

Proceso No 13644

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Aprobado acta No. 014

Bogotá, D. C., treinta de enero del año dos mil tres.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado LUIS ERNESTO VILLAMIL MUÑOZ contra la sentencia dictada por el Tribunal superior del distrito judicial de Cundinamarca mediante la cual lo condenó por el delito de homicidio.

Hechos y actuación procesal.-

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

“Sucedieron el 5 de noviembre de 1995 en el municipio de Fusagasugá, aproximadamente a las 12:00 P.M. en las afueras de la discoteca ‘El Son de Cali’, cuando, en medio de una reyerta, LUIS ERNESTO VILLAMIL MUÑOZ, hirió en dos oportunidades, con arma cortopunzante en la región precordial, a WILSON ANTONIO HOLGUIN CUBILLOS, quien fue trasladado al Hospital ‘San Rafael’ de la localidad, donde fue intervenido quirúrgicamente y posteriormente remitido a la Clínica San Diego de esta Ciudad (Bogotá), donde falleció la tarde del 8 de los mismos mes y año”.

2.- Abierta la investigación por la Fiscalía local de Fusagasugá (fl. 11), inicialmente vinculó mediante indagatoria a JHON JAIR MUÑOZ (fl. 13), NORMA RIAÑO RODRÍGUEZ (fl. 15) y WILSON DÍAZ CÓRDOBA (fl. 17), y definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva para los dos primeros al tiempo que se abstuvo de imponer medida alguna respecto del último de los mencionados (fls. 33 y ss.).

Días más tarde, la Fiscalía delegada ante los juzgados penales del circuito de Fusagasugá, a donde fueron remitidas las diligencias, vinculó mediante indagatoria a LUIS ERNESTO VILLAMIL MUÑOZ (fls. 58 y ss.), a quien definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 149 y ss.), y decidió precluir la investigación respecto de WILSON DÍAZ CÓRDOBA (fls. 278 y ss.).

A petición del procesado LUIS ERNESTO VILLAMIL MUÑOZ (fl. 341), la Fiscalía fijó las nueve de la mañana del primero de febrero de mil novecientos noventa y seis para llevar a cabo la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada de que trataba el artículo 37 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 3º de la ley 81 de 1993, la que fue aplazada a solicitud del defensor público (fl. 350), señalándose al efecto el día 19 de febrero de ese mismo año, a partir de las diez de la mañana para la realización de la mencionada diligencia (fl. 357).

En la fecha programada, no concurrió el defensor público del procesado, lo que motivó que la Fiscalía le designara un defensor de oficio quien estando presente aceptó y tomó posesión del cargo. Consta en el acta de la diligencia, que seguidamente el Fiscal procedió “a enterar al procesado del contenido del art. 37 del C.P. (sic) y se le informa sobre las consecuencias jurídicas que acarrea el aceptar los cargos que le sean formulados en este acto. Una vez enterado de ello, el inculcado LUIS ERNESTO VILLAMIL MUÑOZ, solicita el uso de la palabra y manifiesta: ‘Con base en lo que se me ha informado, RENUNCIO a la petición hecha el día enero 24 de 1995 donde solicité sentencia anticipada del art. 37 del C. de P.P., renuncio por los hechos que conlleva el art. 37 del C. de P.P. y quiero mas

bien que se siga el proceso hasta sus últimas consecuencias. La petición la había hecho por los comentarios que me hicieron otros presos y el abogado mismo me dijo que la solicitud estaba mal hecho (sic) porque yo estaba pidiendo era una condena. Nada más'. Se enteró por parte del Despacho al procesado que está en posibilidad de solicitar la aplicación del Art. 37 A del C. de P.P. y se le enteró de las implicaciones del mismo" (fl. 367).

Por auto de diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y seis, la Fiscalía decretó la clausura parcial del ciclo instructivo respecto de LUIS ERNESTO VILLAMIL MUÑOZ (fl. 368), determinación contra la cual el defensor público interpuso recurso de reposición al tiempo que solicitó llevar a cabo "la diligencia de que trata el artículo 37 A AUDIENCIA ESPECIAL" (fl. 383).

Por proveído de cinco de marzo siguiente, la Fiscalía instructora dispuso mantener el cierre de la investigación, pues "la determinación del cierre del ciclo instructivo está enmarcada por los cánones del art. 438 del C. de P.P., esto es, que exista mérito con base en pruebas recaudadas, para calificar el mérito sumarial y que además se haya resuelto la situación jurídica del inculcado vinculado a la investigación".

Agregó que "para el caso a estudio, consideró el Despacho que estaban satisfechas las exigencias del art. 438 del C. de P.P. y el hecho de no haberse aportado en forma oportuna la historia clínica del obituario y el protocolo de necropsia, no significa ello que no se encuentra acreditada la materialidad del punible. Además, habiéndose reiteradamente formulado solicitud de aportación de estas pruebas, se consideraba que para el momento de la calificación o de la sentencia, en el evento de haberse admitido cargos conforme al art. 37 del C. P.P., se hubiese arrimado al plenario, tal como en efecto sucedió".

Concluyó el análisis del punto, considerando que en la actuación "se contaban otros

elementos de juicio suficientes para determinar la causa del deceso, el arma empleada, la localización de heridas y por ende la relación causal entre la producción de heridas y la causa generadora del deceso, por lo que no era indispensable en grado sumo la existencia en el infolio, de las pruebas a que aduce el recurrente”.

Finalmente, consideró extemporánea la solicitud de llevar a cabo la diligencia de que trataba el artículo 37 A del estatuto procesal por entonces vigente, “pues la norma en cita prevé que la petición de la audiencia especial sólo puede formularse, para la obtención del máximo de beneficios, hasta antes de la producción de la Resolución de cierre del período instructivo y no hasta la ejecutoria de la misma decisión, como pretende interpretarlo el recurrente, por lo tanto, no se accederá a la realización de la respectiva audiencia especial, siendo entendido que la petición podrá formularse en otro estadio procesal, en el evento de proferirse resolución acusatoria como consecuencia de la calificación sumarial” (fls. 395 y ss.).

Posteriormente, el dos de abril de mil novecientos noventa y seis se calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución de acusación en contra del procesado por el delito de homicidio (fls. 406 y ss.), mediante determinación que el veintisiete de mayo siguiente la Fiscalía veinticinco delegada ante los Tribunales superiores de Bogotá y Cundinamarca, confirmó íntegramente al conocer de la apelación interpuesta por la defensa (fls. 18 y ss. cno. Fisc. Sda. Inst.).

3.- El conocimiento del juicio fue asumido por el Juzgado segundo penal del circuito de Fusagasugá (fl. 449), donde después de llevarse a cabo la vista pública (fls. 538 y ss.), el veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y siete se puso fin a la instancia condenando al procesado LUIS ERNESTO VILLAMIL MUÑOZ a la pena principal de

veinticinco (25) años de prisión y la accesoria de interdicción en el ejercicio 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. 604 y ss.), mediante sentencia que el ocho de mayo siguiente el Tribunal superior confirmó íntegramente (fls. 29 ss. cno. Trib.), al conocer en segunda instancia de la apelación promovida por el procesado y su defensor.

4.- Contra el fallo de segundo grado, en oportunidad, el procesado interpuso recurso extraordinario de casación (fls. 89), el cual fue concedido por el ad quem (fls. 91) y dentro del término legal el defensor público presentó el correspondiente escrito sustentatorio (fls. 100 y ss.) 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 lo acusa de haber sido 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, respectivamente.

PRIMER CARGO (Nulidad por violación del debido proceso).

Sostiene al efecto que durante la fase instructiva el procesado solicitó llevar a cabo la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, que la decisión de aceptar tal pedimento no se notificó al defensor público ni se le remitió citación alguna como tampoco se cumplió tal procedimiento mediante anotación en estados, lo que determinó que en la fecha programada no estuviera presente y que se le designara un defensor de oficio exclusivamente para esta diligencia, quien, por no tener conocimiento de los hechos, del proceso y la confesión del procesado, no lo pudo asesorar correctamente. De

manera que “no le brindó la defensa técnica de la que era merecedor, para que al aceptar los cargos que ya había confesado, le hicieran acreedor al beneficio de la rebaja de su pena en la tercera parte” y por el contrario permitió que se amedrentara al sindicado al punto que renunció a su petición de sentencia anticipada “porque se le habló de las consecuencias jurídicas pero no se dejó constancia de si también se le aconsejó sobre los posibles beneficios, toda vez que ya había prueba suficiente sobre los hechos que igualmente ya había confesado”.

Expone que en el acta de la diligencia consta que el Fiscal advirtió al procesado sobre la posibilidad de solicitar la aplicación del artículo 37 A del Código de procedimiento penal, cuando lo que ha debido hacer era “encarrillar (sic) adecuadamente lo que favoreciera al sindicado en ese momento, pues a ello estaba obligado de conformidad con lo dispuesto en los arts. 249 y 333 del C. de P.P.”, de manera que, agrega, “si se le insinuaba al sindicado ese procedimiento, no era para decirle en el mismo acto, o en uno posterior, que no era viable la diligencia del art. 37 A porque sería jugarle sucio al procesado”

Considera, además, que constituye violación al debido proceso el hecho de que el fiscal, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el defensor público contra el acto de cierre de la investigación, donde además solicitó llevar a cabo la diligencia de audiencia especial de que trataba el art. 37 del Código de procedimiento penal por entonces vigente, no sólo negó la reposición sino que no pronunció “ni una sola palabra sobre la audiencia especial que él mismo había recomendado” manifestando que la petición era extemporánea cuando en realidad la resolución de clausura de la investigación no había cobrado ejecutoria.

Sostiene que la nulidad que denuncia resulta trascendente, pues si el sindicado hubiera contado con una buena defensa técnica, no se habría permitido desviar el rumbo de la solicitud y le habría posibilitado acogerse a los beneficios de reducción punitiva consagrados en los artículos 37 o 37A del estatuto procesal.

Con fundamento en lo expuesto solicita de la Corte casar la sentencia materia de impugnación, y declarar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución que decretó la clausura de la investigación “devolviendo el proceso a la Fiscalía Seccional Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Fusagasugá, ordenando que sea convocada la diligencia de audiencia para sentencia anticipada del art. 37 del C. de P.P. con la asistencia de su defensor de confianza, a que tenía derecho el procesado, a fin de readecuar el proceso al imperio de la ley”.

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

Manifiesta que el defensor público solicitó el aplazamiento de la diligencia de audiencia para sentencia anticipada por considerar necesario allegar a la actuación el protocolo de necropsia y la historia clínica de la víctima quien falleció días después de ocurridos los hechos y de haber sido intervenido quirúrgicamente.

Pese a no haberse allegado tales documentos, agrega, la Fiscalía fijó fecha para llevar a cabo la diligencia mediante resolución de cúmplase, la que no fue notificada al defensor por ningún medio, pues tan sólo se dejó constancia de haberse enviado un telegrama sin dirección, que en manera alguna suple la fórmula de la notificación establecida en el artículo 186 del estatuto procesal anterior.

Como quiera, entonces, prosigue el demandante, que el defensor no fue notificado legalmente de la providencia mediante la que se citó a la audiencia prevista por el artículo 37 del Código de procedimiento penal, no pudo concurrir a la mencionada audiencia y por este hecho se le impidió brindar una debida y oportuna asistencia técnica a su procurado judicial quien se vio compelido a aceptar que se le designara un defensor de oficio que no conocía el proceso, ni podía brindarle una adecuada asesoría y, por lo mismo, permitió que renunciara a su petición de sentencia anticipada no empece que desde la primera versión aceptó la autoría de los hechos.

De no haberse presentado la nulidad, el procesado habría contado con la oportunidad de acogerse sin temores al beneficio de reducción punitiva establecido por el artículo 37 del Código de procedimiento penal de entonces.

En razón de lo anterior, solicita de la Corte casar la sentencia impugnada, decretar la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, remitir el proceso a la Fiscalía seccional de Fusagasugá y ordenar la realización de la diligencia de audiencia para sentencia anticipada.

Concepto del Agente del Ministerio Público.-

La Procuradora cuarta delegada para la casación penal comienza por advertir que el censor incurre en una indebida mezcla de argumentos al proponer indistintamente críticas por violación del debido proceso y el derecho de defensa. Además, no logra demostrar la trascendencia del vicio de actividad que denuncia ya que se aparta de la realidad procesal, desconoce el alcance de las disposiciones que menciona y, en consecuencia, tampoco atina a demostrar que la irregularidad sea sustancial como para que quebrante la estructura del proceso.

Asimismo, el casacionista omite precisar cuál de los cargos que propone es el principal y cuál el subsidiario, con lo cual incumple una exigencia de carácter técnico que le resta precisión al libelo.

No obstante los anotados defectos, la Delegada considera necesario brindar respuesta conjunta a los cargos en razón a que se fundan en igual argumentación.

Sostiene al efecto que resulta exótica la proposición de la defensa, en el sentido de que el Fiscal debió conducir la diligencia de formulación de cargos hasta conseguir que el procesado se acogiera a sentencia anticipada, pues se trata de una actitud que en manera alguna le corresponde asumir al funcionario.

Contrario a lo planteado por el censor, quien pretende denotar una deslealtad con el procesado, en el acta de la diligencia consta simplemente que después de haberse negado a que se llevara a cabo la diligencia de formulación de cargos, se le puso de presente el artículo 37 A del estatuto procesal.

Además, en torno a la necesidad de que se realizara la audiencia especial que el libelista aduce, la Delegada considera evidente que en el caso particular dicho trámite resultaba innecesario, pues, como el propio demandante lo admite, en el expediente obra la confesión calificada de Villamil Muñoz y suficientes medios de convicción que tornaban innecesaria la diligencia sugerida por el demandante, y permitían calificar el mérito de la actuación, como se indicó por el Fiscal en el proveído mediante el cual no se repuso la decisión de clausurar la investigación, pues dicha diligencia sólo resulta procedente cuando exista duda probatoria que no concurría en el presente evento, según fue precisado por el juzgado de conocimiento al resolver la petición de nulidad planteada por la defensa.

Después de reproducir in extenso algunos apartes del pronunciamiento de esta Sala proferido el 25 de agosto de 1998 con ponencia del magistrado Gálvez Argote, concluye que no asiste razón al censor en pregonar que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad por la no celebración de la audiencia especial, pues la terminación anticipada del proceso se vio frustrada por voluntad del propio procesado.

En relación con el argumento del censor donde se sostiene que hubo violación del debido proceso por haberse omitido cumplir la formalidad de notificar al defensor de la providencia por medio de la cual se convocó a la diligencia de formulación de cargos, la Delegada considera que dicho planteamiento resulta equivocado en la medida en que la norma invocada no previene la necesidad de la notificación, ni su contenido permite equipararlo al auto que señala día y hora para la celebración de la audiencia pública.

Advierte que tampoco constituye irregularidad alguna la circunstancia de que se hubiere comunicado telefónicamente al defensor la fecha en que tendría lugar la diligencia de formulación de cargos, pues a más de que ello no era obligatorio para el Fiscal por tratarse de una decisión de mero impulso procesal y, por tanto, no notificable, fue el propio defensor de entonces quien propició dicha situación, toda vez que en el poder que presentó no suministró ninguna dirección, cuando solicitó copias del proceso únicamente aportó un número telefónico al cual se le citó en varias ocasiones, y sólo cuando apeló la resolución de acusación mencionó el lugar donde podía ser ubicado.

Menos aún logra configuración la nulidad por violación del derecho de defensa que el libelista alega, fundada en el desplazamiento que se hiciera del defensor público por uno de oficio, pues una vez aquél se enteró de la fecha en que tendría lugar la diligencia de formulación de cargos, solicitó su aplazamiento, y a partir del día en que se solicitó su realización, tuvo tiempo suficiente para ilustrar al procesado sobre los alcances de la sentencia anticipada.

Además, el desplazamiento del defensor público por uno de oficio no se constituye en vulneración de la garantía fundamental, pues la administración de justicia no puede verse paralizada ante la renuencia a comparecer o la presencia de maniobras dilatorias por los sujetos procesales, según ha sido precisado por la jurisprudencia.

Finalmente, considera que la circunstancia de que el procesado hubiera desechado la oportunidad de someterse a sentencia anticipada y obtener una rebaja sustancial de la pena, no puede interpretarse como desconocimiento de garantías fundamentales, pues se trató del libre ejercicio de la defensa material. Si la defensa hubiera tenido interés en que el procesado se acogiera a los beneficios de la sentencia anticipada, así lo habría

manifestado durante la etapa del juicio, lo que no aconteció, por lo que el planteamiento del censor en el sentido de haberse limitado la posibilidad de hacer uso del instituto en cuestión, carece de todo fundamento.

Por razón de lo anterior, sugiere a la Corte no casar la sentencia materia del recurso extraordinario (fls. 10 y ss.).

SE CONSIDERA:

Es de advertir, que la Corte dará respuesta conjunta a los dos cargos planteados en la demanda en razón a la inescidibilidad que ostentan, como quiera que se fundan en el mismo motivo, se apoyan en idénticos supuestos, y en su postulación se propone igual solución.

CARGOS PRIMERO Y SEGUNDO. (Nulidad por violación del debido proceso y el derecho de defensa).

En verdad que pocos son los agregados que habría de hacer la Corte al concepto de la Delegada, pues ciertamente la demanda acusa inocultables defectos de orden técnico y de fundamentación que dan al traste con la aspiración desquiciatoria del fallo que el censor postula.

No obstante plantear el actor en capítulos separados dos cargos contra el fallo del tribunal, en realidad se trata de uno solo fundado en los mismos supuestos sobre los que no se decide entre violación del derecho de defensa y del debido proceso.

No de otra manera se entiende que hubiere omitido indicar cuál es el cargo cuyo estudio debe ser abordado con prelación por comportar la existencia de un vicio de mayor

trascendencia en la actuación con compromiso de una garantía fundamental, y cuál el que habría de ser analizado de manera subsidiaria para el caso de no lograr prosperidad el principal.

Deja de tomar en cuenta, que cuando se invoca la causal tercera de casación, es carga para el demandante concretar la clase de nulidad, señalar sus fundamentos, las normas que se estimen infringidas y, precisar de qué manera la irregularidad repercutió definitivamente afectando el trámite que culminó con la emisión de la sentencia impugnada, pues el recurso extraordinario, en cuanto a esta causal se refiere, no ha sido establecido para poner en evidencia cualquier clase de irritualidad sin trascendencia alguna dentro del proceso, sino sólo aquellas que inexorablemente conducen a su invalidación.

Obedece ello, a que en materia de nulidades, por tratarse de un remedio extremo, no basta simplemente con invocarlas sino que su postulación debe someterse a los principios que rigen su declaratoria, de manera que sólo resulta posible alegar aquellas expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento (trascendencia); y, además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).

De este modo, si el motivo de inconformidad con el fallo de segundo grado estriba en aducir la violación de un derecho fundamental, está obligado a desarrollar una argumentación lógica dirigida a patentizar el desacierto, siendo de su cargo demostrar el desconocimiento de una garantía por el quebrantamiento de la estructura básica del proceso o la actividad del juzgador, e indicar las normas que protegen el derecho invocado y su concreto conculcamiento.

En este sentido, repetidamente la jurisprudencia ha dado en sostener que cuando se aduce violación del debido proceso, se debe comprobar la existencia de irregularidad sustancial que afecte la estructura del sistema que lo inspira. Por ejemplo; falta de apertura de investigación, no vinculación del procesado, no definición de la situación jurídica cuando ella sea obligatoria, o ausencia de la decisión de cierre de la investigación; desconocimiento de la etapa de investigación y/o de juzgamiento; dentro del juicio: de la fase probatoria y/o de debate oral; de formulación de cargos o sentencia, o la posibilidad de recurrir en segunda instancia.

En cuanto hace a la violación del derecho de defensa, ha sido dicho asimismo, que es de cargo de quien la alegue determinar la actuación que estima lesiva de esta garantía fundamental, indicar las normas que fueron violadas, y dejar establecido cómo el vicio repercute negativamente en la validez del rito llevado a cabo y por qué el reo fue privado de oportunidades que le permitieran sacar adelante posturas favorables a su situación.

En todo caso, acorde con la técnica que rige este medio extraordinario de impugnación, cada uno de los cargos debe contener una petición acorde con la naturaleza de la nulidad invocada, indicando la prelación con que su estudio debe ser abordado por la Corte, el momento a partir del cual la invalidación debe decretarse, y el señalamiento del funcionario al cual se habrá de remitir el proceso.

En este evento, el demandante no se aviene a dichos derroteros, pues bajo un mismo supuesto (el no haberse producido la terminación anticipada del proceso) refiere indistintamente violaciones al debido proceso y el derecho de defensa pero sin ubicar la protesta en uno de estos dos motivos específicos de invalidación, no obstante ameritar concreción y demostración autónoma en razón a corresponder a causales de invalidación normativamente diferenciadas.

Si bien, como lo tiene reconocido la jurisprudencia, no puede descartarse que haya casos en los cuales el evento afecte simultáneamente ambos derechos, de todas maneras, no logra demostrar la existencia de irregularidad alguna bajo ninguno de los supuestos planteados, ni mucho menos su definitiva incidencia en el menoscabo del debido proceso o el derecho de defensa, ya que no acredita, de una parte, que se hubiere transgredido alguna norma procedimental dando lugar a la configuración de una irregularidad vinculada en relación causativa con las demás actuaciones que componen el trámite, o de otra, que se hubiere privado a su asistido de contar con asistencia técnica adecuada que hubiera permitido la solución del caso de manera distinta y opuesta a la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo que censura.

Con todo, advierte la Corte que en ambas hipótesis, los cargos carecen de fundamento, en cuanto el actor no sólo se aparta de la realidad procesal, sino que acude a disposiciones inaplicables al caso, cuando no al particular entendimiento que deduce de ellas, en términos que seguidamente pasa a precisarse.

Al respecto, ha de advertir la Corte, que no es cierto que se hubiere transgredido el debido proceso al no haber sido notificada la providencia mediante la cual se dispuso fijar día y hora en que tendría lugar la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, y que a consecuencia de ello se le hubieren recortado oportunidades defensivas.

El planteamiento del actor parte de un supuesto equivocado al entender que dicha diligencia se equipara a la audiencia pública y que, en tal medida, debía ser notificada acorde con lo dispuesto en el artículo 186 del Estatuto procesal por el que se rigió el asunto. Esto por cuanto, como tinosamente es destacado por la Delegada de la Procuraduría cuyo criterio la Sala comparte, “una lectura atenta de la norma citada, en forma alguna regula lo que el casacionista sostiene, ya que cuando allí se previene que debe notificarse ‘el auto...que señala día y hora para la celebración de la audiencia’ se evidencia, en primer término, que se relaciona inequívocamente a la actuación a que se refiere el artículo 447 ibídem, y en segundo lugar, que no se trata de una ‘resolución’ -providencias mediante las cuales se pronuncian los Fiscales- sino de un ‘auto’, -proveído propio de los jueces-, puesto que la clasificación de las providencias (artículo 179 Ibíd), permite entender que en cada caso es un funcionario judicial distinto el que está facultado para proferirlas, por lo que cuando la norma hace referencia al ‘auto’ claramente debe entenderse que corresponde al de la convocatoria a la vista pública; en consecuencia, como quiera que de un lado, fue un Fiscal el que citó para la diligencia de aceptación de cargos, y de otra parte, que dicha providencia fue una ‘resolución’ de simple trámite, no hay lugar a compartir la especial interpretación del censor, quien pretendió explicar que la naturaleza de la decisión bajo examen, era notificable”.

Si bien es cierto que en acatamiento de los principios de publicidad, instrumentalidad de las formas y lealtad que rigen la actuación procesal, en los casos en que la ley no ha previsto como obligatoria la notificación de las decisiones judiciales, resulta aconsejable que los funcionarios adopten mecanismos que tiendan a garantizar el conocimiento por los sujetos intervinientes en el trámite, de las fechas, horas y lugares en que habrán de practicarse pruebas o llevarse a cabo diligencias para que puedan tener la posibilidad de intervenir en ellas, pues el carácter público y contradictorio del proceso en un Estado social y democrático de derecho así lo exige, no lo es menos que ello sólo resulta

predicable en términos de razonabilidad y posibilidad, no cuando las partes omiten el cumplimiento de las cargas que de acuerdo con la ley les compete asumir, ni en los eventos en que una tal actuación resulte materialmente imposible.

Esto último fue lo que ocurrió en la actuación a que hace referencia el demandante, pues la actuación evidencia que a pesar de no haber establecido la normatividad la obligación de notificar formalmente la decisión de fijar día y hora en que tendría lugar la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, pues ella no aparecía consignada en los artículos 37 y 186 del estatuto procesal aplicable al caso, el funcionario de instrucción agotó todos los mecanismos a su alcance que consideró idóneos para enterar de ella al defensor público del procesado VILLAMIL MUÑOZ, quien en el poder que allegó a la actuación (fl. 147), no suministró dirección o teléfono alguno donde pudiera ser localizado, solamente en el memorial mediante el que solicitó copias del proceso informó un número telefónico (fl. 231), al que se le citó en varias ocasiones (fls. 289, 313 y 337) incluso para comunicarle la decisión en que inicialmente se fijó fecha para llevar a cabo la aludida diligencia (fl. 344), que se vio aplazada a solicitud de este sujeto procesal (fl. 349) y aquella en que nuevamente se programó (fl. 362), pese a lo cual, no compareció.

Por manera que ni desde la óptica de las disposiciones aplicables al caso, ni a partir de la vigencia de los principios de lealtad y publicidad en la actuación judicial, puede considerarse que la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada se llevó a cabo sin que el defensor público del procesado pudiera tener conocimiento de su realización y que por ello se amerite declarar la ineficacia de lo actuado.

Ahora, en lo atinente al reparo expuesto por el censor en el sentido de que se violó el

derecho de defensa por haber mediado desplazamiento del defensor público por uno de oficio en la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada ante la no comparecencia de aquél, es de decirse que tampoco por dicho aspecto se evidencia la existencia de alguna irregularidad con entidad capaz de invalidar la actuación.

En este sentido es claro, como lo destaca la delegada en el concepto, que si bien en un Estado de derecho del tipo del que en nuestro medio se encuentra en proceso de construcción, se debe preferir el defensor de confianza al de oficio a fin de garantizar adecuadamente el ejercicio del derecho fundamental de la defensa técnica, también es cierto que si el abogado nombrado por el procesado se rehusa a comparecer a alguna diligencia en que su presencia resulta inexorable a pesar de haber sido citado, ello no constituye obstáculo alguno para que la actuación correspondiente se lleve a cabo con la asistencia de un defensor designado de oficio, pues el proceso penal no es escenario constitucionalmente establecido para prohiar maniobras dilatorias de las partes, ni para avalar comportamientos que no sólo afectan el derecho del acusado a que se le juzgue en los términos establecidos por el ordenamiento, sino el de las víctimas y el conglomerado a que pronta y cumplidamente se solucione el conflicto social generado por la realización de conductas delictivas.

Del mismo modo, no puede resultar desconocido, como sí lo hace el recurrente, que la actuación pone en evidencia que fue el propio procesado quien habiendo solicitado la realización de la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, voluntariamente declinó someterse a ella, no en razón a la falta de presencia del defensor público que lo venía asistiendo, sino a que habiendo sido advertido de las consecuencias de dicha actuación que inexorablemente conduciría al proferimiento de sentencia de condena, sólo que aminorada punitivamente por virtud del beneficio establecido para el evento de terminación prematura del proceso, libremente decidió no renunciar al derecho de seguir ejerciendo la controversia fáctica y jurídica propia del

trámite, y manifestar expresamente su voluntad de continuar el proceso “hasta sus últimas consecuencias”, como de esto da cuenta el acta que corre a folios 367 del cuaderno original.

Menos aún resulta viable llegar a pregonar, como lo hace el demandante, que por razón de la designación de un defensor de oficio en la diligencia en que tendría lugar el acto de formulación de cargos para sentencia anticipada, el procesado no tuvo asesoría técnica adecuada, pues es lo cierto que con anterioridad a dicho trámite y en la propia diligencia, contó con la presencia de un defensor técnico cuya actividad no puede ahora juzgarse como inadecuada por el sólo hecho de llegar a considerarse que frente a situaciones como las presentadas en el proceso, el profesional que ahora atiende los intereses del sentenciado habría actuado de manera diversa.

A este respecto la Corte tiene establecido que el defensor, sea público, de oficio, o de confianza, en ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de total iniciativa pudiendo aconsejar a su asistido en relación con las actitudes procesales que considere favorables a sus intereses, presentar las solicitudes que estime acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso, a pesar de tener una actitud vigilante del desarrollo de la actuación asumir una pasiva por calificar 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 (Cfr. sent. cas. oct. 10 de 2002, rad. 13048. M. P. Arboleda Ripoll).

Y si ello no resultare suficiente para denotar la sinrazón del pedido, merece destacarse que el demandante pregonaba violación del derecho de defensa técnica, pero deja de considerar que la decisión de no someterse a sentencia anticipada, la tomó el procesado, no en razón a un acto de deslealtad del funcionario, como se aduce, al explicarle las consecuencias jurídicas establecidas para el acto de aceptación de cargos, sino en virtud de los comentarios que le hicieron algunos compañeros de reclusión y la asesoría que al respecto le brindó su abogado.

Finalmente, en relación con la afirmación del libelista en el sentido de que el Fiscal estaba obligado a tramitar la diligencia de audiencia especial de que trataba el artículo 37 A del Decreto 2700 de 199, no sólo por haber advertido al sindicado sobre dicha posibilidad, sino porque así lo demandó el defensor oportunamente antes de que cobrara ejecutoria la decisión de clausurar el ciclo instructivo, es de resaltarse que tampoco por dicho aspecto se evidencia irregularidad trascendente con capacidad de invalidar lo actuado.

Esto por cuanto no obstante que la jurisprudencia se ha orientado por entender que la expresión “hasta antes de que se cierre la investigación” contenida en el mencionado artículo 37 A debe asumirse en el sentido de que dicha decisión no se halle ejecutoriada y no como erradamente se interpretó por el Fiscal instructor para calificar extemporánea la solicitud por haberse proferido la resolución de clausura del ciclo instructivo, ello no fue el único argumento expuesto por el funcionario para denegar su trámite ya que, con total apego a la realidad procesal, consideró reunidos los presupuestos establecidos por el ordenamiento para proceder a calificar el mérito probatorio del sumario sin que le resultara obligatorio acudir a la celebración de una audiencia para discutir aspectos sobre los cuales la actuación no ponía en evidencia la existencia de incertidumbre alguna.

A este respecto pertinente resulta traer a colación lo establecido por la jurisprudencia en pronunciamiento al cual acertadamente hace mención la Delegada.

“En efecto, dentro de la dinámica que le es propia al mecanismo procesal de la audiencia especial, ésta puede ser convocada a iniciativa del Fiscal o del procesado; pero, como se trata precisamente de un instrumento transaccional ‘sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia’ el mismo ordenamiento (Art. 37 A parágrafo 2°, inciso 2° del C. de P.P.) dispone que, ‘el fiscal no estará obligado a concurrir a la audiencia cuando advierta que existe prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo’, lo cual significa que no es imperativo del Fiscal convocar o asistir a la audiencia.

“Tratándose entonces de audiencia especial queda a la discrecionalidad del Fiscal, y sólo de él, porque no hay posibilidad alguna de realizarla en el juicio, convocarla o no, concurrir a ella o dejar de hacerlo; pero esa potestad de no asistir a dicho acto se sujeta a la consideración de que la transacción no tendría ningún objeto por existir prueba suficiente sobre los aspectos referidos en el artículo 37 A como materia de acuerdo.

“Si el fiscal, en el supuesto ya mencionado, no está obligado a concurrir a la audiencia, es apenas obvio que bajo esa misma consideración de existencia de ‘prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo’ tampoco está obligado a convocarla cuando el procesado se la solicita, siendo tal la situación que se concretó en este asunto” (Cfr. Auto sda. inst. agosto 25/98. Rad. 13808 M.P. Gálvez Argote).

Si bien para denegar el trámite de la audiencia especial en el pronunciamiento del cinco de marzo de mil novecientos noventa y seis (fl. 395 y ss.) el Fiscal hizo alusión al argumento de la oportunidad, no lo es menos que en orden a mantener el cierre de la investigación consideró también satisfechas las exigencias procesales para proceder

a calificar el mérito del sumario, con lo cual, aunque no expresamente ni con el rigor que le era exigible, puso de presente la facultad que la ley le confería al organismo investigador de no concurrir a la diligencia cuando advirtiese que la negociación no tenía objeto, pues precisó que en el proceso aparecía suficientemente acreditada la causa del deceso, el arma empleada, la relación causal entre las heridas y la muerte, todo ello aunado a las manifestaciones del procesado sobre su autoría en los hechos, lo que se hizo más evidente al dictarse resolución de acusación.

Por tanto, si bien el censor tendría razón en torno a sostener que la solicitud de audiencia especial se formuló en tiempo, según la interpretación mayoritaria de la Sala, no resulta plausible llegar a concluir que su denegación hubiere conculcado el derecho de defensa o el debido proceso, cuando tal decisión aparece respaldada en la facultad legal que detentaba la Fiscalía de no concurrir a ese acto en términos del párrafo segundo del artículo 37 A del estatuto procesal anterior, como en tal sentido acertadamente se interpretó por el juzgador de primera instancia en el auto proferido el cinco de agosto de mil novecientos noventa y seis al resolver la nulidad planteada por la defensa por este mismo motivo (fls. 472 y ss.), pues es claro que la ineficacia de los actos procesales deriva de la violación de la ley, que no de su acatamiento o conformidad con ella.

Tampoco puede dejar de considerarse que en las aludidas condiciones ningún carácter vinculante tenía para la Fiscalía la circunstancia de haber informado al procesado sobre la posibilidad de acudir al instituto de la audiencia especial y enterarlo de las implicaciones del mismo, de lo cual la defensa ahora quiere sacar indebida ventaja por razón de haber sido posteriormente denegada, pues si bien ello pudo haber comportado un acto de ligereza fruto de no percatarse en el momento que la actuación ofrecía suficiente material probatorio que no dejaba duda alguna sobre la ocurrencia del hecho o la responsabilidad del procesado, y que por ello la normatividad le facultaba para no acceder a su realización, esto en manera alguna comporta irritualidad con capacidad de viciar lo

actuado, pues, se insiste, es la ley la que autorizaba al fiscal a proceder en la forma como lo hizo y no las particulares consideraciones que en su momento tuvo para haber advertido al procesado sobre la posibilidad de solicitar la práctica de la diligencia, todo lo cual es indicativo del ningún menoscabo a alguna garantía fundamental, De allí que la Sala no encuentre motivo para declarar la nulidad demandada.

Entonces, ante la falta de fundamento y razón en la postulación de los ataques, los cargos son desestimados.

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 de la Procuradora cuarta delegada para la casación 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 al Tribunal de origen.
COMUNÍQUESE y CÚMPLASE.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

Permiso

JORGE A. GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria