

Proceso N° 12955

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Acta No. 103

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil uno (2.001).

VISTOS:

Se pronuncia la Sala sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado ADEMIR ALEXIS MANTILLA CÁCERES, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de esta capital el 30 de agosto de 1.996 que confirmó la dictada por el Juzgado 39 Penal del Circuito el 13 de junio del mismo año, mediante la cual lo condenó a la pena principal de 21 años de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, ambos en grado de tentativa.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Los hechos en este proceso investigados sucedieron pasadas las diez de la noche del día 24 de mayo de 1.995, a la altura de la Avenida Caracas con calle 22 sur de esta ciudad, cuando tres hombres abordaron el taxi chevette de placas SGQ-642, conducido por el señor Luis Alfonso Buitrago, solicitándole que los transportara al barrio La Guaca. Una vez llegaron a un sitio despoblado del mismo, lo intimidaron con un cuchillo

ordenándole que se despojara de todos sus bienes y abandonara el vehículo, pero como la víctima se negara a obedecer le infirieron varias puñaladas en hemitórax, cuello, deltoides y región preauricular, logrando apoderarse del volante uno de los asaltantes e intentando botar a su conductor a un caño cercano, lo que tampoco fue logrado dada la férrea resistencia que aquél impuso, al extremo de que habiendo reiniciado la marcha el vehículo el taxista logró asirse al timón desviando el curso del carro para chocarlo contra un poste del alumbrado público, circunstancia ante la cual los atracadores salieron del mismo con el cometido de huir, siendo entonces perseguidos por los miembros de una patrulla policial que pasaba por el lugar, lográndose capturar a ADEMIR ALEXIS MANTILLA CÁCERES y en su poder un cuchillo del que pretendió deshacerse cuando era perseguido por la autoridad.

A través de informe de la misma fecha, el policial Miguel Angel Suescún Hernández, Comandante del CAI La Alquería puso a disposición del Comando de la Décima Sexta Estación al retenido, junto con el vehículo y el arma blanca incautada, remitiéndose mediante Oficio No.1433 del 25 de mayo las diligencias ante la Fiscalía.

El 26 del mismo mes, la Fiscalía 128 de la Unidad Especializada de Automotores profirió resolución de apertura instructiva, designándosele defensor de oficio al sindicado, quien fue escuchado en indagatoria para, una vez oído el testimonio del suboficial de la policía Miguel Angel Suescún Hernández, resolver su situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de hurto calificado y agravado. El primero de junio se allegó escrito mediante el cual el implicado otorga poder al abogado Hipólito Páez Murillo, quien solicita en esa misma fecha copias del expediente.

Se incorporaron entonces al proceso las declaraciones del agente Luis Javier Urbano Muñoz y del conductor del taxi Luis Alfonso Buitrago, así como fotocopias de la historia clínica del servicio médico que a éste se le prestara en el Hospital San Juan de Dios,

como también del examen de Clínica Forense practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 17 de julio postrer, en el que se da cuenta que el paciente presenta: “1.Parálisis facial izquierda. 2. Cicatriz de forma irregular , de 18 cm de longitud, que va desde región preauricular y retroauricular izquierdas, hasya la cara izquierda del cuello, varias cicatrices en número de 7, de aproximadamente 2 cm de longitud, cada una, diseminadas en la región escapular bilateral y supraclavicular izquierda”, estableciéndose una incapacidad definitiva de 40 días.

El 18 de julio, se aceptó la demanda de constitución de parte civil presentada a nombre de la víctima y el 19 se resolvió la solicitud de libertad provisional impetrada por el defensor del imputado, adicionando a la medida de aseguramiento el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, decisión notificada en forma personal al Ministerio Público y al procesado – quien manifestó no estar de acuerdo por encontrarse también herido – y por estado fijado el día 26, cuya constancia de ejecutoria data del 31 del mismo mes. El primero de agosto el defensor interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación contra el anterior proveído, de cuyo trámite se abstuvo la Fiscalía mediante resolución del 2 de agosto, dada su extemporaneidad.

