la declaratoria de persona ausente, dejando a salvo las pruebas ya recaudadas que bien podrán ser discutidas en la instrucción.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- La demanda formula dos cargos de violación al derecho de defensa, que aunque claramente diferenciables, pueden ser, como lo hizo el Procurador 1° Delegado en lo Penal, respondidos unitariamente. Ello se hace dejando a salvo la incorrección técnica aparente que surge de la invocación de la errónea vinculación del procesado como causal simultánea de nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa (artículo 304 ordinal 2° y 3°). En estricto sentido uno es el error como infracción a la estructura, en cuanto invalida la vinculación como persona ausente del procesado y trasciende a la garantía (debido proceso); y, otro es el que deviene de las ausencias de defensa material y técnica (derecho de defensa).

La vinculación del sindicado a la actuación penal es uno de los componentes de la estructura del proceso penal, en cuanto esa es una etapa que debe ser necesariamente superada para dar paso a fases superiores de la actuación, que se afincan en el anterior para sustentar su legalidad. Lo que por lo general sucede es que donde repercute la errónea vinculación del inculcado, ya sea por indagatoria o por declaración de persona ausente, sea naturalmente en la privación del ejercicio del derecho de defensa por parte del indebidamente vinculado, en el ámbito de la defensa material (defenderse a sí mismo o designar defensor técnico de confianza).

2.- “El proceso penal, en esencia, es un escenario de controversia. A través de él el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el

ordenamiento jurídico. Esa actividad, sin embargo, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria. La ley establece las reglas de su adelantamiento y a ellas debe sujetarse la actividad del Fiscal, del Juez y de las partes. Es la manera de ordenar el debate procesal, el cual, adicionalmente, debe encontrarse permanentemente ceñido a los principios impuestos por la Constitución Nacional, como condición de validez de los actos del proceso. El derecho del sindicado a la defensa durante toda la actuación judicial y como expresiones de éste los de contradicción e impugnación, hacen parte de esas garantías, que de no cumplirse tornan el proceso en inconstitucional, debiendo acudir al mecanismo jurídico de la nulidad como forma de saneamiento de la conculcación.

“ (...) Si el derecho de contradicción hace parte del derecho de defensa y los dos son elementos que estructuran la garantía del debido proceso constitucional, no oír a las partes constituye una irregularidad insubsanable, un acto de despotismo jurisdiccional que socava la esencia controversial del proceso penal y que por lo mismo no se puede tolerar”¹.

3.- Reconocido por la Carta el derecho de defensa con carácter de fundamental, su ejercicio se deja por ella y por la ley, al leal saber y entender del sindicado (defensa material) y de su defensor (defensa técnica). A ellos se les considera sujetos procesales, con la significación que tal término cobra dentro un proceso que “como el penal evoluciona cada vez más hacia un trámite caracterizado, como corresponde a la organización Constitucional del Estado (artículo 1), por la participación activa de los sujetos procesales. Esa condición de sujetos que la Ley procesal le reconoce a quienes intervienen en el proceso penal, no es una definición vacía de contenido sino que al contrario se llena de obligaciones y derechos, cuya precisión y alcance se define por la fase del rito en la que se actúa y las características de la diligencia en la que se interviene. (...) “Todo ello es consecuencia apenas natural de la inclinación acusatoria por la que quiso el Constituyente que transitara el proceso penal colombiano. Esa vocación y

esa regulación originan mayores deberes y cargas para los sujetos y así deben asumirse sin pretextos ni condescendencias.²

A partir de tales caracterizaciones del proceso penal, en un sistema como el nuestro, donde la función de acusación está en cabeza del Estado, el ejercicio de esos derechos solo es posible si al procesado se le ofrecen las garantías e instrumentos necesarios para su ejercicio, y se le brinda la oportunidad de enfrentar en condiciones de igualdad a su contraparte.

4.- En ese orden de ideas, al Estado le corresponde como responsable del proceso penal en tanto titular de las funciones de acusación y juzgamiento, el deber jurídico procesal de los actos de vinculación. De acuerdo con la estructura del proceso penal, esos actos de vinculación en cuanto tienen que ver con el imputado, solo pueden ser de una de dos maneras: 1.- Personal, a través de la indagatoria o, 2.- En ausencia mediante la declaración de persona ausente.

El proceso penal colombiano, se diseña fundamentalmente sobre supuestos de vinculación personal del imputado como mecanismo ideal del establecimiento de la relación jurídica procesal, Estado – procesado. A partir de esa forma de vinculación, el Estado puede garantizar que el imputado está en capacidad de ejercer todas las posibilidades procesales propias del carácter dual (defensa material – defensa técnica) que se reconoce al ejercicio del derecho de defensa en el proceso penal.

La indagatoria es el instrumento óptimo de vinculación de una persona a un proceso penal y para el efecto, la Ley de Procedimiento contempla las más diversas alternativas, según la situación particular que en cada caso concreto haya originado la necesidad procesal de recepcionar tal diligencia. Esas opciones van desde la que se genera por la captura en flagrante hecho punible, pasa por el derecho a solicitar la propia indagatoria o la presentación voluntaria a rendirla, continua con la citación para tal diligencia y

culmina con la emisión de captura para el efecto, como opción unilateral y forzosa que tiende a suplir el marginamiento voluntario del reo frente a su posibilidad de comparecencia al proceso..

Todas esas opciones tienen como elemento común el de una mínima, pero suficiente información, que el imputado tiene, por sí o porque el Estado se la ha suministrado, de que existe una imputación penal en su contra. El capturado en flagrancia no tiene ninguna duda del motivo por el que ha sido privado de la libertad y su conducción inmediata ante la autoridad judicial supone suministrarle la información necesaria o recepcionarle la indagatoria . Al aprehendido por orden de autoridad judicial deberá informársele de los motivos de la captura en los términos del artículo 377 del Código de Procedimiento Penal. Quien solicita su propia indagatoria o quien se presenta a rendirla voluntariamente lo hace porque indudablemente sabe “de la existencia de una actuación en la cual obran imputaciones penales en su contra”. Y a quien se ha citado para rendirla, ha de brindársele o se le brinda allí, la información mínima que le permita saber que hay una actuación penal en su contra, esto es, la determinación de la autoridad judicial que lo requiere, la clase de proceso por el que se le indagará, la naturaleza de la diligencia para la que está citado y el deber de hacerlo acompañado de un abogado que lo asista.

En los casos de aprehensión en flagrancia, orden de captura efectivamente cumplida y solicitud o presentación voluntaria a rendir la indagatoria, no se presentan mayores problemas en cuanto al establecimiento de la relación jurídica procesal y al ejercicio del derecho de defensa técnica y material que se genera a partir de la evacuación de tal diligencia.

Las dificultades procesales suelen presentarse en los casos de ausencia de mandato de captura o de la inasistencia del imputado a rendir indagatoria, en cuanto a partir de tales situaciones es que el Funcionario Judicial debe concluir cuándo no fue posible hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria.

5.- En principio, dentro del esquema que el Código traza al proceso penal, el ideal de comparecencia para la indagatoria es el de la citación. A tal conclusión se llega a partir de la lectura de los artículos 375 y 376 del Estatuto que dejan al Fiscal la facultad de librar, cuando lo considere necesario, orden de captura para el efecto, en tratándose de delitos cuya pena de prisión mínima sea de 2 años o más.

La natural aflicción que genera una orden de captura, el principio constitucional de presunción de inocencia y la precariedad probatoria que se exige para recibirle indagatoria al imputado, determinan dicha hermenéutica para resolver la aparente contradicción que se genera entre las normas citadas, en cuanto la primera (artículo 375) le advierte al Fiscal que “podrá librar orden escrita de captura para efectos de la indagatoria”; y, la segunda (artículo 376) condiciona la citación para indagatoria a que el Funcionario Judicial valore “que no es necesaria la orden de captura”, en los dos casos refiriéndose a delitos cuya sanción es de prisión y con una intensidad mínima de 2 años o más.

6.- Si un imputado es citado y no comparece, el paso siguiente es ordenar su captura. Así lo ordena el artículo 376, que tiene como principios naturalmente implícitos que se haya identificado al citado y que se sepan los datos ciertos de su localización.

Puestos en conocimiento de los organismos de seguridad del Estado todos los datos que posea el Funcionario Judicial, si aún así no puede lograrse la comparecencia personal del imputado, entonces procederá el emplazamiento y la posterior declaratoria de persona ausente. Su legalidad se deriva, entonces, en tanto sea consecuencia de la rebeldía o de la ausencia real del procesado.

7.- “Resulta claro que el emplazamiento como forma de vinculación procesal es un procedimiento residual al que solo se puede llegar cuando se presente el supuesto de hecho contenido en la primera frase de la fórmula de redacción del artículo 356 del

Código de Procedimiento Penal, esto es 'cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que deba rendir indagatoria' "3

La imposibilidad de hacer comparecer al imputado, premisa necesaria para proceder al emplazamiento, es de alguna manera el reconocimiento del fracaso del Estado en el entabamiento de la relación jurídica procesal personal. No es que se abandone el ideal del trámite procesal - presencia personal del imputado -, sino que se adelanta con su ausencia física, aunque jurídicamente vinculado a través de la declaratoria de persona ausente. No existiendo la premisa, el error de actividad afecta la estructura misma del proceso.

Ahora bien, esa ausencia personal reduce las posibilidades de desarrollo del contradictorio, propias del carácter dual del ejercicio del derecho de defensa - defensa material - defensa técnica - y, es "precisamente uno de los riesgos de la actitud contumaz frente a la administración de justicia, el de la privación de medios de defensa para el particular que de tal manera actúa, privación que no puede ser entendida en el sentido de que éste tendría una menor intensidad de derecho a la defensa que el que cabría a otra clase de procesado, sino en que el ejercicio de su derecho se ha limitado a la mera defensa técnica que puede ofrecerle un defensor de oficio con prescindencia de la defensa material que proviene de quien ha estado involucrado en los hechos declarados como objeto procesal, pues roto el vínculo de comunicación entre el defensor de oficio y el contumaz defendido, aquel no tiene mayor información que la proveniente de la propia actuación procesal, que de contera se ha iniciado gracias a la querella del ofendido"4. No obstante, los sistemas jurídicos que admiten este modelo de juzgamiento dentro de los que se inscribe la ley colombiana, autorizan la designación de defensor de confianza por el procesado contumaz, con todo y lo cual sus posibilidades de defensa material, directa o inmediata, se ven restringidas. De esta

manera, cuando los errores de actividad o procedimiento afectan dicha posibilidad, no son de estructura sino de garantía, pues al acusado lo exponen a la indefensión o limitan severamente sus facultades defensivas.

8.- En ese orden de ideas es por eso que ante el desbalance procesal que genera esa residual forma de vinculación, el Estado tiene la obligación de garantizar que la imposibilidad de hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria no lo es por una causa injustificable atribuible a sí mismo, esto es a sus autoridades. La función acusatoria en cabeza del Estado, le impone a éste el deber de agotar todas las opciones razonablemente posibles para informar al imputado de la existencia de la actuación penal en su contra, de manera que sea inequívoca la conclusión de que la imposibilidad de hacerlo comparecer al proceso es por causa atribuible al imputado o, por lo menos, no imputable exclusivamente a inactividad o a la negligencia estatal.

Estas las razones por las que, al contrario de lo que muchas veces ocurre, los Funcionarios Judiciales, y no los empleados subalternos de sus despachos, deben ser extremadamente celosos y cautos en la constatación de los 2 factores relevantes para la vinculación del acusado como reo ausente: Su identificación plena o suficiente (segura), dado que por estar ausente por lo general no basta con la constatación de su identidad física; y la evidencia de su renuencia. Una y otra precaven el rito contra las posibilidades de adelantar el trámite respecto de alguien ajeno a los hechos (homonimia) afectando con ello a un inocente, o de construir un proceso penal a espaldas del vinculado sin ofrecerle oportunidad efectiva y material de ser oído en juicio, es decir, sin audiencia bilateral.

9.- Dadas las anteriores condiciones, surge indubitable la violación del derecho a la defensa técnica de LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ por la afectación trascendente de su garantía frente al derecho constitucional a la asistencia de un abogado (libremente) escogido por él (artículo 29). En este evento, es ostensible la afectación del derecho por las actuaciones erróneas y negligentes del aparato de justicia.

La actuación penal fue tramitada en su ausencia hasta la más avanzada fase procesal, sin que el aparato de justicia, representado en la Fiscalía 100 Delegada de la Unidad 2ª de Vida de Bogotá D.C., haya, de una parte, intentado siquiera hacerlo comparecer al proceso y, de otra, cuando lo intentó, lo hizo de manera negligente. Posteriormente enterado BEDOYA ORTIZ de la existencia del proceso y haciéndose representar por defensora de confianza, hizo manifiesta su voluntad de contumacia.

En efecto: Por denuncia que se formulara el 24 de julio de 1992, se inició investigación previa para determinar si había o no lugar al ejercicio de la acción penal. Desde esa ocasión, la denunciante que a su vez era la esposa de la víctima, señaló de manera inequívoca cual era la dirección exacta del presunto agresor. Diagonal 18 sur No. 34F-12 del barrio el Remanso de Bogotá, fué el dato concreto que se suministró para la localización de quien presuntamente había lesionado a Hernán Garzón Martínez.

Ese mismo dato se repitió en la resolución de apertura de la investigación previa (folio 3), en la diligencia de ampliación de la denuncia (folio 5), en el informe del CTI (folio 12) en el que además se indicó el nombre exacto de quien era dueño y habitante de ese inmueble e incluso se agregaron fotografías del mismo (folios 15 a 18) y se indicó de manera clara en el plano que también se adjunto al informe de policía judicial (folio 21). Ordenada apertura de instrucción, se agregó una constancia sobre la existencia de otro proceso penal en otra Fiscalía (99 Delegada) en contra del mismo imputado, por un delito de homicidio ocurrido 9 meses después del acá investigado (abril de 1993). Allí se ordenó su captura y se trajo la dirección que se tenía registrada de él (folio 47) pero esta no coincide con la de la presente investigación.

Después de la adjunción de la tarjeta decadactilar del imputado BEDOYA ORTIZ y con posterioridad a un informe secretarial que advierte de tal hecho y de que aún no ha sido vinculado mediante indagatoria (folio 63), la Fiscal 100 Delegada de la Unidad 2ª del Grupo Vida de Bogotá D.C., decide que “como no ha sido posible hacer comparecer al

sindicado se dispone su emplazamiento” (folio 64). Esa motivación de ese auto no corresponde a la realidad. No es que no haya sido posible hacer comparecer al sindicado. Es que no se le intentó vincular a la actuación. No hay entre el folio 1 en el que se halla la denuncia de la esposa del ofendido y el 64, donde se dispone emplazar, ni una sola evidencia de que al señor LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ se le haya remitido alguna citación, se haya librado orden de captura en su contra, se le haya informado por algún medio de la existencia de una actuación penal en la que los antecedentes y circunstancias lo señalaban como autor o partícipe de una infracción penal, o por lo menos se hubiera intentado su búsqueda en alguno de los lugares donde según el proceso podría residir o haber residido.

Ese procedimiento de la Fiscalía fue vicioso, en cuanto desconoció el contenido literal del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, pues el supuesto de hecho sobre el que tal norma autoriza el emplazamiento de quien debe rendir indagatoria, nunca se realizó.

En similar ocasión, la Corte elaboró el siguiente antecedente: “Ahora bien, en cuanto a ese trámite debe recordarse que en tratándose de una persona que no ha podido ser localizada, es necesario que se agoten las pesquisas adelantadas por las autoridades policivas para lograr su captura y que haya avisado negativamente sobre los esfuerzos realizados; o tratándose de sindicatos que deben ser citados para ser escuchados en indagatoria, es necesario esperar los informes que indiquen que ha sido imposible su ubicación, para entonces en tales circunstancias sí proceder a ordenar el respectivo emplazamiento y posterior declaratoria de ausencia; por tanto, primero se deben agotar todos los esfuerzos necesarios para localizar al sindicado, pues proceder de manera distinta sería vulnerante del derecho de defensa, en la medida en que la posibilidad de ejercerlo es mayor con la presencia física dentro del proceso; así lo han reiterado el propio legislador, la jurisprudencia y la doctrina. Es por ello que proceder a realizar emplazamiento y a la posterior declaratoria de ausencia, sin que previamente se hubieran hecho los esfuerzos de búsqueda además de que quebrantan el debido proceso,

vulneraría el derecho de defensa, porque se estaría dando carácter de contumaz a quien posiblemente sí tiene interés en presentarse ante las autoridades para ejercer la defensa material y disponer de los auxilios profesionales pertinentes para garantizar la defensa técnica. Aún en el caso de que el sindicado sea renuente a tal presentación personal ante las autoridades de la justicia, al Estado le corresponde finalmente el deber de garantizar el derecho de defensa, realizando todos los esfuerzos para lograr la captura y que con ella se cumpla una de sus múltiples finalidades, la de procurar la presencia física del sindicado en el proceso y de esa manera darle todas las garantías legalmente previstas en relación con la real existencia de una defensa material y técnica”5.

La decisión de la Fiscalía 100 Delegada de la Unidad 2ª de Vida de Bogotá D.C., de emplazar directamente, sin antes haber intentado localizar al procesado, le limitó severamente el derecho a designar defensor técnico de confianza, pues dicha posibilidad únicamente se materializó muy avanzada la etapa del juicio, cuando se dispuso su citación mediante telegrama remitido a la residencia de su familia en la ciudad de Cali. Antes de ello y durante todo el sumario, se le privó de esa facultad, resquebrajando con ello seriamente el contradictorio durante las fases de investigación y calificación y posteriormente durante parte del juicio.

10.- La resolución de situación jurídica se produjo el 22 de agosto de 1994, sin que nunca se intentara su notificación a quien allí se ordenaba asegurar con detención preventiva por tentativa de homicidio (folios 70 a 74). Solo hasta el 7 de septiembre de 1994 se libra orden de captura en contra de LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ, pero se suministra al organismo de seguridad (DAS) una dirección de localización que no corresponde al perseguido y de la que ni siquiera se tiene el cuidado de anotar la ciudad a la que pertenece.(folio 101) Se envió a autoridades de Bogotá y se suministró otra dirección que correspondía a Cali.

La Fiscalía no se interesó en que desde el mismo origen de la actuación penal se hubiera indicado por parte de la denunciante la dirección exacta del agresor, ni en que en la ampliación de la denuncia ese dato se hubiera confirmado y que el investigador del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación hubiera corroborado ese dato en su informe al que además agregó álbum fotográfico y plano topográfico de ubicación del inmueble “donde posiblemente vive el sindicado” (folios 11 a 21). Tampoco tuvo en cuenta que en el folio 47 se había dejado una constancia secretarial en la que se daba cuenta de otra actuación penal en contra del sindicado y se anotaba allí la dirección que de él se conocía en tal proceso. Tan abundante información fue omitida por la Fiscal 100 Delegada de la Unidad 2ª de Vida de Bogotá y en su lugar prefirió la del domicilio anotado en la tarjeta decadactilar, un documento cuya preparación data de 1976 (folio 62), es decir 16 años antes de los hechos, por lo que era bastante posible que no tuviera ninguna actualidad como lugar de ubicación del sindicado BEDOYA ORTIZ, aunque como se verá, todo indica que a la postre resultó suficiente aunque para otra clase de efecto y en un momento procesal inoportuno. Pero, por si ello fuera poco, en la orden de captura ni siquiera se anotó en forma correcta esa dirección de localización, pues mientras en la tarjeta decadactilar aparece como “carrera 7ªB bis No. 70-38, barrio Alfonso López de Cali”, en la orden de captura se anotó la “carrera 7 bis No. 70-38 Alfonso López”. Ello no podía generar, naturalmente, ningún resultado diferente que el informe de captura del folio 109 en el que se indica que la dirección suministrada no corresponde a la nomenclatura urbana de Bogotá.

Ese fue el único esfuerzo de localización que se intentó del señor BEDOYA ORTIZ hasta que se clausuró la investigación y se calificó el mérito sumarial, diligencias para las cuales no se intentó ninguna notificación suya. Con posterioridad a la emisión de la resolución de acusación se repitió la orden de captura al DAS, anotando los mismos datos (folio 120) de la que ya había sido respondida por ese organismo de seguridad diciendo que esa dirección no existe en Bogotá D.C..

Iniciada la Fase de juzgamiento el Juzgado 71 Penal del Circuito de esta ciudad le remite un telegrama a BEDOYA ORTIZ, corriéndole el traslado del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, a una dirección también incorrecta pues anotó como tal la “carrera 7ª Bis No. 70-30” (folio 129), es decir que ni era la carrera 7ªB bis que indica la tarjeta decadactilar, ni el número era tampoco 70-38, como allí aparece. Incorre el Juez en el mismo dislate de la Fiscal, al anotar mal la dirección tomada de la tarjeta decadactilar y omitir – sin expresar ninguna razón – la información suministrada por la denunciante, el CTI y el propio secretario de la unidad sobre lugares de localización de ese procesado.

Fue solo hasta el 23 de octubre de 1995 que el Juzgado 71 Penal del Circuito insistió en la orden de captura para reparar el error de no haberse indicado que la dirección era de la ciudad de Cali, tal como lo señaló en auto del 19 de septiembre de 1995. No obstante, se siguió incurriendo en el error de no anotar correctamente ese lugar de localización, pues se anotó la carrera como 7ª bis, cuando lo correcto era – siguiendo la tarjeta decadactilar – 7ªB bis. Es aquí en esta orden de captura donde por primera vez aparece en una actuación encaminada a la ubicación del para entonces acusado LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ la dirección suministrada en la denuncia formulada por la esposa de la víctima: diagonal 18 sur No. 34F-12, barrio El Remanso de Bogotá D.C. (folio 146). Tal información se anotó cuando ya se había fijado la primera fecha para audiencia pública (folio 144), pero nunca se utilizó para enviar allí ninguna comunicación. La siguiente fecha de audiencia se fijó para el 30 de noviembre y la citación al procesado se le remitió a la dirección de Cali, anotándose por primera vez en forma correcta en el telegrama respectivo (folio 155). Después aparecen los defensores de confianza del encartado, y participan en la diligencia de audiencia pública afirmando, entre otras cuestiones, que el otorgamiento del poder nació de la recepción del telegrama en casa de su familia en la ciudad de Cali, como que de haber tenido conocimiento del requerimiento formal por la justicia habría hecho valer sus derechos.

Hay entonces una clara evidencia de que el Estado, representado en la Fiscal 100 Delegada de la Unidad 2ª de Vida y el Juez 71 Penal del Circuito vulneró la garantía de defensa en esta actuación. Tales Funcionarios Judiciales, teniendo la información necesaria para brindarle al sindicado LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ la posibilidad de concurrir al proceso o hacerse representar oportunamente omitieron hacerlo, dando como resultado el adelantamiento de un proceso a espaldas del encartado.

La definición del penal como proceso que se caracteriza por su bilateralidad, no es vacía de contenido, es por el contrario, la única naturaleza que se aviene con la Constitución y la ley. Es obligación del Estado establecer esa relación jurídica bilateral y generar los actos para que si llega a ocurrir el extrañamiento personal del procesado, sea fruto de su decisión voluntaria o de la física imposibilidad de hacerlo comparecer. Dicha bilateralidad no excluye la concurrencia de pretensiones privadas (o públicas como la del Ministerio Público) que incluso pueden ser opuestas entre sí, es decir no es concepto opuesto a la pluralidad de sujetos procesales. Pero si, como aquí ocurre, no se construyó un proceso de partes por cuanto al imputado nunca se le brindó la oportunidad de constituirse en tal, entonces se trata, no de un proceso, sino de la actuación de una parte – el Estado – en contra de otra – el sindicado ausente –.

Esa unilateralidad injustificada pone de presente un absoluto desbalance de la actuación penal, en cuanto se estableció deficientemente la relación jurídica que caracteriza el proceso penal, única forma que la Constitución y la ley reconocen para el ejercicio del derecho de defensa. Es allí en la oportunidad de construcción de ese balance procesal, Estado – defensa (material y técnica), donde se define la medida y límite del deber estatal de establecimiento de la relación jurídica procesal. Como a nadie puede obligársele a lo imposible y al Estado tampoco, éste debe actuar al interior del proceso penal de modo que al emplazamiento haya de llegarse como consecuencia de que no fue posible hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria. La

definición de imposibilidad de comparecimiento está determinada entonces por las situaciones particulares de cada caso en concreto y la medida de esa diferencia no es otra que la que deviene de la información que en cada ocasión se tenga o se pueda tener. Al Estado por tener a su servicio los organismos de seguridad y las diversas agencias de investigación e inteligencia le cabe la responsabilidad de utilizar adecuadamente la información que posea para la localización de cada sindicado o de recaudar esa información si no la tiene. En todo caso el deber procesal de vinculación es suyo y es por tanto a quien le compete realizar las gestiones materiales suficientes en virtud de cuyo fracaso se imposibilita hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria. A ello le caben dos clases de excepciones: La de aquellos que notoriamente se hallan en rebeldía, a ciencia y paciencia propias; y, la de aquellos cuya captura se torna en requerimiento público o suficientemente conocido, de modo que no puede haber lugar a que el proceso se construya a espaldas suyas. Pero aún en estas hipótesis, la evidencia de su postura debe ser diáfana en el trámite mismo y no puede suponerse, ni fundarse en juicios puramente subjetivos.

Como se ve en este caso concreto, el Estado tenía toda la información necesaria para la ubicación del señor LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ y contra toda razonabilidad la desechó para usar como datos de localización unos inexistentes o que por erróneamente utilizados, no podían ser preferidos a los suministrados por la denunciante (folio 1) o por una de sus agencias de investigación judicial (CTI) que correspondían a un periodo concomitante con el de ocurrencia del hecho punible (1992). Pero como la defección produjo sus consecuencias sobre la garantía de la defensa, es ésta la que debe restablecerse desde un momento procesal oportuno que para la Sala se consigue retrotrayendo la actuación a la fase del sumario.

En consecuencia de lo expuesto, se casará la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá D.C., declarando la nulidad de todo lo actuado a partir inclusive del cierre de investigación, comprendiendo todos los actos que dependan de él, menos los

de prueba.

En mérito de ello, La Corte Suprema de Justicia, 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

1°.- CASAR la sentencia impugnada.

2°.- DECRETAR la nulidad de todo lo actuado desde la resolución que dispuso el cierre de la investigación, inclusive, adelantada a LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ, comprendiendo todos los actos que dependan de él, menos los de prueba.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE
GALLEGO

JORGE A. GOMEZ

MARIO MANTILLA NOUGUES
CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO O. PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

- 1.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación del 25 de marzo de 1999, radicación No. 11.279.
- 2.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto que niega aplazamiento de una audiencia pública, única instancia, radicación No. 16.955.
- 3.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de tutela del 9 de febrero de 1999, radicación No. 5.216.
- 4.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de tutela del 24 de noviembre de 1998, radicación No. 5.012.
- 5.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación del 30 de abril de 1993, Magistrados Ponente: Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda, en Gaceta Judicial No. 2.463, primer semestre de 1993, Volumen II, página 826.