

Proceso No 13048

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Aprobado acta No. 122

Bogotá, D. C., diez de octubre del año dos mil dos.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado GUILLERMO LEÓN ECHEVERRY ZORRILLA contra la sentencia dictada por el Tribunal Nacional mediante la cual lo condenó por el delito de tentativa de secuestro extorsivo agravado.

Hechos y actuación procesal.-

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

“Los hechos ocurrieron en el Municipio de Zaragoza (Ant.) el día once (11) de mayo de 1993, aproximadamente a las ocho de la noche, cuando a la casa habitada por el señor CARLOS EDUARDO PULGARÍN MARÍN y su familia, se presentaron intempestivamente dos sujetos provistos de una navaja, el uno, y de un revólver de juguete, el otro, y sin mediar razón distinta a ‘que venían por la niña’, se pusieron en frente de la pareja conformada por Carlos Eduardo y Carmen Emilia, quienes se dedicaban en ese momento a ver televisión en uno de los salones de la vivienda; igual actitud asumió el restante de los gratuitos visitantes, en otro de los salones en que se encontraba la menor CLARA INÉS

LÓPEZ AGUDELO acompañada de un amigo. Los citados sujetos a pesar de las voces de alarma exteriorizadas por las personas ante quienes registraron su presencia, no emplearon violencia física contra las mismas, aunque sí moral.

“Alertadas las autoridades policiales acerca del suceso delictual que se estaba desarrollando, comparecieron al lugar y lograron la captura de los dos sujetos, quienes respondieron a los nombres de FELIX ABRAHAM ARABIA VERGARA y GUILLERMO LEÓN ECHEVERRY ZORRILLA...”.

2.- Iniciada la investigación por la Fiscalía única de Zaragoza (fl. 7), el trece de mayo de mil novecientos noventa y tres vinculó mediante indagatoria a FÉLIX ABRAHAM ARABIA VERGARA (fls. 8 vto. y ss.) y GUILLERMO LEÓN ECHEVERRY ZORRILLA (fls. 13), a quienes definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 38 y ss.).

Posteriormente, previa clausura del ciclo instructivo (fl. 185) por una Fiscalía regional con sede en Medellín, a donde se remitieron las diligencias por competencia, las cuales días más tarde fueron reasignadas temporalmente a un Fiscal delegado ante los Tribunales superiores de ese distrito judicial (fl. 193), el ocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro esta autoridad calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución de acusación en contra de los procesados por el delito de tentativa de secuestro extorsivo agravado (fls. 195 y ss.), mediante determinación que el quince de noviembre siguiente una Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional confirmó íntegramente al conocer de la apelación interpuesta por el procesado ARABIA VERGARA (fls. 239 y ss.).

3.- El conocimiento del juicio fue asumido por un Juzgado Regional con sede en Medellín (fl. 252) durante el cual el procesado FELIX ABRAHAM ARABIA VERGARA se sometió a la diligencia de formulación de cargos con fines de sentencia anticipada (fl. 261) lo que

determinó la ruptura de la unidad procesal y la continuación del trámite en relación con ECHEVERRY ZORRILLA.

Posteriormente, previa citación para proferir sentencia (fls. 296), el ocho de septiembre de mil novecientos noventa y cinco se puso fin a la instancia condenando al procesado GUILLERMO LEÓN ECHEVERRY ZORRILLA a las penas principales de doscientos (200) meses de prisión y multa en cuantía equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años, así como al pago de los perjuicios causados con la infracción, a consecuencia de declararlo penalmente responsable del delito imputado en el pliego enjuiciatorio (fls. 321 y ss.), mediante sentencia que el diez de julio de mil novecientos noventa y seis el Tribunal Nacional modificó en lo relativo a la pena privativa de la libertad que fijó en ciento noventa y ocho (198) meses de prisión y confirmó en sus restantes partes (fls. 3 ss. cno. Trib.), al conocer en segunda instancia de la apelación promovida por la defensa.

4.- Contra el fallo de segundo grado, en oportunidad, el procesado interpuso recurso extraordinario de casación (fls. 11 lb.), el cual fue concedido por el ad quem (fls. 14) y dentro del término legal su defensor público presentó el correspondiente escrito sustentatorio (fls. 25 y ss. cno. Trib.) que se declaró ajustado a las prescripciones legales por la Sala (fl. 3 cno. Corte).

La demanda.-

Con apoyo en la causal tercera de casación, dos cargos postula el demandante contra el fallo del Tribunal, en los que denuncia que fue proferido en juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa y del debido proceso, respectivamente.

PRIMER CARGO (Nulidad por violación del derecho de defensa).

Sostiene que cuando se capturó a su prohijado, no se le notificó de sus derechos constitucionales y legales, entre ellos el de postular un abogado para que se encargara de la defensa técnica; se le vinculó al proceso mediante diligencia de indagatoria en la que no contó con la asistencia de un profesional del derecho, y sin tener defensor, se recaudaron declaraciones que son la base de la sentencia.

De esta manera, considera, que la sentencia se halla viciada de nulidad por estar edificada sobre medios de prueba recaudados con violación de claros mandatos constitucionales y legales, pues el procesado tampoco tuvo asistencia de un profesional en leyes que estuviera en capacidad de impugnar técnicamente la resolución mediante la cual se definió su situación jurídica, o pidiera medios de prueba con fundamento en los cargos provisionalmente formulados en esa determinación o controvirtiera los allegados al proceso.

Es cierto, dice, que en algunos lugares de la geografía colombiana no existe la posibilidad de designar un letrado que concorra a la indagatoria, como también que no empece que el municipio de Zaragoza es cabecera de circuito eventualmente allí no existiera un abogado que asistiera al procesado en dicha diligencia, “pero de ahí a que durante el desarrollo de la investigación no se le garantizara el derecho a la defensa técnica dista mucho de que se haya intentado al menos cumplir con este deber constitucional y legal”.

Fue así como la Fiscalía seccional de Zaragoza tuvo la oportunidad de designar un defensor una vez escuchó al procesado en diligencia de indagatoria, pero a pesar de ello no adelantó ninguna labor al respecto, como tampoco lo hizo la Fiscalía regional de Medellín cuando avocó el conocimiento del asunto y decretó pruebas, a pesar de la solicitud que en tal sentido elevara la representación del Ministerio Público.

Esta situación persistió hasta finales de abril de 1994 cuando se posesionó el defensor público conforme al poder conferido por el procesado, pues si bien en este interregno se

decretó la clausura del ciclo investigativo posteriormente declarada nula por el instructor al percatarse de la existencia del aludido motivo de nulidad, tal pronunciamiento quedó corto toda vez que dejó con valor todas las diligencias adelantadas durante la etapa de instrucción en que sin la asistencia de defensor se recaudaron las pruebas que sirvieron de fundamento a la sentencia.

Considera entonces que la nulidad que demanda, originada en la ausencia de defensor técnico que le impidió a Echeverry Zorrilla ejercer un derecho fundamental, ocurrió desde el momento mismo en que fue capturado ya que no se le notificaron sus derechos, entre ellos el de designar un defensor de confianza o hacerle saber que en su defecto se le nombraría uno de oficio, o al menos, una vez indagado, darle la oportunidad de ejercer la defensa técnica y luego sí proceder a recaudar las pruebas que posteriormente fueron tenidas en cuenta en la resolución de condena.

Si bien en múltiples escritos el procesado se dirigió a la Fiscalía implorando su libertad y predicando su inocencia, por razón de su extrema ignorancia en este campo en ninguno de ellos solicitó la designación de un defensor público o de oficio, y en tales condiciones se le impuso detención preventiva, y se recaudaron las pruebas que son la base de su condena.

Con fundamento en lo anterior, solicita casar la sentencia, decretar la nulidad demandada y conceder la libertad al procesado GUILLERMO LEÓN ECHEVERRY ZORRILLA, y agrega que “si la sentencia se casa por falta de defensa técnica, con base en el artículo 243 del código de procedimiento penal, esta decisión se extenderá al coprocesado FELIX ABRAHAM ARABIA VERGARA”.

SEGUNDO CARGO (Subsidiario. Nulidad por violación del debido proceso).

Sostiene el casacionista que la sentencia fue proferida en juicio viciado de nulidad por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

Indica que a partir de la expedición de la Carta Política de 1991, en Colombia se introdujo el sistema acusatorio en el proceso penal y se creó la Fiscalía General de la Nación como el órgano encargado de formular acusación ante los organismos administradores de justicia.

Esta nueva institución, agrega, tiene a su cargo la obligación constitucional y legal de acusar ante el despacho encargado de adelantar el juicio y dictar la sentencia, y el deber de participar activamente en esta etapa como sujeto procesal en defensa de su acusación, pues “su no presencia, implica necesariamente que no se han constituido todos los extremos procesales para el buen suceso del debido proceso que tiene raigambre constitucional” y se halla protegido por los tratados internacionales suscritos por Colombia.

En ese orden, el legislador tiene establecido la obligatoria asistencia e intervención de la fiscalía durante la audiencia pública, y si bien en los procesos de conocimiento de los jueces regionales esta diligencia resulta impracticable, el Fiscal, como sujeto procesal y acorde con el mandato constitucional, está en la obligación de presentar alegatos de conclusión previos al pronunciamiento de fondo, según lo que se establezca de las pruebas practicadas tanto en el sumario como en el juicio.

Como en este caso el Juez puso fin a la instancia sin que se hubiere presentado alegato de conclusión por parte de la Fiscalía, se configura el motivo de nulidad por la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, que amerita casar la sentencia materia de impugnación.

Concepto del Agente del Ministerio Público.-

El Procurador segundo delegado en lo penal frente a las censuras contenidas en la demanda, conceptúa de la manera siguiente:

PRIMER CARGO.

Observa que el reproche invocado se fundamenta en varias razones originadas en omisiones e irregularidades cometidas en detrimento de la garantía del derecho de defensa del procesado GUILLERMO LEÓN ECHEVERRY.

Respecto de la primera manifestación del censor en el sentido de que al momento de la aprehensión de su asistido no se le hizo saber de la facultad constitucional y legal de nombrar un abogado defensor, considera la Delegada que tal irritualidad se comprueba en la actuación donde se extraña la constancia de haberse dado cumplimiento a lo normado por el artículo 377 del decreto 2700 de 1991, esto es, el acta de información de los derechos del capturado.

No obstante, ello no tiene la incidencia que denota el censor, pues aunque tal ritualidad fue omitida en el momento de la aprehensión, ello se cumplió en la injurada donde se informó al hoy sentenciado de la facultad que tenía de designar un defensor de confianza que lo representase en la actuación, y si no hizo uso de ella fue porque voluntariamente optó por dejarla pasar, debiendo acudir a la designación, por parte de la fiscalía, de un defensor de oficio.

Como quiera que la declaratoria de nulidades están gobernadas por principios, entre ellos el de trascendencia que debe demostrar el actor, así como el perjuicio objetivo de los derechos sustanciales del procesado, en este evento no se demuestra que la nulidad sea insaneable, pues además, los derechos de que trata el artículo 377 del Código de procedimiento penal de 1991, más que garantías defensivas, tienen por finalidad hacer más llevadera su situación al aprehendido, pero sin incidencia en la decisión final, lo que indica que esta sola irritualidad no logra constituirse en motivo de invalidación de lo actuado.

En relación con la alegación del censor en el sentido que su representado fue vinculado al

proceso mediante indagatoria en la que no contó con la asistencia de un abogado, la Delegada es del criterio que si bien el artículo 148 del estatuto procedimental anterior facultaba a los funcionarios que de manera excepcional pudieran acudir a personas de reconocida honorabilidad pero indoctas en las ciencias jurídicas, que eran habilitadas para actuar como representantes en la diligencia de indagatoria, dicha excepción no era de libre ejercicio, sino condicionada a que no se pudiese obtener la concurrencia de algún jurisconsulto luego de gestiones diligentes en tal sentido, y que el apoderado no fuese funcionario público.

De manera que se requería comprobar primero la imposibilidad de contar con un abogado, dejándose la respectiva constancia por parte del investigador, y además que la persona designada como defensor de oficio fuera un particular, pues de otro modo se estaría violando lo dispuesto por la norma en mención.

A partir del pronunciamiento de constitucionalidad producido el ocho de febrero de mil novecientos noventa y seis, mediante el cual la Corte constitucional eliminó dicha posibilidad, se diferencian las situaciones acaecidas con anterioridad a esa providencia y las ocurridas posteriormente. De esta manera debe entenderse que en el primer caso los funcionarios judiciales actuaban conforme al régimen excepcional vigente siempre y cuando procedieran de acuerdo a las pautas que viene de mencionar, mientras que en el segundo, es decir con posterioridad a la aludida sentencia, el acto se considera inválido y generante de violación del derecho de defensa.

En este caso si bien para la fecha de indagatoria del sentenciado que tuvo lugar el 13 de mayo de 1993, se encontraba vigente la posibilidad de asistencia excepcional consignada en el inciso primero del artículo 148 del Código de procedimiento penal de 1991, asimismo era preciso demostrar la imposibilidad de proveer al indagado de un apoderado idóneo por parte del funcionario instructor, como pretexto para acudir a la designación de un defensor que no ostentara la condición de abogado.

Ello no se cumplió pues seguidamente a la manifestación del sindicato de no tener a quien encargar su defensa técnica, la fiscalía designó al improvisado asistente sin justificar las razones de ello y sin dejar constancia sobre la calidad particular del designado, al punto que hoy no puede saberse con certeza si se trataba o no de un funcionario estatal.

De esta manera, considera que en este caso se incumplieron los requisitos previstos como sustento para pretermitir la representación del indagado por abogado inscrito, máxime cuando Zaragoza no es una ciudad donde conseguir un abogado sea tarea imposible, por lo que sugiere a la Corte acoger el cargo de nulidad por violación al derecho de la defensa y decretar la ineficacia de lo actuado a partir de la diligencia de indagatoria.

En relación con el tercer aspecto de la censura, en el que se acusa violación al derecho de defensa por falta de abogado durante la etapa instructiva, es del criterio que no obstante el escaso sustento de la trascendencia de la inactividad que se denuncia en la demanda, de la revisión de lo actuado se establece que con posterioridad a la injurada en la que una persona indocta en derecho asistió al procesado, cuya actuación tampoco podría ir más allá, no se adoptó ninguna decisión para proveerlo de defensor, desarrollándose la actividad jurisdiccional sin que sus intereses estuvieran debidamente representados.

Solamente al final del período investigativo y luego de decretarse la clausura de las pesquisas se reconoció la carencia de defensor técnico durante la etapa investigativa y se declara la nulidad del cierre de la investigación, mediante determinación que, a criterio de la Delegada, resultó insuficiente pues se omitió toda consideración a la indagatoria recibida sin cumplir las garantías, y la ausencia de representación a lo largo de lo actuado.

Y si bien el abogado designado de oficio tomó posesión, finiquitándose la etapa con resolución de acusación, resulta palmar el abandono defensivo del imputado donde ninguna actuación técnica se dio a su favor, pues no pudo oponerse a las imputaciones, realizar controversia probatoria, interponer recursos, y se pasaron por alto oportunidades procesales para morigerar las consecuencias de las imputaciones tales como sentencia anticipada, audiencia especial, colaboración con la justicia, adopción de estrategias probatorias y participación en el recaudo de las pruebas.

Pese a que el acusador tardíamente procuró subsanar el yerro, de manera sustancial no hubo remedio a la orfandad defensiva que padeció el procesado pues luego de posesionados los abogados no realizaron actuación alguna, y guardaron silencio en el restante lapso de la instrucción, lo que de por sí es razón de nulidad por ausencia de defensa técnica, por lo que sugiere a la Corte que declare la nulidad del trámite a partir de la diligencia de indagatoria inclusive.

SEGUNDO CARGO.

Considera la delegada que la participación de un representante de la Fiscalía en la audiencia de juzgamiento es mandato legal ineludible, pues así lo prevén los artículos 128 y 452 del Código de procedimiento penal de 1991, y dentro de sus facultades no sólo está la de acusar sino de pedir absolución o cesación de procedimiento cuando así lo ameriten las pruebas recaudadas.

De esta manera resulta claro que el legislador consideró como un componente forzoso de la causa, la participación del ente acusador en el juicio y su ausencia conlleva mengua a la integridad del conjunto de actuaciones que componen el debido proceso, la cual no puede convalidarse por otros medios, pues si bien en los procesos de competencia de los jueces regionales se obvia por mandato legal la audiencia pública, no acontece igual

con la participación de los sujetos procesales ya que la intervención de éstos se hace sustituyéndose los alegatos de viva voz por sendos escritos.

En razón de ello considera que asiste razón al recurrente al denunciar como motivo de nulidad la falta de las alegaciones del representante de la Fiscalía por lo que sugiere a la Corte decretar la invalidación de la actuación a partir del fallo de primera instancia inclusive, para que el Fiscal presente sus alegaciones y luego sí proceder a dictar sentencia.

Finalmente, en lo atinente a la solicitud de extensión de efectos de la casación al procesado Félix Abraham Arabia Vergara, advierte que éste no puede ser considerado como sujeto procesal no recurrente, debido a que se produjo ruptura de la unidad procesal con la sentencia anticipada a que se acogió este encausado y por ello la petición del censor representaría extender los efectos de la casación a un proceso diferente, lo que resulta imposible, razón por la cual sugiere a la Corte no acoger esta petición (fls. 5 y ss. cno Corte).

SE CONSIDERA:

Por corresponder al principio de prelación que rige la casación, la Corte aprehenderá el estudio de los cargos propuestos por el demandante, en el mismo orden observado en el resumen del libelo.

PRIMER CARGO. (Principal. Nulidad por violación del derecho de defensa).

Como se recuerda, el demandante desarrolla el cargo apoyado en tres supuestos distintos. El primero, en que al momento de la aprehensión del procesado no se le informó sobre la facultad que tenía de nombrar un abogado que asumiera su defensa, desatendiéndose, por tanto, lo establecido por el artículo 377 del Código de procedimiento penal de 1991. El segundo, en que en la indagatoria fue asistido por un ciudadano que no ostenta la

condición de abogado a pesar que la diligencia tuvo lugar en una ciudad cabecera de circuito como Zaragoza. Y el tercero, en que durante toda la fase instructiva careció de defensa técnica.

Ab initio cabe reiterar lo repetidamente dicho por la jurisprudencia en el sentido de que el motivo tercero de casación no es de postulación libre. Al igual que los demás taxativamente establecidos en el ordenamiento procesal, exige desarrollo y demostración en orden a acreditar no solamente la configuración de la irritualidad, sino su trascendencia, pues no trata la causal de facultar la denuncia de cualquier tipo de irregularidad en el trámite de la actuación, sino tan sólo aquellas que socavan gravemente la estructura básica del proceso o el derecho de defensa, y no haya forma diversa de reparar el vicio que declarando la nulidad de lo actuado.

En este evento, en cuanto tiene que ver con el primer aspecto de la censura, resulta claro que el reproche se queda en el sólo enunciado, pues el casacionista se limita a calificar de irregularidad sustancial comprobada, con incidencia en la validez del proceso, la omisión de la policía de enterar al capturado de sus derechos, anomalía que deduce de la ausencia de acta en tal sentido dejando de lado la obligación que la ley le impone de acreditar que la irregularidad denunciada afectó la garantía fundamental del derecho de defensa.

No obstante ser cierto que en la actuación no obra constancia de la que se establezca que al procesado GUILLERMO LEÓN ECHEVERRY ZORRILLA se le informó sobre los derechos que le asistían una vez fue capturado, con todo, acorde con el artículo 377 del código de procedimiento penal de 1991, es plausible precisar que la irregularidad referida carece de virtualidad para afectar la validez de la actuación procesal, puesto que, además de las razones expuestas por la Delegada, en el sentido que “dicha informalidad no tiene relevancia de cara al desquiciamiento de la actuación” toda

vez que en la diligencia de indagatoria le fue advertido de su derecho de designar defensor que lo asistiera en el trámite y que de no hacerlo se le nombraría uno de oficio, no trascendió en sus efectos.

Es de recordarse que la jurisprudencia tiene sentado que aquel precepto se refiere al conjunto de garantías que como manifestación del principio de reserva legal a la restricción de la libertad, deben observarse respecto de la persona que ha sido aprehendida, por lo cual han de serle comunicadas. Se impone, por tanto, a las autoridades que realizan la aprehensión, hacerle saber sobre los motivos de la captura y el funcionario que la ordenó; también sobre los derechos que le asisten a entrevistarse inmediatamente con un defensor, indicar la persona a quien se deba comunicar la aprehensión; rendir versión espontánea sobre los hechos que se le imputan cuando se trate de investigación previa, con la advertencia de que puede guardar silencio sobre la incriminación y a no ser incomunicado.

De esta gama de derechos individuales que asisten a la persona del capturado surge claro que, en principio, para el Estado resulta imperativo enterar al aprehendido sobre su existencia, esto es, que la comunicación de ellos inexorablemente debe hacerse a fin de posibilitarse su real y oportuno ejercicio, a pesar de que algunos de ellos estén referidos a la autonomía de su voluntad, ya que puede inmediatamente requerir o designar un defensor u optar por no hacerlo, indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión o guardar silencio al respecto.

Cosa distinta sería que se ocultase al sindicado las razones de la captura, o que no obstante que hubiese solicitado su inmediata entrevista con un abogado se le niegue este derecho, o que a pesar de requerir que se entere de su aprehensión a alguna persona, ello no se cumpla, o que se le mantenga absolutamente incomunicado, pues en dichas eventualidades resultaría evidente el desconocimiento de los derechos del capturado conforme al claro contenido del artículo 377 en mención (Cfr. sent. cas. dic. 15 /99. M.P.

Gálvez Argote).

Sin embargo, no sería la nulidad de lo actuado la solución que correspondería adoptar en una tal eventualidad, pues como no se trata de una actuación que se halle en relación causativa con las demás que integran el proceso, al punto que ni siquiera constituye presupuesto de la recepción de la indagatoria, la definición de la situación jurídica, la calificación del mérito del sumario o el proferimiento de la sentencia, su protección ha de buscarse a través de otros medios, como el mecanismo del habeas corpus, o las solicitudes de libertad por razón de la captura ilegal, entre otras posibilidades.

En relación con el segundo de los aspectos a que hace alusión el reproche, debe decirse que para la época en que se practicó la diligencia de indagatoria del procesado (13 de mayo de 1993), 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 hubiere abogado inscrito que pudiera cumplir esa función.

En el acta se dejó expresa constancia de las razones por las cuales la funcionaria de instrucción no designó como defensor de oficio a un profesional del derecho en los siguientes términos: “Le puso de presente el contenido de los arts. 33 de la Constitución Nacional y 283, 357, 358 del Código de procedimiento penal, advirtiéndole que libre de todo apremio y sin juramento alguno deberá responder en forma clara las preguntas que se le formulen, que no está obligado a declarar contra sus parientes ni contra sí mismo. Se le hace saber al indagado el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en esta diligencia, manifestando que no tiene a quién nombrar, por lo que el despacho procede a nombrarle de oficio al señor ELI JIMENEZ SANCHEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.670.522, expedida en Zaragoza Ant. Persona mayor de edad y de reconocida honorabilidad, quien estando presente en el despacho aceptó el cargo a él encomendado, procediendo la suscrita fiscal a juramentarlo de conformidad con las

normas legales vigentes, prometiendo cumplir bien y fielmente con los deberes del cargo a él encomendados, quedando de esta forma debidamente posesionado" (fl. 13).

Indica ello que la funcionaria de instrucción tuvo en cuenta que el imputado manifestó no contar con un abogado defensor, y que en el momento y el sitio donde se estaba llevando a cabo la diligencia (el despacho de la Fiscalía), no encontró uno que pudiera asistirlo, situación que autorizaba proceder en la forma en que lo hizo, resultando su actuación, por tanto, acorde con la normatividad por entonces vigente.

Si bien por virtud de la declaratoria de inexecutable contenida en la sentencia C-049 de febrero 8 de 1996 esa posibilidad fue marginada del ordenamiento jurídico, la Corte ha reiterado que tal circunstancia sobreviniente no puede afectar la validez de las actuaciones cumplidas de acuerdo con los preceptos legales para entonces vigentes, tal como ha tenido oportunidad de precisarlo 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.

La Delegada es partidaria de la prosperidad del cargo considerando al efecto que debió haberse verificado y dejado constancia que en el lugar de recepción de la indagatoria no había abogados inscritos y que de todos modos Zaragoza no es una ciudad donde conseguir un abogado sea tarea imposible, pero no toma en cuenta la aplicabilidad al caso de las disposiciones procesales que se encontraban vigentes cuando se practicó la declaración indagatoria, como tampoco que el operador del sistema no podía 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 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 la demanda 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 la referida diligencia se realizó, pues la circunstancia de haber sido recibida la indagatoria en una ciudad cabecera de distrito, como se menciona por la Delegada, no necesariamente inhibía la aplicación de la norma. Al respecto, la Corte ha sido insistente en señalar que la expresión “cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella”, utilizada por el precepto, debe ser entendida no en el sentido material de ausencia de abogados en la ciudad sede del Despacho, sino desde una perspectiva de disponibilidad, en consideración a las circunstancias en las cuales debía ser recibida la injurada.

En relación con el tercer aspecto de la censura, y respecto del cual asimismo la Delegada propugna por su prosperidad, es de advertirse que no es cierto que durante toda la fase de instrucción el procesado GUILLERMO LEON ECHEVERRY ZORRILLA hubiere estado desprovisto de defensa técnica, pues si bien es claro que el ciudadano que lo asistió en indagatoria no podía continuar ejerciendo el encargo encomendado por no ostentar la condición de abogado, aún en la fase de instrucción el 15 de septiembre el Fiscal regional solicitó a la Defensoría del pueblo la designación de defensores públicos que se encargaran de la defensa técnica de los procesados (fl. 131) obteniendo respuesta negativa el 3 de noviembre siguiente (fl. 165).

Precisamente ello fue objeto de consideración para que mediante providencia de fecha 23 de febrero de 1994 (fl. 173) dicho funcionario declarara la nulidad de la resolución de cierre de investigación proferida el 6 de diciembre anterior (fl. 147), lo que determinó que, habiéndose retornado a la fase de instrucción, el 27 de abril de 1994 designara como defensor de oficio y le diera posesión al doctor GABRIEL ANTONIO FRANCISCO BURGOS JARAMILLO (fl. 182), lo cual pone en evidencia que cualquier

irregularidad que se hubiere presentado en la fase de instrucción, fue oportunamente corregida en la instancia, sin que para hacerlo fuera necesario comprometer la prueba válidamente recaudada pues brindó nueva posibilidad de su controversia por parte de la defensa técnica.

En razón de ello es de destacarse, que cerrada nuevamente la investigación el 5 de mayo de 1995 (fl. 185), es decir ocho días después de la posesión del defensor de oficio de GUILLERMO LEON ECHEVERRY ZORRILLA, éste contó con oportunidad de corregir cualquier anomalía en la defensa técnica que pudiere haber ocurrido desde la vinculación de aquél al proceso, hasta el momento en que fue reconocido como defensor de oficio, y, por ende, tuvo posibilidad de solicitar nuevas pruebas o de pedir la repetición o ampliación de las ya aportadas, o incluso, con dichos propósitos interponer recurso contra la citada providencia y por el contrario, no lo hizo a pesar de que la actuación evidencia que tenía conocimiento claro del estado del proceso y de las pruebas que obraban en contra del procesado, de donde se establece que no estimó viciado el trámite.

Además, este defensor se notificó personalmente de la resolución acusatoria (fl. 216); en la fase de juzgamiento se le libró comunicación sobre la apertura del juicio a pruebas, y compareció a la diligencia de ampliación de indagatoria de su asistido (fl. 276) lo que significa que no se sustrajo a sus obligaciones como se postula por el libelista y es avalado por la Delegada. De allí que la Sala no encuentre motivo para declarar la nulidad demandada.

Ahora, con posterioridad a dichas actuaciones, el 19 de abril de 1995 el procesado ECHEVERRY ZORRILLA confirió poder a una defensora pública (fl. 292) quien no sólo tomó posesión del cargo, sino que presentó alegaciones previas a la sentencia (fl. 308) y sustentó la impugnación interpuesta por su asistido contra el fallo de primer grado (fl. 346).

Así las cosas, no obstante que el defensor designado de oficio no presentó alegatos de conclusión, contrario al parecer del demandante y la Delegada, ello de por sí no resulta indicativo de haber abandonado el proceso pues de las actuaciones anteriores y posteriores a dicha fase se establece, como ha sido visto, que estuvo atento a su desarrollo según se demuestra con el hecho de haberse notificado de la decisión calificatoria proferida en primera instancia y haber comparecido a la diligencia de ampliación de indagatoria durante la fase de juzgamiento.

Si bien es cierto la actuación del mencionado defensor no se caracterizó por la solicitud de pruebas o la interposición de recursos, ello no significa que hubiere abandonado el proceso o que ahora pueda juzgarse su actuación de manera independiente de las circunstancias del momento.

Al efecto es de reiterarse, de acuerdo a lo sostenido repetidamente por la jurisprudencia de esta Corte, que el defensor, sea de oficio o de confianza, 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.

Y si ello no llegare a constituir razón suficiente para denotar la sinrazón del pedido, merece destacarse que tanto el casacionista como la Delegada pregonan la violación del derecho de defensa técnica, pero no mencionan cuáles serían los medios probatorios que se podrían haber aducido, qué se establecería con ellos, ni cómo su recaudo

producido con criterios de razonabilidad, conducencia y pertinencia, habría dado lugar a la declaración de inocencia, la aplicación del principio de la duda, o a una responsabilidad penal menos gravosa. Tampoco indican el fundamento de los recursos que habrían podido interponer ni los efectos benéficos que el procesado habría obtenido con su interposición, con lo cual se incumple el deber de acreditar la trascendencia de un tal desacierto.

La Delegada, por su parte, menciona la posibilidad de que dicho procesado se hubiere acogido a la figura de la sentencia anticipada, pero no toma en cuenta que en la diligencia de ampliación de indagatoria durante el juicio, este procesado manifestó inequívocamente que no era su intención renunciar a la controversia fáctica y que por el contrario sostuvo “y esperamos que nos den la oportunidad de probar de que nosotros no somos lo que nos sindicán”, de manera que aún en dicha hipótesis la alegación no encuentra sustento en la actuación.

Entonces, ante la falta de fundamento y razón en la postulación del ataque, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO. (Nulidad por violación del debido proceso).

En relación con este ataque que la delegada prohija, es de reiterarse la posición de la Sala sobre este particular aspecto, en el sentido de que el procedimiento especial establecido por el artículo 457 del Código de procedimiento penal de 1991, por razones de política criminal fundadas en la necesidad de brindar protección a la identidad, y por ende, garantizar la seguridad personal de los funcionarios intervinientes en el trámite de los procesos de competencia de los jueces regionales, no preveía la realización de audiencia pública como acto formal durante el juicio, sino que la controversia en esta etapa tenía lugar a través de la posibilidad conferida por el ordenamiento de proferir un auto de sustanciación notificable a través del cual se corría

traslado de ocho días para que los sujetos procesales presentaran sus consideraciones previas a la sentencia.

Dicho término no era individual sino común para todas las partes, incluyendo la Fiscalía, el Ministerio público, la parte civil y la defensa, quienes contaban con la facultad de ejercer este derecho, y, por lo mismo, no constituía obligación que por dejar de cumplir se erigiera en vicio con entidad tal que determinara la invalidación de lo actuado (sent. cas. sep. 12/2002. Rad. 13652. M.P. Arboleda Ripoll).

Si bien podría resultar deseable que la Fiscalía que profirió la acusación presentara sus alegatos previos al fallo de fondo, a fin de plasmar allí consideraciones adicionales a las expuestas en la providencia enjuiciatoria o su criterio respecto de la validez, mérito o trascendencia de la prueba recaudada durante la fase probatoria del juicio para mantener, degradar, o desquiciar la providencia acusatoria, el no hacerlo resultaba intrascendente por su incapacidad de afectar las bases fundamentales del proceso, pues además de que dicha actuación no se hallaba en relación causativa con las demás que componían el trámite, precisamente por ser facultativa su intervención, ninguna norma de derecho procesal establecía que una tal omisión constituyera motivo que diera lugar a declarar la ineficacia de lo actuado.

Y si de otro lado, se toma en cuenta que en este caso sólo se escuchó en ampliación de indagatoria al enjuiciado, resultaba fundado que el organismo acusador hubiese llegado a considerar que dicho medio no tenía entidad para modificar los supuestos fácticos o jurídicos en que se sustentó la acusación y ello hacía innecesario presentar argumentación adicional a la contenida en el pliego de cargos.

Ningún parámetro permite comparar el procedimiento especial establecido para los procesos de competencia de los jueces regionales, con el trámite ordinario del proceso judicial, para deducir de allí la obligatoriedad para la Fiscalía que formuló la acusación de

presentar alegatos de conclusión durante el término de traslado previo al pronunciamiento de fondo en aquél trámite, no sólo por la naturaleza distinta de cada uno de ellos derivada de su objeto tomando en consideración la clase de delito, sino por la específica regulación normativa que cada cual ostenta, lo cual, se insiste, no significa que en la fase de juicio en los procesos de conocimiento de los jueces regionales las partes no tuvieran posibilidad de controvertir los términos en que se profirió la acusación.

Entonces, no sólo porque la omisión denunciada ni siquiera constituye irregularidad alguna, menos aún con trascendencia tal que pueda comprometer la estructura básica del proceso o lesionar alguna garantía fundamental, sino porque por virtud del principio de taxatividad de las nulidades no se halla incluida como tal en el ordenamiento procesal, el cargo ha de ser desestimado por la Sala, pues es claro que la nulidad demandada no se funda en algún atentado a la juridicidad del trámite, sino por adelantar la actuación de conformidad con ella, y en ejercicio de los derechos que en calidad de parte a ellas corresponden.

Como quiera que no se casará la sentencia, y, en consecuencia, no se modifica la pena impuesta en el fallo, compete al Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad realizar 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 segundo delegado en lo penal, 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 a la oficina correspondiente.
COMUNÍQUESE y CÚMPLASE.

ALVARO O. PÉREZ PINZÓN

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE A. GÓMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARINA PULIDO DE BARÓN YESID RAMÍREZ BASTIDAS

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria