

Proceso No 12845

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Aprobado acta No. 098

Bogotá, D. C., veintinueve de agosto del año dos mil dos.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados JAIRO ANTONIO MONTOYA SALINAS y LUIS ALFONSO LEÓN MOLINA contra la sentencia dictada por el Tribunal superior del distrito judicial de Antioquia mediante la cual los condenó por el delito de homicidio agravado.

Hechos y actuación procesal.-

1.- Aquellos fueron declarados por el Juzgador de la manera siguiente:

“A eso de las once de la noche del 20 de noviembre de 1994, en la calle 50, entre carreras Nariño y Córdoba del municipio de Amagá, se hallaban Uldarino de Jesús Pineda Zapata, Jairo Antonio Montoya Salinas, Luis Alfonso León Molina, Bernardo Antonio Restrepo Muñoz y Víctor Luis Rodas Molina dedicados a ingerir bebidas embriagantes y consumir estupefacientes. De un momento a otro Uldarino Pineda fue atacado con arma blanca, recibiendo en su anatomía nueve heridas que le ocasionaron la muerte casi en el acto.

“De momento nada se supo sobre la identidad del autor o autores de tal delito, pero horas después se recibió una llamada anónima al comando de la policía de la mencionada localidad, en la cual se dio cuenta ‘que el sujeto que había dado muerte al señor PINEDA ZAPATA era JAIRO ANTONIO MONTOYA SALINAS’. Con base en esta información, y luego de ingentes esfuerzos investigativos desplegados por la Unidad Seccional de la Fiscalía de Amagá, se pudo identificar a los autores de la occisión de Uldarino Pineda Zapata, que no fueron otros que dos de sus acompañantes, a saber: Jairo Antonio Montoya Salinas y Luis Alfonso León Molina”.

2.- Iniciada la investigación por la Unidad única de fiscalía de Amagá – Antioquia (fl. 26 vto.), el siete de abril de mil novecientos noventa y cinco vinculó mediante indagatoria a JAIRO ANTONIO MONTOYA SALINAS, en cuya diligencia fue asistido por el ciudadano Manuel Restrepo, defensor de oficio designado por el Despacho (fls. 28 y ss.), y le definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 43 y ss.).

Asimismo, el dieciocho siguiente escuchó en indagatoria a BERNARDO ANTONIO RESTREPO MUÑOZ (fl. 70 y ss.), y LUIS ALFONSO LEON MOLINA (fls. 76 y ss.), siendo asistidos por el ciudadano Darío Gómez Velásquez, defensor de oficio designado por el despacho, y definió la situación jurídica del segundo de ellos con medida de aseguramiento de detención preventiva, en tanto que precluyó la instrucción respecto del primero (fls. 86 y ss.).

Posteriormente, previa clausura del ciclo instructivo (fl. 140), el cuatro de agosto de mil novecientos noventa y cinco se calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución de acusación en contra de JAIRO ANTONIO MONTOYA SALINAS y LUIS ALFONSO LEON MOLINA por el delito de homicidio agravado (fls. 149 y ss.), mediante determinación que el trece de octubre siguiente la Unidad de Fiscalías delegadas ante

los tribunales superiores de distrito judicial confirmó íntegramente al conocer de la apelación promovida por la defensa (fls. 179 y ss.).

3.- El trámite del juicio fue asumido por el Juzgado penal del circuito de Titiribí- Antioquia (fl. 189) donde previa realización de la vista pública (fls. 261 y ss.) el once de abril de mil novecientos noventa y seis puso fin a la instancia condenando a los procesados JAIRO ANTONIO MONTOYA SALINAS y LUIS ALFONSO LEON MOLINA a la penas principales de cuarenta y tres (43) y cuarenta y dos (42) años de prisión, respectivamente, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, y el pago de los perjuicios causados con la infracción, a consecuencia de declararlos penalmente responsables del delito imputado en el pliego enjuiciatorio (fls. 267 y ss.), mediante sentencia que el veinticinco de junio siguiente el Tribunal superior confirmó íntegramente (fls. 330 y ss.), al conocer en segunda instancia de la apelación promovida por el procesado LUIS ALFONSO LEON MOLINA y el defensor de JAIRO ANTONIO MONTOYA SALINAS.

5.- Contra el fallo de segundo grado, en oportunidad, los procesados interpusieron recurso extraordinario de casación (fl. 355 y 356), el cual fue concedido por el ad quem (fl. 372) y dentro del término legal sus defensores presentaron los correspondientes escritos sustentatorios (fls. 386 y 398 y ss.) que la Sala declaró ajustados a las prescripciones legales (fl. 3 cno. Corte).

6.- Por proveído de once de septiembre de dos mil uno, el Juzgado penal del circuito de Titiribí resolvió “REDUCIR, en razón del principio de favorabilidad, la pena impuesta a JAIRO ANTONIO MONTOYA SALINAS en este proceso, la cual quedará en definitiva en VEINTIOCHO (28) AÑOS DE PRISION” (fls. 76 y ss. cno. Corte).

Las demandas.-

1.- A nombre del procesado JAIRO ANTONIO MONTOYA SALINAS.

Con apoyo en la causal tercera de casación, un cargo formula contra el fallo del Tribunal en el que denuncia que fue proferido en juicio viciado de nulidad por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y la violación del derecho de defensa.

Sostiene al efecto que su defendido rindió indagatoria el 7 de abril de 1995 ante la Fiscalía seccional de Amagá, y para asistirlo en la diligencia de oficio se le designó a un ciudadano de la localidad, mas no a un profesional del Derecho, de manera que no contó con defensa técnica.

Desde ese momento, hasta el 28 de abril siguiente, fecha en que asumió su defensa un profesional del derecho, se practicaron una serie de pruebas que a la postre resultaron ser fundamentales para edificar la acusación sin que el procesado hubiere tenido defensor técnico, lo que, a su criterio, constituye motivo de nulidad, pues, “durante ese tiempo el procesado careció por completo de una defensa adecuada tal como se regula por la misma Constitución Nacional, artículo 29, y el artículo 1º del Estatuto procesal penal”.

Y luego de citar un aparte de la sentencia SU-044 proferida por la Corte Constitucional, la cual considera aplicable al caso, solicita casar la sentencia materia de impugnación (fls. 386 y ss.).

2.- Demanda a nombre del procesado LUIS ALFONSO LEON MOLINA.

Con fundamento en la causal tercera de casación, denuncia que la sentencia fue proferida en juicio viciado de nulidad por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y la violación del derecho de defensa.

Manifiesta al respecto que el 18 de abril de 1995 su asistido rindió indagatoria, para la cual el despacho le designó como defensor de oficio a un ciudadano que no ostenta la condición de abogado, lo que resulta violatorio del artículo 29 de la Carta Política y vicia de nulidad lo actuado a partir de dicha diligencia, pues sobre ella continuaron de manera secuencial actuaciones procesales tales como la definición de la situación jurídica, la resolución de acusación y la sentencia.

En apoyo de su pretensión trae a colación apartes de los pronunciamientos de la Corte Constitucional contenidos en los fallos C-592 de 1993, SU 044 de 1995 y C- 049 de 1996 y el criterio de algunos doctrinantes, luego de lo cual solicita casar la sentencia impugnada y dictar, “en consecuencia, fallo de sustitución” (fls. 398 y ss.).

Concepto del Agente del Ministerio Público.-

El Procurador tercero delegado en lo penal (E) comienza por manifestar que como en las dos demandas se formulan cargos por una similar actuación dentro del proceso adelantado por la Fiscalía única de Amagá, se amerita respuesta conjunta, y, en consecuencia, conceptúa de la manera siguiente:

Considera evidente la improcedencia de ambas peticiones, pues si bien para la fecha en que los implicados rindieron sus respectivas indagatorias ya había entrado en vigor la nueva Constitución Política y concretamente su artículo 29, que estableció la obligatoria asistencia técnica al sindicado de manera permanente durante la investigación y el juzgamiento, también se encontraba vigente el artículo 148 del Código de procedimiento penal que regulaba aspectos inherentes a la defensa técnica y facultaba al funcionario de instrucción el nombramiento de un ciudadano que asistiera al implicado sometido a indagatoria.