El 31 de agosto se decretó el cierre instructivo, notificándose personalmente al Ministerio Público y al procesado, acto en el que este último anotó la expresión “apelo”, sin que se diera trámite al recurso, en razón a que según la constancia secretarial, contra tal decisión no procedía la alzada interpuesta acorde con lo establecido por el art. 438.2 del C. de P.P., fijándose además estado para enterar a las demás partes el 7 de septiembre y corriéndose traslado por ocho días de conformidad con lo previsto por el art. 56 de la Ley 81 de 1.993. El día 13 de este último mes allegó el procesado los alegatos precalificatorios.

El 25 de septiembre de 1.995 se calificó el mérito de las pruebas, profiriéndose resolución acusatoria en contra del imputado, por los delitos de homicidio agravado y

hurto calificado y agravado, ambos punibles en grado de tentativa. Esta decisión fue notificada personalmente al procesado y al Ministerio Público el 27 de tal mes y al defensor el 6 de octubre, así como por estado el día 9 siguiente. Mediante resoluciones del 9 y 12 de octubre, se respondió negativamente al procesado las peticiones de designación de defensor de oficio y de sustentación oral del recurso de apelación interpuesto contra el calificadorio. Dentro del término corrido para sustentar la alzada, el procesado allegó el escrito correspondiente. Mediante resolución del 10 de noviembre del mismo año, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior lo confirmó.

Avocado el conocimiento por el Juzgado 39 Penal del Circuito, se corrió traslado de conformidad con lo previsto en el art. 446 del C. de P.P. , antes de resolverse sobre lo pertinente y ante expresa solicitud del procesado, el 7 de diciembre se le escuchó en ampliación de indagatoria, diligencia en desarrollo de la cual fue asistido por un defensor de oficio, dada la ausencia del de su confianza a quien revocó en el acto el poder, siéndole designado, en la misma fecha, un defensor de oficio, que a su vez hubo de ser desplazado por el defensor público nombrado por el imputado el 19 de enero de 1.996.

El 9 de febrero del referido año, el juez de primera instancia se pronunció respecto de sendos memoriales de solicitud de nulidad, libertad y cesación de procedimiento y de diversas pruebas presentados por el procesado, denegando la mayoría de las peticiones, con excepción de algunas de las probanzas peticionadas, cuya práctica se dispuso, profiriéndose las sentencias de primera y segunda instancia en los términos anotados en precedencia.

LA DEMANDA:

Primer cargo.

Lo sustenta el defensor del procesado en la tercera causal del art. 220 del C. de P.P., esto es, haberse proferido la sentencia en un juicio viciado de nulidad, con vulneración de

los artículos 29 de la C.P., 11 y 107 del C.P., 1,7,9,13,16,20,55,135,137,142,186,190,199,202,264,270,290,304,308,333,334,337,415 y 438 del C. de P.P., enmarcando genéricamente el actor la censura, en la violación del debido proceso y el derecho de defensa, lo cual amerita en su concepto declarar la nulidad de lo actuado a partir del cierre investigativo.

Afirma enseguida que las irregularidades surgen desde el propio testimonio del agente Suescún Hernández, dado que carece el acta de la firma del Fiscal que practicó la prueba y no concurrió el defensor del procesado a la misma, como tampoco lo hizo a la declaración del agente Urbano Muñoz. Además, la resolución que definió la situación jurídica no se recurrió ni por el procesado ni su mandatario y se notificó al defensor de oficio el 2 de junio de 1.995, cuando el día primero de ese mes se había otorgado poder a un profesional de confianza.

Tampoco se recepcionó la versión de Buitrago con presencia del defensor del procesado, ni a instancia del funcionario o la defensa se averiguó sobre el grado de embriaguez que tenía aquél el día de los hechos, según las afirmaciones del quejoso. Se omitió correr traslado del dictamen médico legal perteneciente a aquél, como lo ordena el procedimiento penal.

No se intentó notificar personalmente al defensor ni se hizo por estado, de la resolución fechada el 18 de julio de 1.995 en que se acepta la demanda de parte civil, omisión que es importante, según el censor, si se considera que el sentenciador acogió el monto de los perjuicios materiales allí valorados sin designar perito para dichos efectos con posterioridad.

Ahora, en la resolución fechada el 19 de julio de dicho año, además de no revocarse la detención preventiva se agregó el delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa, no siendo notificada personalmente al defensor tras dejarse anotación de

ignorarse su dirección o teléfono, sólo por estado, y no teniendo en cuenta la manifestación del procesado de conformidad con la cual no estaba de acuerdo por encontrarse también herido, aun cuando no hubiese expresado los términos adecuados de reponer o apelar.

Mediante resolución del 31 de agosto se declara cerrada la investigación. Esta decisión no le fue notificada al defensor, a pesar de tener que serlo personalmente y el procesado anotó "apelo", pero la Fiscalía se abstuvo de darle trámite aludiendo que contra ella solamente procede la reposición. Proferida la acusación, el procesado la apela, solicitando se le permita sustentarla en forma oral y luego pide se le nombre nuevo defensor, todo lo cual le es denegado al hacer aparición el inicialmente designado, sin recurrir el calificadorio ni coadyuvar el recurso sustentado por el imputado.

Repartido el asunto al Juzgado 39 Penal del Circuito, en la ampliación de indagatoria solicitada por el procesado, no es asistido por su defensor, debiéndosele nombre uno de oficio para dicha diligencia y otro en reemplazo del de confianza, para finalmente otorgarle poder a un profesional de la defensoría pública el 19 de enero de 1.996, solicitándose pruebas exclusivamente por el procesado. Por descuido de la defensa, se priva de la libertad a su representado, si se tiene en cuenta que para el 10 de abril de 1.996, habían transcurrido 6 meses sin que se instalara la audiencia, concurriendo la causal prevista en el num 5 del art. 415 del C. de P.P. que no fue solicitada.

Para el demandante, el "cumulo (sic) de irregularidades procesales enumeradas, constituyen una flagrante violación al debido proceso", pues no se notificaron la mayoría de decisiones al defensor, impidiéndosele controvertir las pruebas y las decisiones judiciales, generándose una nulidad a partir de la propia resolución de la situación jurídica del imputado. Es notable, así la anomalía de no haber notificado al defensor el cierre instructivo, pues la notificación por estado sin haber intentado la personal impide que se pueda afirmar su ejecutoria. Tampoco se investigaron aspectos

favorables al sindicato, como la identidad de su acompañante, ni los motivos determinantes del delito, ni las circunstancias que lo rodearon, o cómo resultó lesionado MANTILLA CÁCERES.

Así mismo, es manifiesta la negligencia de los defensores que actuaron durante el proceso, pues no recurrieron la mayoría de las decisiones judiciales, o lo hicieron extemporáneamente, y su participación en desarrollo del mismo fue nula, como que no intervinieron en la práctica de pruebas, ni petitionaron alguna, o se opusieron a las pretensiones de la parte civil, ni presentaron alegatos precalificatorios, y tampoco se solicitó libertad provisional, todo lo cual constituye una ostensible falta de defensa técnica, máxime cuando en ningún momento se aconsejó al procesado la realización de alguno de los mecanismos de terminación anticipada del proceso.

Solicita, así, la nulidad de la sentencia del Tribunal por vulneración del debido proceso y el derecho de defensa.

Segundo cargo.

En forma subsidiaria, acusa el demandante la sentencia con sustento en la primera causal de casación, por violación directa de la ley sustancial “al seleccionar una norma penal que no corresponde al hecho que se probó en el proceso”, acusando como preceptos vulnerados, los artículos 3, 331,332,333,323,324 y 22 del C.P.

Afirma, para demostrarlo, que “los hechos investigados y probados no corresponden con la norma seleccionada para condenar al procesado, pues evidentemente si se analizan los hechos y discriminan los testimonios, indagatoria y demás pruebas, si se mira el resultado de la conducta criminosa, debe concluirse que estamos frente al delito de LESIONES PERSONALES tipificadas en los Artículos 331 a 333 del Código Penal”.

Enfatiza en que no existe en el proceso ninguna prueba que posibilite establecer el propósito de cegarle la vida al conductor del taxi. Por el contrario de lo manifestado por éste, cuyo texto reproduce en extenso, se deduce que el cometido era privarlo del producido del día como del vehículo, máxime cuando se le infirieron dada su negativa a abandonarlo, pero no por darle muerte.

Discrepa, por ello, de las valoraciones del Tribunal, tendientes a resaltar la gravedad y pluralidad de las lesiones, en cuanto se dicen implican el ánimo homicida del agresor, pues ello no es necesariamente cierto y no lo es en este caso, menos aún cuando el Tribunal acoge la versión del policial Suescún de conformidad con la cual su presencia evitó la consumación del atentado contra la vida, pues a él se oponen el relato del otro agente que intervino y de la propia víctima.

Por lo tanto, demostrado que se trató, en realidad, de un delito de lesiones personales y no de homicidio en grado de tentativa “pues en ningún momento las pruebas arrojaron la existencia del dolo de muerte o la intención homicida del agresor”, no era dable condenar al procesado por dicho punible.

Solicita el actor, declarar la nulidad a partir de la calificación del sumario, para que se adecue la misma a lo demostrado en esta censura.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Primer cargo.

Ninguna prosperidad advierte de entrada el Procurador Segundo Delegado en lo Penal tiene la censura por nulidad propuesta por el defensor del procesado, en la medida en que son copiosos los yerros técnicos en la postulación de la misma.

Así, indistintamente el actor se refiere a la vulneración del debido proceso y el derecho

de defensa, y con la misma impropiedad, alude a la invalidación a partir de la resolución de la situación jurídica, pero luego refiere que lo sería desde el cierre investigativo.

Además, alude a una serie de irregularidades supuestamente lesivas del debido proceso, pero sin dejar ver la manera como influyen en la situación del procesado, ni la trascendencia de las alegadas frente al debido proceso, como sucede con la falta de firma del acta de un testimonio por parte del Fiscal, que eventualmente podría configurar un error de derecho por falso juicio de legalidad, propio de la causal primera. Además, no es obligación del funcionario judicial citar al defensor para la recepción de testimonios, pues la publicidad y conocimiento se efectúa mediante la notificación del auto que las ordena.

El actor no desarrolla las afirmadas irregularidades referidas a la falta de notificación de la resolución de la situación jurídica, o de la demanda de parte civil o el cierre instructivo, o no dar traslado al dictamen pericial, pues se queda en simples enunciados, lo que igual sucede con el tema relacionado con la negligencia de la defensa, pues son todos aspectos sobre los cuales tampoco demuestra su incidencia negativa en el derecho de defensa de su asistido, ocurriendo, de otra parte, lo propio, con el aspecto referido a la falta de investigación integral que carece de fundamento.

Siendo ello así, el cargo, para el Delegado, no debe prosperar.

No obstante, de manera oficiosa y bajo el entendido de que el derecho de defensa ha dejado de ser un simple formalismo, para convertirse en una verdadera garantía, entiende el Procurador que el mismo habría sido vulnerado en este caso, pues si bien el procesado contó con un procurador judicial, durante la instrucción no se dio un verdadero debate probatorio y no se desarrolló ninguna actividad tendiente a mejorar la situación jurídica del procesado, no obstante que el papel de la defensa técnica y

material es aportar elementos de juicio a la administración de justicia orientados a obtener la absolución del implicado o favorables a su situación. En este sentido la defensa técnica “no se dieron” y que la material no obtuvo resultados favorables. Además, la inactividad del abogado, bien se ha dicho sólo es admisible como estrategia defensiva y en este caso ello no es predicable.

En síntesis, para el Ministerio Público, el imputado no habría contado durante la instrucción “con los ejercicios jurídicos propios de la defensa técnica”, de donde la sentencia se habría dictado en un proceso viciado de nulidad, cuya oficiosa declaración solicita.

Segundo cargo.

Se opone el Delegado a la viabilidad de este cargo, en la medida en que, la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, que asegura, impetró el actor, es incompleta, pues no precisa el falso juicio que le da origen. Además, no resulta suficiente con afirmar que no existe ninguna prueba del propósito de matar, para descartar de este modo el dolo. Se trata de argumentos propios de un memorial de instancia que conducen a hacer impróspero el ataque.

CONSIDERACIONES:

Primer cargo.

1. Prolija y reiterada ha sido la doctrina de la Sala en precisar en punto de la causal tercera de casación, que las afirmadas irregularidades en que se sustenta la pretensión anulatoria de una sentencia por esta vía, no pueden exponerse de manera arbitraria y caprichosa, mezclando sin ningún distingo las diversas fuentes de vulneración que conducen a una decisión extrema y drástica para la actuación penal como lo es reconocer la existencia de vicios en su desarrollo suficientes para decretar la invalidez, pues por el

contrario, imprescindible presupuesto para un tal ataque lo constituye la necesidad de delimitar claramente si los presuntos defectos acusados lesionan y en qué ámbito y medida la estructura del proceso o las garantías debidas a los diversos sujetos intervinientes dentro del mismo.

2. Pero además y apenas consecuente con esta básica y preliminar exigencia, también es de cumplimiento riguroso que se deba señalar en forma concreta e individualizada las irregularidades que se acusan, presupuesto que no solo es inherente a la seriedad propia de una demanda como la que se espera en casación, dada su extraordinaria naturaleza, sino que conforma quizá lo más destacado en el orden lógico y en la metodología de este recurso por la vía expuesta, esto es, que los enunciados de supuestas irregularidades deben acompañarse de la necesaria argumentación que según la índole del vicio afirmado debe obedecer a presupuestos propios y lo más determinante, debe indicarse en forma precisa la trascendencia que tiene para los intereses del procesado, lo cual viene generalmente determinado por la verdadera lesión o agravio que se le ha inferido.

3. Por eso se ha insistido en señalar que la proposición de nulidades en casación, como sucede igual al interior de las demás causales previstas en la ley, debe cumplir con los derroteros que le son propios dada su justificada diversa naturaleza, y que se han caracterizado a partir de una elaborada doctrina sobre los principios que orientan su declaratoria y convalidación, de expresa consagración legal (art. 308 del C. de P.P.), como un criterio de insustituible referencia para subordinar los efectos dañinos que extremar una amplitud en su reconocimiento puede generar para el proceso, para los intereses de los sujetos que intervienen al interior del mismo y para la propia administración de justicia, de ahí que, como también se ha llamado la atención, por vía de nulidad no es aceptable que se abra paso a la proposición de simples irritualidades que lejos están de vulnerar algún derecho, cuando sólo ante la presencia de verdaderas irregularidades sustanciales con resquebrajamiento de las bases de la instrucción o

del juzgamiento y el evidente menoscabo de garantías fundamentales, se puede llegar a reconocer la nulidad de un proceso.

4. Dando por decontado el imperativo de independizar cada argumento acorde con la índole del vicio que se supone concurre, particularmente en lo que concierne a la vulneración del derecho a la defensa, es imprescindible que se establezca la grave repercusión que ha generado el quebranto de una concreta garantía prevista en la ley de procesamiento para el imputado y su materialización en la sentencia toda vez que esta dinámica demostración, dado el carácter rogado del recurso, es del exclusivo ámbito del actor.

5. Pero no resulta adecuado a una alegación de esta índole aglutinar como en un excesivo esfuerzo de revisión cronológica de la actuación procesal, todos y cada uno de los detalles de la misma con los cuales se discrepa por cualquier motivo, como en un minucioso rastreo y observación de minúsculos errores de trámite, en la medida en que una estrategia semejante le hace perder cualquier seriedad y proyección al cargo, desdibujándose por completo aquellos vicios que teóricamente pueden conducir a la invalidación de una actuación, dentro del conjunto de recurrentes manifestaciones de inconformidad ineptas por completo en muchos casos para el fin propuesto.

6. Este es, en general, el panorama que se avizora en el cargo que el defensor de MANTILLA CÁCERES ha presentado contra la sentencia impugnada con asidero en la causal tercera. No solamente entremezcla en forma confusa hipotéticas circunstancias del devenir procesal que darían al traste, según su criterio, con la regular composición del proceso o el desconocimiento del derecho a la defensa, sino que los múltiples episodios que se suponen les dan origen, no son debidamente fundamentados en sus dañinos efectos, quedando como un recetario de constancias a través del cual no logra concretarse ni hacer dinámica la alegación en orden a demostrar los efectos dañinos que cada reparo trajo consigo para el demandante, llegando inclusive, como elocuente epílogo de tales

vacíos a reparar en la necesidad de tener que declararse la nulidad a partir de dos momentos de la actuación diversos, esto es desde las resoluciones de la situación jurídica y la que dispuso el cierre instructivo, lo que esbozado en un sólo reproche no es atinado, ni teórica o prácticamente, en tales condiciones, admisible.

.7. Así, alude al hecho de no haberse citado para la práctica de diversa prueba testimonial al defensor del procesado, como asegura sucedió con las declaraciones de los policiales Miguel Angel Suescún Hernández, Luis Javier Urbano Muñoz y Luis Alfonso Buitrago. A este respecto, el primer reparo que cabe hacer es que la ley no ha revestido para la práctica de esta clase de pruebas de unos presupuestos en orden al previo y preciso señalamiento de fecha y hora para su realización y, por ende, que enteramiento a las partes en relación con datos semejantes no es de posible ocurrencia en nuestro sistema de acopio probatorio a una actuación, esta exigencia, que acorde con el reclamo del actor lo sería de lege ferenda, no es en manera alguna siquiera aconsejable, dado que atentaría contra el decurso normal de la ardua labor instructiva, siendo exigible en la ley de procedimiento nada más que la prueba se haya ordenado por previo pronunciamiento del funcionario judicial y que de éste se haya enterado a las partes, acorde con los medios dispuestos para su difusión.

Ahora, específicamente en relación con el testimonio del agente Suescún Hernández, cuya legalidad se cuestiona por no aparecer en el acta respectiva la firma del funcionario que lo recepcionó, debe decirse que esta clase de anomalías de configurar algún defecto serio, sería predicable del medio probatorio directamente mas no del trámite procesal, por la sencilla razón que el vicio afirmado solamente recaería sobre la legalidad del mismo, sin trascender en forma alguna a la actuación que se haya cumplido, naturaleza de las cosas que en técnica casacional indica como conducto acertado para su propuesta la causal primera, segundo motivo pero no la tercera.

Por lo demás, la ausencia de firma por parte de la Fiscal en el acta del testimonio

rendido por el agente Suescún Hernández, sólo puede catalogarse de simple irregularidad, pues ello no significa en manera alguna, que la funcionaria no hubiese concurrido a su práctica, máxime cuando la propia servidora judicial fundamenta la medida de aseguramiento en contra del procesado en esa declaración obtenido a instancias suyas dentro de la investigación a su cargo.

8. También alude el demandante, de otra parte, al hecho de no habersele notificado, - personalmente se entiende, pues reconoce que en la casi totalidad de los casos se produjo por estado-, las principales decisiones adoptadas dentro del proceso.

Basta a este respecto con recordar la regla general de conformidad con la cual la notificación personal es imperativa al Ministerio Público y al procesado privado de la libertad, mas no así al defensor, respecto del cual se siguen las reglas generales de notificación de los demás sujetos procesales a través de otros mecanismos, sin que, en consecuencia, sea exigible además del agotamiento de los medios para lograr enterar a los intervinientes del contenido de las diversas decisiones que se adoptan en un proceso previstas en la ley, otras actuaciones distintas, que precisamente por no cumplirse puedan reprocharse de irregulares, como si las mismas se pudiesen integrar a aquellas por obedecer a una práctica común u otra razón el envío de telegramas o sucedáneo anuncio telefónico de las mismas, siendo que el método legalmente establecido es el único cuyo incumplimiento puede generar efectos adversos sobre la debida publicidad de las decisiones.

Y, en vista de que en este proceso, la totalidad de las decisiones se notificaron personalmente al imputado, por encontrarse privado de la libertad, irrefragablemente de ello se sigue que los funcionarios no estaban impelidos de notificar de igual forma al defensor, pero ni siquiera de acudir a mecanismos adicionales para asegurar su comparecencia, pues para el mismo se surtía debidamente el enteramiento de las determinaciones a través del estado, resultando por completo intrascendentes las

anotaciones secretariales de conformidad con las cuales, en relación con las resoluciones fechadas el 19 de julio y el 25 de septiembre de 1.995, que denegó la libertad solicitada y calificó el mérito instructivo, respectivamente, no fue posible el envío de comunicación alguna por no aparecer registrada la dirección o un número telefónico del defensor, pues como ya se dijo, dicha práctica es inocua frente a las previsiones legales sobre la materia, que son las únicas incidentes en la debida realización de los actos de notificación.

9. Ahora, es verdad que la resolución de la situación jurídica, se notificó el 2 de junio de 1.995 al defensor que de oficio le fuera designado al procesado, no obstante que éste había otorgado poder el primero de junio a uno de su confianza, pero este hecho tampoco ostenta vicio ninguno, como que la garantía de defensa no queda desvirtuada, menos aún cuando tal decisión se notificó por estado fijado hasta el 7 de dicho mes, contrariamente a lo sostenido por el actor.

También es cierto que no se surtió el traslado del dictamen médico legal ordenado por el art. 270 del C. de P.P., evento en verdad insignificante y por lo mismo inepto de alterar el procesamiento, dado que la posibilidad de controvertirlo corre hasta antes de que finalice la audiencia pública y en torno al mismo los defensores guardaron absoluto silencio, en una indescionocible actitud de conformidad con el resultado del mismo.

De igual forma y solamente respecto de la resolución que aceptó la constitución de parte civil, la Fiscalía omitió la notificación mediante estado, irregularidad también de menor valor, si se tiene en cuenta que la posibilidad de oponerse a las pretensiones patrimoniales de la víctima, cuya intervención fue obviamente conocida por la defensa, mediante la impetración de la designación de un perito, estuvo latente hasta el vencimiento del período probatorio del juicio.

10. El procesado, conforme lo aduce el demandante, en el acto de notificación de la

resolución fechada el 19 de julio de 1.995, mediante la cual le fue denegada la libertad y se aunó al delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa, el de homicidio agravado, también tentado, anotó: “No estoy de acuerdo ya que yo también me encuentro herido”, sin dársele trámite de recurso alguno, sucediendo otro tanto respecto de la expresión “apelo” consignada al notificársele del cierre instructivo, a la que tampoco se le dio curso.

En relación con estos dos episodios, es claro que la constancia dejada en el primero de ellos, más que de oposición a la decisión que le era notificada, pretendía que se tomara en cuenta que el procesado también había sufrido algunas heridas, aspecto que desde luego no tuvo absolutamente ninguna incidencia frente a las decisiones que definieron el proceso, por habérselas el mismo inferido en desarrollo del atroz ataque de que hicieron objeto los asaltantes a su víctima. A lo cual se debe agregar que notificado legalmente el defensor del contenido de dicha decisión la recurrió en reposición y apelación, aun cuando lo hizo un día después de encontrarse ejecutoriada la misma.

Y, respecto de la manifestación en contra del cierre, si bien la fiscal ha debido entenderla como de reposición por ser el único recurso que procedía, dado que se trataba del imputado en ejercicio del derecho de defensa material, no hacerlo así no conlleva ningún menoscabo, pues sólo puede ser entendida como una aspiración dilatoria, en la medida en que estaban reunidos todos los presupuestos que condicionaban esa decisión y presentó con posterioridad los respectivos alegatos precalificatorios en su favor.

11. A este verdadero listado de presuntas irregularidades, carentes de su correspondiente desarrollo y demostración como determinantes de la legalidad del trámite procesal, el demandante agrega una cláusula general dentro de la cual nuevamente enumera actividades no desplegadas por los diversos defensores que estima configuran ostensible falta a la defensa técnica durante el período instructivo, colindantes con la absoluta indefensión, agregado que por su naturaleza, en tanto que implica un error de

garantía claramente diferenciable de los atrás enunciados, exigía la postulación de una censura de manera independiente.

Pero además, y como quiera que a esta última suelta y genérica réplica se pliega el Delegado con argumentos sustancialmente idénticos valiéndose de la oficiosidad prevista en el art. 228 del C. de P. P., forzosamente debe advertirse que ni demandante ni Ministerio Público atinan a respetar los principios básicos que orientan las nulidades, esto es, los contenidos en el ya citado art. 308 ibídem, en la medida que salvo la recurrente afirmación de haberse carecido en forma total de defensa por inactividad del defensor técnico, de dicha afirmación no se pasa, pues no hay concreción sobre cuáles actividades han debido gestionarse para atemperar la situación del procesado, o cuáles pruebas se han debido solicitar, o practicar con miras al mismo cometido, especificando el específico propósito de las mismas, ni qué aporte positivo hubieran tenido frente a los resultados del proceso la indefinida impugnación de decisiones a que se refiere, catálogo de inactividades que a la postre no logran hacer trascender frente a la legalidad del fallo.

Lo anterior, entonces, implica, que como el derecho a la defensa, específicamente el de la técnica, al igual que los demás subjetivos de esta índole no son frente a su teórico ejercicio, absolutos, pues al igual que los demás están sujetos a su regulación, es dentro de ese marco que se pueden hacer valer y consiguientemente su vulneración no puede devenir de simples expresiones que por no llevarse al plano de lo material o concreto, como ocurre en este caso, tengan la capacidad de viciar la actuación a partir de meros postulados teorizantes que así pretendan traerse a un caso particular, en tanto no sean capaces de adquirir plena dinámica frente a las contingencias propias de un trámite procesal.

El cargo, no prospera.

Segundo cargo.

La falta de idoneidad de este reproche también conduce a su desestimación.

En forma reiterada ha precisado la jurisprudencia de la Sala, que la errada calificación de la infracción, esto es, la errónea escogencia del tipo objetivo al que se adecua la conducta valorada, por constituir un error in procedendo, debe alegarse por vía de nulidad, correspondiéndole al demandante demostrar que el delito por el cual se acusó al procesado no concurre y consecuentemente, que es otra figura típica la que se concreta, caso en el cual de prosperar la impugnación extraordinaria, las diligencias deben remitirse ante las instancias con miras a que se efectúe el correcto encuadramiento de la conducta a la descripción legal pertinente.

No es dable, por ende, acusar la errónea calificación por la vía directa propia de la causal primera de casación, en la que como bien se sabe es imperativo prescindir de cualquier debate probatorio, en la medida en que no podría la Corte, así advirtiera la viabilidad del reproche, entrar a proferir fallo de sustitución, pues el mismo quedaría en desarmonía con el pliego acusatorio.

Siendo ello así y dado que el actor acudió, precisamente, a la vía directa de la primera causal de casación, no obstante que el cargo tiene por fundamento la errónea calificación dada a los hechos investigados, que implica modificar la resolución de acusación proferida por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, por el de lesiones personales, con el elemento extra de hacerlo en manifiesta oposición con la valoración probatoria, este cargo tampoco tiene ninguna viabilidad.

En razón y mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria