

Proceso No 14434

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 95

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil tres (2.003).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado JOSÉ TIBERIO ARIAS, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de IbaPgué el 20 de noviembre de 1.997, por medio de la cual reformó la de primera que dictara el Juzgado Penal del Circuito de Melgar (Tolima) el 3 de junio del mismo año, que condenó al inculcado a la pena principal de 40 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como autor del delito de homicidio cometido en la persona de Ernesto Santana Castro, reduciendo la pena principal privativa de la libertad a 25 años por no concurrir en su contra la circunstancia específica de agravación que le había imputado el a quo.

HECHOS:

“Historia el proceso, ha expuesto el Tribunal en el fallo impugnado y ciñéndose a la realidad probatoria, que el día miércoles dieciséis (16) de Febrero de mil novecientos

noventa y cuatro (1.994), a las ocho de la mañana, tal como venía ocurriendo en días anteriores, no menos de ocho vecinos de las veredas GUASIMAL -del Municipio de Cunday- y PATECUINDE -del Municipio de Icononzo (Tolima)-, bajo la dirección del electricista FRANSUA BENJAMÍN FORERO VILLA, se dedicaron a trabajar en la instalación de redes para la electrificación rural de estas dos circunvecinas veredas, asignándosele a cada uno de aquéllos el sitio en que debía estar cumpliendo su labor que básicamente consistía en extender, desenrollar, jalar y templar los cables, hallándose entre ellos JOSÉ TIBERIO ARIAS, a quien le tocó situarse en el sitio conocido como la Hache, lugar en el que, a eso de las nueve de la mañana, aproximadamente, se dirigió a caballo el señor ERNESTO SANTANA CASTRO, que por estar enfermo de un pié no había podido ir a trabajar ese día, pero quería contribuir llevando alguna herramienta que para los trabajos era necesaria.

Las labores se cumplieron normalmente hasta las diez de la mañana, más o menos, en que se observó que del sitio en que debía estar JOSÉ TIBERIO ARIAS, no corría el cable que se llevaba hacia el transformador, motivo por el cual LUPERCIO HERRERA, otro de los obreros, más próximo a ese sitio, se dirigió hacia aquél, en donde lo primero que notó fue la ausencia de ARIAS; y al abrirse un poco con el fin de cumplir con una necesidad fisiológica en el barzal, a pocos metros encontró un trillado extraño y que le causó cierta curiosidad por lo que penetró un poco más en el matorral, en donde encontró el cadáver de su vecino ERNESTO SANTANA CASTRO, prácticamente destasajado, pues presentaba no menos de catorce (14) machetazos, según se constató al hacer el levantamiento.

Desde aquél momento, JOSÉ TIBERIO ARIAS, con quien el victimado había tenido algunas discrepancias derivadas de una servidumbre, no sólo abandonó el sitio de trabajo, sino también la región en que tenía su pequeña finca y residencia con la familia, lográndose finalmente su captura sólo después de más de treinta y tres meses del suceso, o sea, el 27 de noviembre de 1.996, en la ciudad de Ibagué”.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Informado el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Icononzo en el Departamento del Tolima sobre el hallazgo de un cadáver en uno de los predios de la Vereda de Patecuinde, el cual desde ese momento se supo correspondía a Ernesto Santana, y habiéndose procedido a su levantamiento en cuya acta se hizo contar las 14 heridas que presentaba en diversas partes del cuerpo causadas “con machete”, incluyendo fracturas y “salida de masa encefálica”, mientras que ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de la misma localidad la señorita Patricia Santana Bonilla presentaba denuncia por el delito de homicidio del que había sido víctima su padre, sindicando de esos hechos a JOSÉ TIBERIO ARIAS, éste juez procedió a iniciar la correspondiente investigación el 21 de febrero de 1.994, dando los correspondientes avisos a la Procuraduría y a la Fiscalía, recibiendo las declaraciones de los principales testigos circunstanciales de los acontecimientos hasta el 4 de marzo, cuando envió las diligencias a las Fiscalías de Melgar, habiéndole correspondido al 43 Seccional, quien el 15 de ese mes dispuso la práctica de varias pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos y a la identificación plena del imputado, la cual una vez lograda dio origen a que el 21 de abril del mismo año se librara la correspondiente orden de captura en contra de JOSÉ TIBERIO ARIAS.

Mientras se obtenía respuesta sobre la aprehensión del imputado, el 1° de agosto de 1.994 la Fiscalía se pronunció admitiendo la parte civil constituida dentro del mismo proceso y el 4 de noviembre siguiente ordenó emplazarlo, procediéndose ante los resultados negativos de la captura y la no comparecencia voluntaria del requerido, a su declaratoria de persona ausente, designándosele una apoderada de oficio, quien tomó posesión del cargo el 7 de junio de 1.995, siendo resuelta la situación jurídica del sindicado el 27 de julio de ese año con detención preventiva por el delito de homicidio descrito y punido por el art. 29 de la Ley 40 de 1.993, la cual le fue comunicada telegráficamente a la defensora, quien el 6 de octubre solicitó su relevo del cargo por haber recibido poder de la familia de Ernesto Santana Castro para tramitar la respectiva sucesión, procediendo el

Fiscal el 21 de diciembre de 1.995 a designar otro abogado oficioso que atendiera los intereses de JOSÉ TIBERIO ARIAS.

Cerrada la investigación el 1° de febrero de 1.996, decisión respecto de la cual fue informado el nuevo defensor mediante telegrama, se procedió a su calificación sin que los sujetos procesales hubiesen presentado alegaciones previas a ese acto, acusándose al inculcado el 20 de marzo como autor del delito de homicidio por el que se le profirió medida detentiva, de la cual se notificó personalmente el defensor de oficio sin interponer recurso alguno en su contra, siendo claro que este delito contra la vida le fue atribuido a JOSÉ TIBERIO ARIAS como simple, de acuerdo con la motivación del respectivo proveído.

Habiéndole correspondido el conocimiento del juicio al Juzgado Penal del Circuito de Melgar, una vez cumplida la etapa probatoria que disponía el art. 446 del anterior C. de P.P., en la cual se recibieron algunos testimonios, se fijó como fecha para la celebración de la audiencia pública el 28 de noviembre, siendo capturado el encausado el 27 del mismo mes y año (1.996), otorgándole poder para su defensa a un abogado de su confianza con quien se cumplió el debate público, profiriéndose en su oportunidad los fallos de primera y segunda instancia en los términos ya reseñados, siendo recurrido en casación éste último por el mismo defensor.

LA DEMANDA:

Al amparo de la causal tercera de casación, dos cargos formula el censor contra la sentencia del Tribunal de Ibagué, así:

Primer cargo.

Esta primera censura que califica de principal, sustentada en el numeral 1° del art. 304 del C. de P. P. anterior, vigente para la fecha en que presentó la demanda, en la cual se consagra como causal de nulidad la falta de competencia, igual que lo hace el vigente Estatuto Procesal Penal, está dirigida a demostrar la nulidad del fallo impugnado, por cuanto las diligencias iniciales que se practicaron en este asunto, incluyendo la apertura de investigación y la recepción de los referidos testimonios, lo fueron por un juez incompetente, ya que los hechos habían ocurrido en la vereda Guasimal del Municipio de Cunday y no en el de Icononzo, como afirma lo demuestra con la copia al carbón, adjunta al proceso, en la que consta la solución de un problema de servidumbre que se llevó a efecto entre el hoy occiso y el inculcado ante el Inspector de Varsovia del municipio de Cunday y con las decisiones judiciales mediante las cuales se le resolvió la situación jurídica a JOSÉ TIBERIO ARIAS, ya que en ellas la Fiscal afirmó que los hechos habían ocurrido en la vereda Guasimal del Municipio de Cunday, y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 251 del C. de P. C. y 271 del C. de P.P. deben tenerse como medios de prueba y dárseles el valor probatorio de documentos públicos.

Por estos motivos, colige, quien debió asumir la investigación debió ser el Juez Promiscuo Municipal de Cunday y no el Segundo Promiscuo Municipal de Icononzo, como sucedió en este caso, y al haberlo hecho, se incurrió en un motivo de invalidez que ahora en casación debe ser subsanado declarándose la nulidad de todo lo actuado a partir del proveído que dispuso el inicio de la investigación por desconocimiento de lo normado en los arts. 73 y 78 del C. de P.P. que regulaban lo relacionado con la competencia territorial.

Segundo cargo.

Enunciado como subsidiario, al igual que en el anterior con base en la causal 3ª. del art. 304 del C. de P.P. en referencia, se acusa el fallo recurrido de ser nulo por haberse dictado en un proceso inválido por haberse desconocido la garantía de defensa técnica a que tenía derecho el procesado por mandato del art. 29 de la Carta Política.

En orden a demostrar el reproche casacional, precisa que aun cuando la investigación se abrió directamente contra JOSÉ TIBERIO ARIAS, lo cual sucedió el 21 de febrero de 1.994, únicamente hasta el 4 de noviembre del mismo año se ordenó emplazarlo y la declaratoria de persona ausente vino a suceder hasta el 31 de mayo de 1.995, quedando durante todo ese tiempo su defendido sin defensa técnica, pues en ese lapso se practicaron “pruebas de cargo” que no tuvo oportunidad de controvertirlas, e inclusive, en ese tiempo se admitió la parte civil, creando un gran desequilibrio entre “la acusación particular y el sindicado”, violándose en esta forma los principios contenidos en el art. 9° del C. de P.P., 4° del C. de P.C., el inciso 2° del art. 2° y art. 3° de la Ley 270 de 1996 y, desde luego, el art. 29 de la [Constitución Política](#).

Igualmente, afirma, no obstante haberse designado el 31 de mayo de 1.995 la defensora de oficio que atendiera los intereses del inculcado, dicha profesional se limitó a tomar posesión del cargo el 7 de junio del mismo año, sin haber ejercido la más mínima actividad defensiva, procediendo el 6 de octubre a solicitar la remoción de la designación por haberle recibido poder a los familiares del occiso para tramitarles la sucesión, “dando así origen a una manifiesta incompatibilidad violadora del derecho de defensa del procesado”.

Pero además, y ante dicha renuncia de la defensora oficiosa, sólo hasta el 21 de diciembre de 1.995 el instructor procedió a nombrarle a JOSÉ TIBERIO ARIAS un nuevo defensor del oficio, al que se le comunicó tal designación el 28 de diciembre, quien al igual que su antecesora tampoco realizó actividad alguna en favor de aquél, pues ni siquiera se notificó del cierre de investigación, cumpliendo únicamente con notificarse de la resolución acusatoria, guardando silencio sobre dicha decisión.

Así el sindicado careció realmente de defensa técnica durante toda la instrucción del proceso, no quedándose allí esta violación, ya que igualmente es predicable de la causa, toda vez que en estas condiciones se adelantó el juicio, incluyendo la etapa probatoria,

llegándose a señalar fecha para la celebración de la audiencia la del 28 de noviembre de 1.996, y como fuera capturado el 27, un día antes del día señalado para el debate público, sólo fue a partir de ese momento cuando empezó a actuar el defensor de confianza que designó para que actuara a favor de su situación, ya de suyo absolutamente avanzada, en la medida en que se encontró imposibilitado, por exclusión de materia, de actuar en la instrucción y en la etapa probatoria de la causa, no pudiendo cambiarle el ritmo al proceso evitando que la actuación se adelantara exclusivamente sobre la base de indicios, pudiendo superar las lagunas que presenta la investigación.

Esta situación, en el pensamiento del censor, sólo se puede remediar casándose la sentencia impugnada y declarando la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución del 31 de mayo de 1.995, es decir, desde cuando se designó la primera defensora de oficio.

EL CONCEPTO DE LA PROCURADORA CUARTA DELEGADA EN LO PENAL:

En criterio de esta representante del Ministerio Público, el fallo impugnado no debe casarse, por cuanto los cargos que contra el mismo ha propuesto el demandante, además de desatender la técnica exigida para la sustentación de este recurso extraordinario, carecen de razón.

Así, en punto del primer cargo, presentado por el libelista como principal referido a la nulidad por falta de competencia del juez que inició la investigación y recibió algunos testimonios tendientes al esclarecimiento de los hechos, ya que en criterio del demandante los hechos sucedieron en la jurisdicción de Cunday y no en la de Icononzo, enfática es la Delegada en observar cómo si bien en las decisiones por medio de las cuales la Fiscalía resolvió la situación jurídica del sindicato y calificó el mérito probatorio del sumario, equivocadamente se dijo que el lugar de los acontecimientos correspondía

al Municipio de Cunday, ello en ninguna forma tiene la fuerza jurídica necesaria para variar el sitio donde realmente ocurrieron, conforme quedó constancia en el acta de levantamiento del cadáver y se corrobora con lo allí mismo afirmado en el sentido de que en ese acto estuvo presente el Inspector de Varsovia, quien colaboró en la diligencia, pues si la competencia hubiere sido de él, no se observa motivo alguno para que hubiere guardado silencio al respecto.

Y, si bien los referidos proveídos constituyen documentos públicos, ello en nada incide para que se reconozca que esas afirmaciones fueron equivocadas, como tampoco puede tener el efecto reclamado por el libelista el acta de diligencia de acuerdo por el problema de la servidumbre entre el sindicato y el occiso, que según éste se constituye en prueba idónea para ese fin, pues, el hecho de que de ese acto se pueda colegir que el supuesto fáctico de ese conflicto sucedió en Cunday, ello nada tiene que ver con el lugar donde se le quitó la vida a Ernesto Santana Castro.

Por tanto, infiere la Procuradora, la nulidad reclamada no está llamada a prosperar y en iguales términos sugiere a la Sala se decida este primer cargo.

En cuanto al segundo reproche, tampoco concluye vicio invalidatorio alguno que afecte el fallo impugnado, toda vez que, la defensa técnica que aduce el censor como violada, se respetó, esto es, que el inculcado estuvo asistido conforme lo dispone la Carta Política y la Ley Procesal Penal vigente para esa época, al igual que la actual, por un defensor, inicialmente oficioso y luego por el que ARIAS mismo designó cuando fue capturado.

En efecto, en criterio de la Delegada, y conforme lo ha distinguido la jurisprudencia de la Corte, en punto de establecer la real defensa profesional es imperativo, en cada caso concreto, deslindar cuando de atacar su ausencia de trata, entre su verdadero abandono, así formalmente se haya reconocido a un defensor, bien oficioso o de

confianza, y su “no actuación” como medio táctico de defensa.

En este caso, una vez declarado persona ausente JOSÉ TIBERIO ARIAS, le fue designada una defensora de oficio, quien si bien no impugnó la decisión que resolvió la situación jurídica del procesado, ello no está significando que no hubiese estado atenta a la investigación, hasta el momento en que solicitó ser relevada del cargo por haberse asumido la sucesión del occiso, con lo cual no puede afirmarse que haya existido en el proceso conflicto de intereses, ya que por el contrario, en el momento en que podían surgir, por su iniciativa, se separó de la defensa oficiosa. Y, es allí cuando se le designa al inculcado otro defensor oficioso, a quien tampoco se le puede tildar de abandono de la defensa, pues dadas las circunstancias probatorias de los hechos entendió que no era oportuno alegar de conclusión, concurriendo a notificarse de la acusación, con lo cual queda claro que en ningún momento había abandonado el proceso sino que la estrategia defensiva escogida era la de estar pendiente de la dinámica oficiosa del proceso, seguramente hasta la espera del debate público, en el cual ya no pudo intervenir por haber designado el inculcado su defensor de confianza.

Así, y siendo claro que la defensa oficiosa sólo podía ser designada hasta el momento en que el procesado fuera declarado persona ausente, como en efecto lo fue, y que a partir de allí ésta se cumplió ejerciéndose vigilancia sobre la actuación, en la medida en que no consideraron esos profesionales pertinente memorializar o impugnar las decisiones que se iban profiriendo, inclusive pidiendo pruebas, como igualmente se entiende lo consideró el ahora impugnante en casación, cuando en la audiencia renunció a la práctica de las pruebas que se habían decretado para el debate, colige la improsperidad de la censura.

CONSIDERACIONES:

1. Previa claridad en el sentido y alcance del principio de subsidiaridad en la formulación

de los cargos casacionales, en cuanto a que éste encuentra su razón de ser jurídica en su no exclusión entre sí, bien porque el uno niegue al otro, ya sea fácticamente o porque la causal invocada así lo imponga, casos en los cuales la Ley Procesal lo posibilita, pero siempre y cuando se independicen acudiendo a la propuesta subsidiaria, pues de lo contrario resultan negándose así mismos, necesario también se torna precisar la dinámica que aquel tiene en tratándose de la nulidad, toda vez que, su proposición excluye que ella se supedite a ser subsidiaria, ya que siempre será un cargo principal, como que precisamente por perseguirse con su formulación la declaración de invalidez del fallo objeto de la impugnación extraordinaria, aparte de su declaración en este sentido, impera para la Corte precisar el origen del vicio para invalidar desde allí lo actuado, y en estas condiciones, cualquier otro ataque, con el cual sólo se tienda a que se case el fallo, no es factible si el mismo es nulo.

2. Sin embargo, puede suceder que se propongan dos o más cargos, todos por nulidad y que el alcance del vicio sea igual; en estos casos, todas las censuras seguirán siendo principales, teniendo en cuenta su alcance invalidatorio, pues si es diverso, el orden de presentación varía teniendo como mira la extensión procesal de la afectación, permaneciendo como principales y no subsidiarios, pues, de prosperar la primera, la segunda carece de sentido en su estudio, y en el evento opuesto, sino saliere avante aquella, es la siguiente la que debe ser analizada, pero de todas formas se imponen ante las demás censuras por las otras causales.

3. Por ello, en este caso, siendo que los dos cargos propuestos por el demandante lo son por nulidad, y que con el primero se pretende se deje sin valor lo actuado a partir de la apertura de investigación y con el segundo, desde la resolución que designó inicialmente a la defensora de oficio, es claro que el alcance de la primera es mayor, y por ello, la primera a formular y estudiar, sin que ello implique que la segunda se constituya en cargo subsidiario, como lo ha propuesto el censor, ya que éste no niega a aquél, sino que varía el ámbito de la declaratoria del vicio, es decir, que sigue siendo principal, pero

supletivamente tratado.

4. Pero además, si en casos como el presente, puede pensarse que al proponerse inicialmente la nulidad por falta de competencia del instructor que inició la investigación, por carecer de competencia territorial el juez, y al mismo tiempo, otra nulidad por violación al derecho de defensa técnica, las dos se contradicen porque si la investigación es inválida, ya de suyo ninguna otra censura de nulidad cabe, pues, no existiría sobre qué predicarla, es lo cierto que, la problemática radica es en el motivo del reproche, ni el objeto ni la argumentación es la misma, corresponden a fenómenos fáctica y jurídicamente diversos, diferenciables, no excluyentes en su fuente.

5. En estas condiciones, se tiene que debiéndose tratar los cargos propuestos en el orden precisado por el censor, pero los dos con el carácter de principales, el primero, no está llamado a prosperar, como igualmente lo sugiere la Procuradora Delegada, dado que ninguna duda existe en el proceso respecto a que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Icononzo tenía competencia para adelantar en sus iniciales diligencias la presente investigación, como que al no existir en esa localidad Fiscalía era a ese Despacho a quien legalmente le correspondía hacerlo, y de otra parte, por cuanto el factor territorial así se lo imponía, pues los hechos sucedieron en su jurisdicción y no en la de Cunday.

6. En efecto, como ha quedado reseñado en el relato de los hechos, éstos tuvieron como precedente la reunión que habían acordado los vecinos de las veredas Guasimal del Municipio de Cunday y la de Patecuinde del Municipio de Icononzo del Departamento del Tolima, con el fin de extender el cable de alta tensión de la red eléctrica de esas dos veredas colindantes, habiendo salido Ernesto Santana Castro a caballo hasta el sitio denominado la “hache”, localizado en la vereda Patecuinde, donde se había acordado debía estar, con el fin de llevar una herramienta, pues por su estado de salud no estaba en condiciones de trabajar, pero de todas formas quería colaborar con el trabajo comunitario.

Y, de acuerdo con la constancia dejada en el acta del levantamiento del cadáver de Santana Castro, éste se encontró en la "Vereda Patecuinde finca de propiedad del señor Efrén Torres. Campo abierto", certificándose, igualmente, "que en el lugar de los hechos debido a su cercanía el señor Inspector de Varsovia prestó la colaboración a éste Despacho".

7. Entonces, en estas condiciones, realmente resulta intrascendente, por no decir, impertinente, la argumentación del censor, en el sentido de que hay que inferir que los hechos sucedieron en la vereda Guasimal, por cuanto esa fue la afirmación que la Fiscalía hizo en las resoluciones por medio de las cuales se le resolvió la situación jurídica al procesado y se lo acusó, y de otra parte, porque de conformidad con el documento en el que consta la solución del problema de la servidumbre entre el hoy sindicado y la víctima de su homicida actuar, fue solucionado ante el Inspector de la vereda Varsovia, pues, respecto de lo primero, es evidente que todo se debió a una equivocación de la Fiscalía, ya que no existe prueba alguna que permita poner en duda la afirmación del Juez que practicó el levantamiento del cadáver, y antes por el contrario, toma mayor fuerza si se observa la constancia que dejó respecto a la colaboración que le prestó el Inspector de Varsovia "debido a su cercanía", es decir, que el mismo Inspector sabía que los hechos habían sucedido en la vereda vecina, a la igual que lo tenía claro el Juez; y en relación con la segunda argumentación, igualmente es diáfano, que el documento referido al acuerdo por la servidumbre en nada afecta la especificación del lugar de los acontecimientos, toda vez que, el cadáver fue encontrado en los terrenos de Efrén Torres ubicados en la vereda Patecuinde, como lo corroboran prácticamente todos los testigos que declararon en este proceso, quienes coinciden en que los trabajos de la red eléctrica la iniciaron en la parte baja de la vereda Patecuinde y que en el sitio denominado la "hache" de la misma vereda fue donde se quedó JOSÉ TIBERIO ARIAS con el carrete de cable, como lo corroboró éste mismo, siendo en ese lugar donde fue encontrado el cadáver de Santana Castro.

8. Por ello, pertinente y contundente resultan las apreciaciones de la Procuradora Delegada, cuando al concluir su concepto sobre este primer cargo, afirma que:

“Frente a la contundencia de los citados medios de prueba, resulta ser una actitud caprichosa, que raya en la deslealtad procesal, la asumida por el demandante al insistir en la discusión, cambiando cada vez de argumentos acerca de la pretendida nulidad con base en la competencia para abrir investigación, determinada por el lugar donde ocurrió el crimen del cual da cuenta la actuación, cuando con impecable claridad y acierto en el fallo de segundo grado el ad quem ya había despejado cualquier duda al respecto al ocuparse de resolver la petición de invalidatoria incoada por el abogado con fundamentos semejantes, solo que en aquella ocasión aseguraba que la vereda Patecuinde era del municipio de Cunday, en tanto que frente a la primera instancia había alegado la falta de competencia objetiva del Juez de Icononzo”. Y agrega:

“...sentado como queda (al igual que lo hizo el Tribunal) que el hecho sucedió en la municipio de Icononzo, Tolima, el Juez Segundo Promiscuo Municipal de esa localidad que declaró abierta la investigación, tenía plena competencia para proceder así, no solo por haberse cometido el delito en el territorio de su jurisdicción, sino porque habiéndose presentado ante dicho estrado formal denuncia por una de las hijas de la víctima y por haberle correspondido en reparto las diligencias de levantamiento del cadáver de Ernesto Santana Castro, en acatamiento del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal, era su obligación iniciar sin tardanza la investigación, pues aún cuando por factor objetivo no tenía competencia para conocer del punible de homicidio, excepcionalmente, dada la ausencia de Fiscal en la región que iniciara la correspondiente acción penal, el inciso final del artículo 73 ibídem, modificado por el artículo 11 de la Ley 81 de 1.993, lo facultaba para obrar de conformidad debiendo dar aviso de ello a la Unidad de Fiscalías más próxima, como en efecto lo hizo el Juez, ...”.

“Y, amén de todo lo anterior, concluye, aún si el aludido funcionario no hubiese tenido la certeza de su competencia territorial, por existir duda sobre el sitio de la muerte violenta, el artículo 80 de la Ley Penal Adjetiva, que señala las reglas sobre competencia a prevención, es claro en señalar que en tales eventos aprehenderá el conocimiento el funcionario judicial del territorio donde primero se haya formulado la denuncia y eso ocurrió ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Icononzo”.

Por tanto, el cargo no prospera.

10. Ahora, en relación con el segundo cargo, en el que la nulidad es reclamada por violación al derecho de defensa técnica, que se aduce por la falta de actuaciones procesales que cuantitativamente demuestren el ejercicio de ese deber por parte de los abogados que oficiosamente la ejercieron, su improsperidad es evidente, pues una tal argumentación deja de lado que bajo la perspectiva de la latente vigilancia de la actuación predispuesta hacia el fin a perseguir en la culminación del juicio, viable en nuestro sistema procesal, es dable cumplirla, como ha sucedido en este caso.

11. Efectivamente, como lo recuerda la representante del Ministerio Público, y la jurisprudencia de la Sala ha venido ahondando constantemente sobre la temática, el respeto al derecho de defensa, bajo el presupuesto constitucional de permanencia dentro de toda la actividad procesal, si bien parte de un supuesto normativo básico y de unas premisas teóricas directrices de su comprensión, es incuestionable que se impone determinarlo frente a la realidad de cada caso concreto estableciendo los diversos matices que caractericen su específica dinámica. Así, frente a aquellos eventos, como es el presente, en que el cuestionamiento se fundamenta en una presunta ausencia de defensa técnica, no obstante formalmente haberse nombrado un profesional que la ejerza, ya de confianza, ahora de oficio, se impone distinguir entre el material abandono del deber y la ausencia de manifestaciones externas de su actividad en el proceso inferida de una aparente pasividad memorialística o impugnadora, pues, el ejercicio de la

defensa por su propia razón de ser, personal e individual, no puede corresponder a patrones preestablecidos bien por la normatividad positiva o por la experiencia y menos subjetivamente por la concepción que de la misma pueda formarse un tercero, así sea el propio juez, toda vez que, aquí es el fin el que impone los medios a utilizar, esto es, el buscar una decisión favorable al procesado, que como bien es sabido, no siempre puede entenderse como la absolución sino la que se objetivase como la más benéfica al inculpatado, y ello necesariamente va a depender de la prueba y ésta de la dinámica que a la actuación procesal le dé el Estado como titular de la acción penal, frente a la cual resulta inviolable el derecho de la defensa en orden a determinar en qué forma y en qué momento ejercita el derecho a contradecirla.

12. Así, en nuestro actual sistema procesal, mixto con tendencia acusatoria, siendo el Estado el titular de la acción penal que se concreta en cabeza de la Fiscalía durante la etapa instructiva y en la del juez en el juicio, si bien los sujetos procesales tienen derecho a intervenir en el proceso y, por ende, a pedir la práctica de pruebas o a aportarlas, es el Estado el que tiene esa carga como titular del poder punitivo, y por ello, estos mismos sujetos procesales también tienen el derecho a guardar silencio, a dejar que sea la oficiosidad la que se ponga en marcha para el descubrimiento de los hechos y la determinación de su autor, bien porque esta ejecución probatoria se considere suficiente para los fines propuestos, o por qué no decirlo, para aprovechar las posibles deficiencias investigativas que puedan resultarle favorables para sus objetivos, como puede suceder en aquellos eventos en que ante el inicial compromiso probatorio es lo ideal que determinada prueba no llegue al proceso para en últimas estructurar la duda a favor del procesado, no pudiéndose, en estos casos, calificarse de omisiva una tal táctica defensiva.

13. Aquí es, entonces, donde se impone diferenciar entre la ausencia de defensa técnica por abandono de la misma con la estrategia defensiva que implica la vigilancia de la actividad estatal en el proceso, pronta a actuar cuando considere debe hacerlo, que bien

puede serlo en una etapa intermedia del proceso o hasta cuando llegue el debate público, pues todo dependerá de la situación procesal y probatoria, de las condiciones favorables que presente para el inculcado, siendo la manifestación más clara de esta aparente pasividad la estrategia que tiende a explotar la duda probatoria, que si bien puede propiciarse activamente, también, y es lo más común, por la falta de las mismas, al igual que sucede con las impugnaciones o las alegaciones, bajo el entendido de no suministrar a la jurisdicción elementos fácticos o jurídicos que en un momento determinado abran otras posibilidades conceptuales a los funcionarios que puedan agravar la situación del inculcado, como hubiese sucedido en este caso, conforme se verá a continuación.

14. En este caso, ante la carencia de Fiscal en el Municipio de Icononzo, el Juez Segundo Promiscuo Municipal de esa localidad, procedió a practicar la correspondiente diligencia de levantamiento del cadáver de Ernesto Santana Castro, mientras una hija del occiso presentaba igualmente la correspondiente denuncia por la muerte de su padre causada por JOSÉ TIBERIO ARIAS. Abierta la investigación y recibidos algunos testimonios de las personas que conocían algunas circunstancias antecedentes y posteriores a la comisión de esa conducta delictiva, pues no hubo testigos presenciales, remitidas las diligencias a la Fiscalía de Melgar, se procedió a establecer la identidad del imputado, librándose su captura, y ante los resultados negativos, declararlo persona ausente, designándosele una defensora de oficio, a la cual se le comunicó telegráficamente el proferimiento de la decisión por medio de la cual se le resolvió la situación jurídica al sindicado mediante detención preventiva, sin que la hubiese recurrido, permaneciendo en el ejercicio del cargo hasta el 6 de octubre de 1.995, cuando solicitó su relevo por cuanto se iba a hacer cargo de la sucesión del occiso, lo cual así sucedió nombrándosele otro defensor de oficio, a quien también se le informó por el mismo medio el cierre de investigación, sin que hubiese considerado necesario presentar alegación precalificatoria alguna, procediendo a notificarse personalmente de la acusación, que

igualmente no impugnó, como tampoco lo hizo, en el sentido de ejercer este derecho, en relación con la petición de pruebas en la etapa del juicio, cuya apertura también le fue informada.

15. Así, es indudable que el inculcado fue asistido técnicamente en su defensa, siendo cosa distinta que sus defensores oficiosos hayan creído que ante la situación probatoria que se presentaba, era lo mejor permanecer vigilantes al proceso, hasta el punto, que el propio defensor de confianza designado para el debate público, terminó declinando para que no se practicaran las pruebas que se habían decretado para la audiencia, ante la inicial dificultad que se presentó para la comparecencia de los testigos y como él mismo lo reconoce en el libelo casacional, teniendo en cuenta que la prueba que obraba en el proceso, desde un principio, indicaba que era de orden indiciario, y que en estas condiciones, es decir, con base en el análisis de este medio de prueba, que consideraba insuficiente para condenar, lo que procedía era impetrar el reconocimiento de la duda probatoria en cuanto a la responsabilidad se refiere, guardando silencio sobre las deficiencias que advirtió el Tribunal respecto a la resolución acusatoria, cuando a pesar de concurrir las agravantes específicas de la “indefensión o inferioridad de la víctima, ni de sevicia”, no se le imputaron al procesado, razón por la cual el Ad quem terminó por compulsarle copias disciplinarias para que se investigará a la funcionaria que profirió tal decisión, modificando el fallo del a quo que ante la evidencia de esta situación resolvió imputar en la sentencia de primera instancia la agravante del numeral 7° del art. 324 del C. P., así no estuviera atribuida en la acusación, procediendo a suprimirla.

16. En estas condiciones, y dejando claro que la presunta irregularidad por conflicto de intereses aducida por el demandante, en cuanto a la primera defensora de oficio no existió, en cuanto a que precisamente por ir a hacerse cargo de la referida sucesión fue que solicitó ser relevada del cargo, y que la ausencia de defensa técnica antes de la declaratoria de persona ausente no la imponía la ley procesal como queda clarificado con el acertado análisis de la Procuradora Delegada sobre este tópico, que con ese fin se ha

transcrito en el acápite pertinente, es lo imperativo colegir, que este cargo tampoco está llamado a prosperar, pues ninguna afectación existió respecto a la defensa técnica, como que, finalmente, la admisión de la parte civil ninguna irregularidad genera ni menos el desequilibrio que alega el censor, desconociéndose, de otra parte, cuál sería o en qué consistiría la actividad defensiva que ahora se reclama por parte de los referidos defensores de oficio, pues el censor ni siquiera lo refiere.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Comisión de servicio

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

SECRETARIA