Esta disposición, proferida luego de proclamada la Carta Política, se hallaba amparada por una presunción de constitucionalidad imposible de ser desconocida con el

argumento de que con posterioridad sería declarada inexecutable por la Corte Constitucional, “pues de generalizarse un razonamiento de esta índole, ningún funcionario tendría la certidumbre al adelantar un proceso o dictar una providencia de cualquier naturaleza, al considerar que su actividad podría estar sujeta a variaciones sustanciales en un futuro cercano, cuya consecuencia inmediata obligaría a retrotraer toda la actuación a su etapa inicial, afectando a todos los sujetos procesales y por esta vía la credibilidad de una comunidad en la administración de justicia, al no tener seguridad jurídica sobre la vigencia de las normas penales que los rige dentro de un determinado sistema penal”.

El tema fue objeto de estudio por la propia Corte Constitucional cuando dispuso que sus fallos tenían efectos erga omnes y hacia el futuro, de manera que si una disposición era declarada incompatible con los preceptos superiores, su inaplicación producía efectos sólo a partir de la ejecutoria de la sentencia, sin compromiso de actuaciones pretéritas consumadas, como en igual sentido posteriormente se precisó en el artículo 45 de la Ley estatutaria de la administración de justicia.

Si con posterioridad dicha norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-049 del ocho de febrero de mil novecientos noventa y seis, se establece que la designación de los señores Manuel Restrepo Díaz y Darío Gómez Velásquez como defensores de oficio de los sindicatos sometidos a indagatoria, no alcanzó a constituir siquiera incorrección de tipo formal, por lo que resulta improcedente solicitar la anulación de las respectivas diligencias.

En relación con el otro aspecto contenido en las demandas y relativo a una eventual vulneración de la defensa técnica, porque a partir de las indagatorias fueron practicadas varias diligencias sin la asistencia del defensor, las cuales sirvieron de sustento a la resolución de acusación y el fallo, considera la Delegada que se recaudaron con apego a las normas de procedimiento que no vinculan la validez de su realización a la presencia del

defensor.

Agrega, que tampoco los casacionistas se tomaron el trabajo de demostrar la incidencia que la intervención de un defensor hubiera tenido en la producción de tales medios probatorios, de suerte que sin cumplir ese requisito en orden a establecer la efectiva vulneración del derecho fundamental, el ataque se reduce al plano del simple comentario y, por tanto, resulta incapaz de lograr una eventual prosperidad en sede de casación.

Con fundamento en lo expuesto solicita de la Corte no casar la sentencia materia de impugnación (fls. 5 y ss. cno. Corte)

SE CONSIDERA:

Como quiera que las dos demandas presentan idénticos cargos postulados al amparo de la causal tercera, y se soportan en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, ello amerita que la Corte les dé respuesta conjunta.

Como ha sido expuesto en oportunidades anteriores en que se ha ocupado del tema, no se desconoce que el artículo 29 de la Carta Política eleva a la categoría de garantía fundamental el derecho de defensa en su doble dimensión: material, a cargo del procesado, con base en la cual en desarrollo de la actuación puede presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra y llevar a cabo todas las gestiones orientadas a oponerse a su persecución y juzgamiento; y técnica, letrada o profesional, a cargo de un abogado mediante la que se posibilite la controversia jurídica y el equilibrio en que ha de ser enfrentado por el procesado el ejercicio de la acción penal.

En razón de ello, la jurisprudencia tiene por sentado que la defensa como unidad, para que pueda entenderse garantía constitucional, debe ser real, permanente y continua durante la investigación y el juzgamiento, es decir, durante todo el trámite procesal, ya

que sin posibilidades de contradicción no es plausible concebir legítimo hoy día el proceso. Esto no significa, sin embargo, que si ha dejado de tenerla en un determinado momento, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advenga por ese solo motivo ineficaz, pues en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaratoria de las nulidades, sólo si la anomalía afecta realmente las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable que así se declare.

Ha sido sostenido también que si la irregularidad es oportunamente corregida, de suerte que el profesional designado contó con posibilidad de ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudo haber llevado a cabo durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, pues ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a contar con oportunidades que ya tuvo (Cfr. Sentencias de casación de 27 de mayo de 1999, M.P. Calvete Rangel; junio 15 y agosto 11 de 1999, M.P. Arboleda Ripoll).

Para el caso, los reproches se fundan en que durante la indagatoria los procesados estuvieron asistidos por ciudadanos honorables, y en considerar que si bien con posterioridad tuvieron sendos defensores técnicos, de todas maneras durante ese intervalo se definió la situación jurídica y se practicaron pruebas trascendentes en la calificación del sumario y el fallo de fondo.

Sobre lo primero debe decirse que contrario a la opinión de los demandantes, para la época en que se recibieron las indagatorias de los procesados JAIRO ANTONIO MONTOYA SALINAS y LUIS ALFONSO LEON MOLINA (7 y 18 de abril de 1995), regía el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), que autorizaba la designación de una persona honorable como defensora del imputado en indagatoria, cuando en el lugar no hubiera abogado inscrito que pudiera cumplir esa función.

Aunque no se dejó expresa constancia sobre las razones por las cuales la funcionaria de instrucción no designó como defensor de oficio a un profesional del derecho, es lo cierto que en el acta de la indagatoria rendida por JAIRO ANTONIO MONTOYA SALINAS sí quedó clara la advertencia sobre el derecho de nombrar un defensor en los siguientes términos: “Se le hizo conocer el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo asista y manifiesta que no tiene o no lo nombra y el Despacho de oficio le nombra al señor MANUEL RESTREPO DIAZ, con c.c. No. 561.790 de Amagá, a quien se juramentó de acuerdo con el art. 285 del C. de P. Penal” (fls. 28 y ss.); como de idéntica manera se procedió respecto de LUIS ALFONSO LEON MOLINA, al indicarse por la instructora que “se le hizo saber que tiene derecho a nombrar defensor que lo asista y manifiesta que no tiene, motivo por el cual de oficio se le nombra al señor DARIO GOMEZ VELASQUEZ, con c.c. No. 542.000 de Medellín” (fl. 76).

Indica ello que la funcionaria tuvo en cuenta que los imputados manifestaron no contar con un abogado defensor, y que en el sitio donde se estaba llevando a cabo la diligencia no encontró uno que pudiera asistirlo, situación que autorizaba proceder en la forma en que se hizo, resultando la actuación, por tanto, acorde con la normatividad por entonces vigente, que facultaba al instructor para designar como defensor de oficio a un ciudadano honorable atendiendo que en el momento y lugar específico de la diligencia no se contara con un profesional del derecho a quien encomendar tal labor.

Si bien por virtud de la declaratoria de inexequibilidad contenida en la sentencia C-049 de febrero 8 de 1996 dicha posibilidad fue excluida del ordenamiento jurídico, esta circunstancia sobreviniente en manera alguna puede afectar la validez de las actuaciones cumplidas de acuerdo con los preceptos legales para entonces vigentes, tal como ha tenido oportunidad de precisarlo la Sala a través, entre otros, de los fallos de casación de octubre 21 de 1998 con ponencia del Magistrado Pinilla Pinilla, de enero 20 de 1999 con ponencia del Magistrado Mejía Escobar y de octubre 28 de 1999, magistrado ponente Pérez Pinzón.

No sobra aclarar, que el Fiscal instructor no podía exceptuar la aplicación del artículo 148 del Código de procedimiento penal, por su oposición al artículo 29 de la Carta Política, pues, acorde con el criterio interpretativo unánime en la jurisprudencia, el operador del sistema no puede ignorar la existencia de la precitada norma legal, que habilitaba en casos especiales a personas honorables para que asumieran la defensa del imputado en la indagatoria, ni desconocer que la ineficacia de los actos procesales deriva de la violación de la ley, que no de su acatamiento o conformidad con ella (Cfr. casación de septiembre 22/98, M. P. Arboleda Ripoll, entre otras).

Este aspecto de las demandas se desestimaré, en tanto que el derecho a la defensa técnica no sufrió mengua o quebrantamiento alguno de conformidad con los instrumentos legales de que disponía el instructor para cuando las referidas diligencias se realizaron.

En cuanto tiene que ver con el segundo aspecto de las censuras, relativo a que los procesados permanecieron sin defensa técnica desde cuando fueron escuchados en indagatoria hasta cuando días más tarde se les proveyó de defensor técnico, tampoco asiste razón a los casacionistas.

Es cierto que a partir de la indagatoria de JAIRO ANTONIO MONTOYA SALINAS, ocurrida el siete de abril de 1995, hasta el 18 de abril siguiente cuando se le designó como defensor a un abogado titulado y se le notificó de la providencia mediante la cual se definió la situación jurídica (fl. 69), y que entre la indagatoria de LUIS ALFONSO LEON MOLINA que tuvo lugar el 18 de abril de 1995 (fl. 76) y la posesión del defensor público designado al efecto lo que ocurrió el 19 de mayo siguiente, los procesados carecieron de asistencia técnica, pero es claro, también, que este vicio fue corregido antes de la clausura del ciclo investigativo, habiendo tenido los defensores la posibilidad de solicitar nuevas pruebas, o de pedir la repetición o ampliación de las ya aportadas. No obstante, optaron por guardar relativo silencio hasta antes del cierre de la investigación, cuando el

defensor común demandó practicar inspección judicial al lugar de los hechos (fl. 130) a la cual asistió y donde se recaudaron varios testimonios (fls. 133 y ss.), que con posterioridad al cierre de la investigación presentó alegatos de conclusión (fl. 143 y ss.), interpuso recurso de apelación contra la providencia calificatoria (fl. 171) y durante el juicio oral intervino activamente en pro de los intereses de sus asistidos. Por manera que la pregonada transgresión del derecho de defensa, no tuvo realización en el trámite, pues la actuación indica que no hubo abandono del proceso, y que la defensa técnica actuó cuando consideró pertinente hacerlo.

Y si bien resulta evidente que durante la fase de instrucción los defensores de los procesados en cuyo favor se recurre, no actuaron con la acuciosidad con que seguramente lo habrían hecho los casacionistas, de acuerdo a lo sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Corte, el defensor en ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de total iniciativa, pudiendo presentar las solicitudes que considere acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso a pesar de tener actitud vigilante del desarrollo de la actuación asumir una pasiva por estimar que esa puede ser la mejor alternativa de defensa, y no por estar en desacuerdo con la estrategia defensiva asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, hay lugar a sostener que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno a la estrategia, contenido, forma o alcance de sus propuestas, ni la aptitud de estas gestiones se establece por los resultados del debate.

Entonces, como de la revisión de lo actuado no se observa la existencia de alguna irregularidad que afecte derechos sustanciales con incidencia en la estructura del proceso o en garantías fundamentales que amerite declarar la ineficacia de lo actuado, los cargos no prosperan.

Como quiera que no se casará la sentencia, y, por lo mismo, no se modifica la pena

impuesta en ella ni la individualización judicial que de manera provisional efectuara el juez de primera instancia, el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad realizará la redosificación a que hubiere lugar, a propósito de la entrada en vigencia del nuevo Código penal, y la aplicación del principio de favorabilidad (artículo 79.7 del Código de procedimiento penal).

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador tercero delegado en lo penal (E), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Tribunal de origen. NOTIFÍQUESE y CUMPLASE.

ALVARO O. PEREZ PINZON

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE A. GOMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria