

Proceso No 14062

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 120 (Agosto 16 de 2001)

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil un (2001).

Decide la Corte la casación interpuesta en defensa del procesado NÉSTOR RAÚL ROJAS VARELA contra la sentencia de fecha junio 19 de 1997, mediante la cual el entonces Tribunal Nacional confirmó la de primera instancia proferida por un Juzgado Regional de Bogotá, que condenó al citado procesado a las penas principales de cuatro (4) años de prisión y multa en cuantía de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, como autor del delito descrito en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

HECHOS

El 1 de diciembre de 1994, en el barrio Los Samanes de la localidad de Garzón (Huila), una patrulla antinarcóticos de la Policía Nacional interceptó la buseta de placa SUC - 823 afiliada a la empresa Expreso Bolivariano, que cubría la ruta Florencia - Neiva conducida por NÉSTOR RAÚL ROJAS VARELA y al requisarla hallaron en su interior, debidamente camuflados en la parte posterior de los asientos traseros, cinco paquetes que contenían un total de 2.627,5 gramos de cocaína.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. La Fiscalía Seccional de Garzón abrió la investigación, realizó la diligencia de pesaje, identificación preliminar y toma de muestras de la sustancia incautada, recibió las declaraciones de algunos de los pasajeros y al día siguiente, una vez el conductor ROJAS VARELA fue puesto a sus órdenes, lo escuchó en indagatoria con la asistencia de una persona honorable en calidad de defensor.

El 5 de diciembre de 1994 el expediente fue remitido a la Fiscalía Regional de Neiva, que ordenó la práctica de otras pruebas y envió el cuaderno original a la homóloga de Bogotá, donde se resolvió la situación jurídica del implicado absteniéndose de afectarlo con medida de aseguramiento.

2. Evacuadas las actuaciones que se estimaron necesarias, el 24 de abril de 1995 se clausuró el sumario mediante resolución de la cual se enteró en forma personal al sindicado, y el 15 de mayo siguiente, previa constancia secretarial en el sentido que ROJAS VARELA carecía de asistencia técnica, la Fiscalía le designó defensor de oficio, sin embargo, antes que tomara posesión el sindicado le confirió poder al abogado a quien se notificó la providencia de cierre de investigación.

3. Corrido el traslado de rigor sin que la defensa del implicado alegara, en proveído del 2 de agosto de 1995, la Fiscalía calificó el mérito probatorio de las diligencias con resolución acusatoria contra el indagado NÉSTOR RAÚL ROJAS VARELA como autor del delito previsto en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, decisión de la cual se impuso personalmente el apoderado.

4. Un Juzgado Regional de Bogotá dirigió la etapa del juicio y finalmente dictó la sentencia de febrero 8 de 1996, en la que condenó al procesado a las penas principales atrás señaladas, confirmada integralmente por el Tribunal Nacional al revisarla por virtud del grado jurisdiccional de consulta.

El profesional que asumió la representación del encausado durante el traslado

dispuesto en segunda instancia, interpuso el recurso extraordinario y presentó en forma oportuna la demanda que centra la actual atención de la Corte.

LA DEMANDA

Con fundamento en el numeral 3º del artículo 220 del C. de P. P. por entonces vigente - Decreto 2700 de 1991 -, el censor acusa la sentencia de segundo grado de haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa.

Al desarrollar el cargo plantea que ROJAS VARELA fue indagado sin abogado, pues en esa diligencia fue asistido por una persona honorable y sólo después de cerrada la investigación, al advertirse la falta de asistencia técnica, se le designó de oficio al profesional que no impugnó tal decisión ni presentó escrito precalificatorio. De la situación reseñada concluye que el sindicado careció de defensor durante el sumario.

Adicionalmente, señala que la etapa del juicio transcurrió sin intervención del representante judicial del encausado, a tal punto, que el Juzgado extendió el término para presentar las alegaciones con miras a obtener las de aquél y, así las cosas, afirma que también en esta fase fluye evidente la orfandad en la defensa contraria al debido proceso.

Por otra parte, el demandante excluye la posibilidad de una estrategia defensiva en la pasividad del apoderado, quien no realizó esfuerzo alguno orientado a la verificación de las citas efectuadas por el sindicado en la indagatoria; censura la tardía designación del defensor de oficio, cuando tal provisión constituía una obligación para los funcionarios; resalta que durante la fase del juicio en forma equivocada se efectuó el traslado para pedir pruebas con quien no era sujeto procesal; califica de irregular la prolongación del término establecido para alegar en dicho estadio, conforme fue dispuesto por el juzgador a quo para permitirle al apoderado de entonces la presentación de las conclusiones previas al fallo; y plantea finalmente, que ante tales deficiencias se vulneró el debido

proceso.

A partir de las premisas anteriores, el impugnante afirma configuradas las causales de nulidad contempladas en los numerales 2º y 3º del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente - Decreto 2700 de 1991-, que encontraban su fuente en el artículo 29 de la Carta Política.

Con tales fundamentos solicita a la Corte que case la sentencia impugnada y, en su lugar, que invalide el trámite a partir de la diligencia de indagatoria con el propósito de permitirle al sindicado el ejercicio cabal del derecho de defensa.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El Procurador Tercero Delegado sugiere la prosperidad del reproche formulado, por ende, la anulación del proceso a partir de la diligencia de indagatoria por vulneración del derecho de defensa. En sustento de este criterio esboza las siguientes razones:

1. El sindicado ROJAS VARELA fue escuchado en indagatoria con un ciudadano honorable como defensor y a partir de ahí, careció de defensa hasta el cierre de la investigación, cuando la Fiscalía al advertir tal irregularidad le designó al profesional de oficio que no alcanzó a intervenir pues aquél constituyó apoderado.
2. En la etapa del juicio la secretaría del a quo comunicó las decisiones equivocadamente al defensor de oficio, cuando carecía ya de personería, “en consecuencia, mal podía...ejercer su deber y solicitar pruebas...porque el que conocía el devenir procesal no era sujeto procesal y el que lo ignoraba, no podía apersonarse en el juicio”. Adicionalmente, el representante judicial del sindicado presentó las alegaciones

previas al fallo en forma tardía y sólo acatando el requerimiento del director de la causa.

De la situación anterior concluye que el procesado careció de defensa ante la inactividad total de los profesionales del derecho, pero también, derivada de la falta de diligencia de los funcionarios judiciales y del Ministerio Público, quienes se abstuvieron de tomar acciones efectivas encaminadas a evitar la lesión del derecho fundamental. Por este último motivo, rindió las informaciones a las autoridades disciplinarias competentes para las investigaciones pertinentes.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El interés para recurrir del defensor se muestra exento de dudas en el evento examinado, pues a pesar de no haber impugnado el fallo de primera instancia, tal legitimidad surge de la revisión del pronunciamiento del a quo por ministerio de la ley, esto es, en virtud del grado jurisdiccional de consulta al cual estaba sujeto al tenor del artículo 206 del derogado Código de Procedimiento Penal, subrogado por la Ley 81 de 1993.

En efecto, conforme precisó la Corte en reciente providencia, “La [Constitución Política](#) colombiana vigente contempla, en el artículo 31, la consulta de sentencias y, a pesar de ser una institución propia de anteriores sistemas procesales, el decreto 2700 de 1991 la preservó para asuntos sometidos a la entonces “justicia regional”, manteniendo esa posibilidad no instada de revisión y corrección, frente las eventualidades de error, lenidad o prevaricación judicial, en el procesamiento por alguno de los delitos de más grave perturbación social, no dejando la rectificación o enmienda sólo a la iniciativa de los sujetos procesales.

“Con ello, se conservó la viabilidad de decidir en segunda instancia “sin limitación” (art. 217 C. de P.P.), ante lo cual, como la judicatura conserva la posibilidad de hacer más gravosa la situación del sindicado no apelante, entendido que en tales circunstancias la

decisión no es definitiva, puede optarse por no recurrir contra la decisión del a quo en espera del segundo pronunciamiento, sin perder de tal manera el interés para acudir en casación, cualquiera sea la determinación que se adopte” (sentencia de febrero 13 de 2001, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla, radicado 14.370).

2. Repetidamente ha sostenido la Sala en criterio traído a colación en el presente asunto, que en sede de casación y tratándose de la causal de nulidad no resulta viable que el demandante depreque su declaratoria sin ningún rigor técnico.

Por el contrario, también en tales eventos la presentación y el desarrollo del ataque están sujetos a las exigencias técnicas propias de la impugnación extraordinaria, de manera que el recurrente tiene el deber de señalar con toda precisión la clase de nulidad invocada, que al tenor del artículo 304 del derogado estatuto procesal penal, bajo el cual se adelantó el presente trámite y que corresponde en esencia a las previsiones del artículo 306 de la codificación actualmente imperante, puede obedecer a la falta de competencia, a la violación del debido proceso como consecuencia de irregularidades sustanciales, o por el menoscabo del derecho de defensa.

En relación con cada una de tales hipótesis, al actor le atañe esbozar en forma clara sus fundamentos y citar las normas infringidas, sin que resulte viable postular bajo una misma censura la existencia de diferentes anomalías cometidas en el curso de la actuación, cuando se les atribuye la entidad para desquiciar la legalidad del proceso desde diferente estadio, pues con una mixtura de reproches de este talante, como se constata ocurrido en el libelo examinado con ocasión del alegato indistinto de las violaciones del derecho de defensa y del debido proceso, vinculadas a diferentes y supuestos errores de procedimiento, el demandante le resta precisión a la propuesta, se aparta del principio de autonomía de los cargos y pierde de vista, asimismo, la disímil demostración de tales afectaciones.

Ciertamente, tratándose del desconocimiento del debido proceso se impone comprobar una irregularidad sustancial, condición pregonada de las que afectan la estructura básica de la investigación o el juzgamiento, mientras que ante el acusado menoscabo del derecho de defensa corresponde señalar la actuación lesiva, determinando su incidencia desfavorable en las decisiones tomadas en el fallo proferido contra el procesado.

3. En el libelo estudiado, con evidente impropiedad en materia de técnica, el censor postula sin la separación debida varios ataques contra el fallo de segundo grado, respecto de los cuales tampoco indica el orden en que deben ser examinados por la Corte, que en sana lógica está determinado por su mayor cobertura o consecuencia.

Pretende la nulidad desde la indagatoria debido a su realización sin la asistencia de abogado, como también por la ausencia absoluta de defensa técnica en la investigación y el juzgamiento; pero plantea a la vez, dentro del mismo reproche, la violación del debido proceso, de una parte, porque se surtió el período probatorio de la causa con un abogado que no detentaba la representación del sindicado, de la otra, por la extensión del término legal para las alegaciones previas a la sentencia con el propósito de obtener en forma tardía las del defensor del implicado, anomalías que de ser acreditadas en su existencia y entidad tendrían todas unos efectos invalidatorios diferentes.

El demandante sugirió también en esta mezcla indiscriminada de irregularidades, acrecentando el barullo en la pretendida sustentación del cargo, el menoscabo del principio de investigación integral al no haber sido evacuadas las citas realizadas por el sindicado durante la injurada en ejercicio de la defensa material, reparo que dejó en el mero enunciado y sin desarrollo argumentativo.

4. Más aún, así el casacionista hubiese presentado y formalizado los ataques de nulidad con propiedad, la solicitud de invalidación del recurrente tampoco tendría

vocación de éxito pues las irregularidades acusadas no tuvieron realidad, o carecen de efectiva trascendencia como pasa a fundamentarse.

4.1 En primer termino, porque ROJAS VARELA fue indagado el 2 de diciembre de 1994, esto es, en vigencia del artículo 148 del derogado estatuto procesal penal, que por vía de excepción, ante la ausencia de abogados, autorizaba esta diligencia con un ciudadano honorable en calidad de defensor, supuesto configurado en este asunto porque si bien en el acta respectiva ninguna constancia se vertió sobre los motivos que determinaron tal nombramiento de oficio, la circunstancia permisiva anotada se infiere de la recepción de los descargos en una localidad pequeña y ante la proximidad del vencimiento del término legal para realizarla.

Resta añadir en este punto, que de acuerdo con el criterio acuñado de tiempo atrás por la Corte, la declaratoria de inexecutable del citado precepto, dispuesta en la sentencia C-049 de 8 de febrero de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, en manera alguna afecta las situaciones consolidadas con precedencia al mencionado fallo y durante el período en el cual la norma retirada después del ordenamiento jurídico estaba amparada por la presunción de constitucionalidad (sentencias del 15 de diciembre de 1999, radicado 11.781, M. P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; 30 de marzo de 2000, radicado 13.591, M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote; 5 de abril de 2000, radicado 12.302, M. P. Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda, entre otras).

4.2 Por otra parte, no es cierto que el sindicado hubiese carecido de asistencia técnica durante toda la investigación y el juzgamiento, como lo deducen el censor y la Delegada con fundamento en la prescindida designación de defensor de oficio luego de la indagatoria, unida a la falta de plurales actos de gestión de quien sólo asumió la representación judicial de ROJAS VARELA, por vía convencional, a partir del cierre del ciclo instructivo y hasta el traslado en segunda instancia para efectos de la consulta, momento en el cual fue relevado por el ahora demandante.

Lo anterior, porque se soslaya a través de tal reparo que si bien el sindicato careció momentáneamente de defensa durante la etapa de investigación, de acuerdo con el criterio de la Sala, “el derecho se entiende restablecido cuando el nuevo defensor puede ejercer adecuadamente los actos defensivos que debieron ser realizados en ese interregno, puesto que ningún sentido tendría invalidar la actuación para que la defensa profesional vuelva a tener una oportunidad que ya le fue concedida” (sentencia de 18 de enero de 2001, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla), que fue lo acontecido en estas diligencias con ocasión de la constitución del apoderado aún en dicho estadio, quien exteriorizó un continuo seguimiento del proceso y tuvo un desempeño que impide admitir como una realidad la atestada vulneración del derecho de defensa.

En efecto, el abogado designado por el sindicato en el referido estadio concurrió a notificarse personalmente del cierre de la investigación (f. 210), y si bien se abstuvo de impugnar esta providencia, que removida le habría permitido solicitar o allegar pruebas, y tampoco presentó alegaciones con anterioridad al enjuiciamiento, conforme se cuestiona en la demanda, con tal crítica el censor pierde de vista que la interposición de los recursos, así como la formulación de pretensiones para que sean consideradas en el calificadorio, constituyen derechos que pueden ejercitarse o no de acuerdo con la estrategia concebida en procura de los intereses del sindicato, no unas ineludibles cargas de la defensa.

En todo caso, diluyendo la desidia atribuida al apoderado ante esta aparente inercia, téngase presente que compareció a notificarse en forma personal de la resolución acusatoria, inclusive, sin necesidad de citación alguna (f. 242 vto.), actitud que contrario a lo atestado por el casacionista, refleja su persistida atención del proceso, pero también, que el conocimiento sobre el inicio y trámite de la fase del juicio en manera alguna le fue ajeno.

Tampoco hacen mención el demandante o el Ministerio Público en esta visión parcial de

las diligencias, a la activa intervención paralela que tuvo el referido profesional, en la etapa de la causa, como representante judicial de la sociedad transportadora a la cual estaba afiliado el vehículo en cuyo interior se incautó la droga, que obviamente le implicaba enterarse de la actuación adelantada contra su defendido (f. 289 cdno. 1; fs. 99 y 100, cdno. de incidente).

La presentación de los alegatos previos al fallo de primera instancia, efectuada dentro del término habilitado por el a quo para dicho efecto tras vencerse en silencio el descorrido originalmente, no obstante dicha circunstancia, confirma que el apodero estuvo pendiente del curso de la actuación, pues mal puede colegirse que la satisfacción de esta carga procesal con sujeción a la normatividad por entonces imperante –artículo 46 del Decreto 2790 de 1990, subrogado por el 1º del Decreto 099 de 1991, erigido en legislación permanente a través del Decreto 2271 de 1991-, obedeciera al requerimiento del juzgador a quo cuando en el expediente se dejó expresa constancia de no tener registrada el defensor dirección alguna en autos (f. 257).

Tampoco puede perderse de vista en este punto y a partir de la revisión global de la actuación cumplida, que la ausencia momentánea de asistencia técnica que el demandante y la Delegada sobredimensionan para reclamar la declaratoria de nulidad del proceso se muestra en todo caso más formal que real, pues cuando se pretendió la ampliación de la indagatoria de ROJAS VARELA durante dicho lapso y por intermedio de comisionado, este último comunicó al instructor a través de sus familiares que rehusaba la comparecencia atendiendo la asesoría de “su abogado” “ya que no debía nada” (fs. 83 y 63, cdno.1); más aún, que precisamente por ello “había presentado ante la Fiscalía Regional de Bogotá un memorial” para desatender la citación, efectivamente allegado y en el cual solicitó certificación acerca de la libertad que para entonces gozaba (f. 168, cdno. 1).

Finalmente, la censura en punto del derecho de defensa se extendió también a la

prescindida solicitud de pruebas, pero en aparte alguno del libelo se indicaron las que no fueron solicitadas por el apoderado de entonces, que de practicarse, habrían modificado de manera favorable la situación jurídica del sindicado.

5. Las restantes irregularidades invocadas por el recurrente tampoco encuentran cabida en la existencia o influjo atribuidos genéricamente en el libelo para desquiciar la legalidad del proceso.

5.1 En efecto, no discute la Sala que las comunicaciones telegráficas libradas por la Secretaria del a quo para imponer al defensor de la apertura del juicio a pruebas y de la citación para sentencia, se enviaron al defensor de oficio designado por la Fiscalía, quien no alcanzó a tomar posesión del cargo ante la constitución de apoderado (fs. 250 y 256, cdno. 1), sin embargo, tal desatino fluye inocuo con evidencia.

En primer término, porque se trataba de comunicaciones innecesarias de acuerdo con el reiterado criterio de la Sala, pues las mismas únicamente tenían carácter obligatorio, con sujeción a la preceptiva por entonces vigente- artículo 190 del Decreto 2700 de 1991, subrogado por el 25 de la Ley 81 de 1993-, tratándose de los sujetos procesales con quienes debía procederse a la notificación personal. En segundo lugar, pues las notificaciones del apoderado de ROJAS VARELA se surtieron legalmente por anotación en cuadro de estado; y finalmente, como se destacó en precedente acápite, porque en las diligencias quedó esclarecido el continuo seguimiento que de la actuación hizo el defensor convencional del citado.

5.2 La extensión del término para presentar los alegatos de conclusión en forma previa a la sentencia de primer grado, lejos de transgredir la normatividad por entonces imperante, se ajustó de manera cabal al tenor y espíritu del artículo 46 del Decreto 2790 de 1990, subrogado por el 099 de 1991 y erigido en norma permanente a través del Decreto 2271 de 1991, aplicable en este asunto y que habilitaba correr de nuevo dicho lapso con

miras a obtener de manera efectiva las alegaciones del defensor del encausado.

5.3. Por último, ninguna cita efectuó ROJAS VARELA en la indagatoria para respaldar su alegada inocencia, por consiguiente, no le asiste razón al casacionista cuando insinúa la inobservancia del principio de investigación integral, que impele a esclarecer por igual de las circunstancias favorables y desfavorables al procesado.

Por los motivos esbozados el cargo de nulidad no prospera, en consecuencia, el fallo recurrido no se casará.

En 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 la sentencia impugnada.

Cópiese, comuníquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

No hay firma

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
GÁLVEZ ARGOTE

CARLOS

A.

No hay firma

JORGE A. GÓMEZ GALLEGU

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria