

Proceso No 15469

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta N° 066.

Bogotá, D. C., junio doce (12) de dos mil tres (2003).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado NELSON DE JESÚS ZAPATA MUÑOZ, contra la sentencia del Tribunal Superior de Antioquia, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi, por cuyo medio se declaró su responsabilidad penal en los delitos de homicidio agravado en la persona de Jorge Ignacio de Jesús Roldán y homicidio simple en Carlos Antonio Sánchez Correa, pronunciamiento asumido en el trámite de dos causas acumuladas.

De otra parte, se declarara la prescripción de la acción penal y, por tanto, se ordenará la cesación del procedimiento en relación con la conducta punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal que le fuera imputada a ZAPATA MUÑOZ.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Proceso N° 1245. Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi.

Alrededor de las 8 de la noche del 24 de diciembre de 1994 en la casa de habitación de

Jesús Alonso Hernández Muñoz, varios vecinos de la vereda La Casita, municipio de Amalfi, se dedicaban a festejar la navidad, presentándose una discusión entre Elkin Avendaño y Carlos Antonio Sánchez Correa, lo que determinó a NELSON DE JESÚS ZAPATA MUÑOZ a sacar un revólver que portaba sin salvoconducto el cual disparó contra Sánchez Correa causándole la muerte.

Tras largo tiempo de indagación preliminar la investigación fue abierta y vinculado legalmente mediante indagatoria ZAPATA MUÑOZ, la Fiscalía 89 Seccional de Amalfi el 5 de mayo de 1997 le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva como autor responsable del delito de homicidio.

Cerrada la instrucción, la misma Fiscalía el 29 de agosto siguiente profirió en contra del procesado resolución acusatoria por los delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, declarando que continuaba vigente la detención preventiva sin derecho a excarcelación por las dos conductas punibles antes mencionadas, determinación que alcanzó ejecutoria el 16 de octubre de 1997 cuando la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia la confirmó al resolver apelación interpuesta por el sindicado.

2. Proceso N° 1239. Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi.

Hacia las 6:30 de la mañana del 25 de diciembre de 1996, cuando Jorge Ignacio de Jesús Roldán dormía sobre una mesa de una heladería ubicada en la vereda El Limón del municipio de Anori, NELSON DE JESÚS ZAPATA MUÑOZ le asestó un machetazo en el cuello ocasionándole la muerte en forma inmediata.

Abierta la investigación y vinculado legalmente mediante indagatoria ZAPATA MUÑOZ, la Fiscalía 89 Seccional de Amalfi el 3 de enero de 1997 le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva como autor responsable del delito de homicidio agravado por el estado de indefensión en el cual se hallaba la víctima.

Cerrada la instrucción, la misma Fiscalía el 13 de mayo siguiente profirió en contra del procesado resolución acusatoria por la misma conducta punible por la cual se le había resuelto la situación jurídica, determinación que alcanzó ejecutoria el 24 de junio de 1997 fecha en la cual la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia se abstuvo de resolver el recurso de apelación que había interpuesto el sindicado por falta de sustentación.

3. Actuación conjunta.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi en auto del 28 de octubre de 1997 ordenó acumular los dos procesos a que se ha hecho mención, ello en obediencia a lo previsto en el numeral 1° del artículo 91 del estatuto procesal penal entonces vigente.

Este despacho concluido el trámite de la causa, el 9 de junio de 1998 adopta las siguientes determinaciones:

- a. Condena a NELSON DE JESUS ZAPATA MUÑOZ a la pena principal de 50 años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de 10 años y al pago de la correspondiente indemnización de perjuicios, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y homicidio simple.
- b. Absuelve a ZAPATA MUÑOZ del cargo que se le había formulado por la conducta punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

El fallo adverso fue impugnado tanto por el defensor como por el procesado y el Tribunal Superior de Antioquia, mediante el suyo de septiembre 1° de 1998 lo confirma. La sentencia del ad quem fue objeto del recurso de casación que ahora se decide, interpuesto por el nuevo defensor de NELSON DE JESÚS ZAPATA MUÑOZ.

LA DEMANDA

Con apoyo en la causal tercera de casación, el demandante postula tres motivos por los cuales considera que la sentencia impugnada se dictó en un proceso viciado de nulidad, así:

Primer motivo: Nulidad por captura ilegal.

Plantea el actor que dentro del proceso seguido por la muerte de Jorge Ignacio de Jesús Roldan, su representado fue retenido por personal de la Policía Nacional el 28 de diciembre de 1996, situación que no fue motivada por flagrancia o por mandato judicial, como así lo dispone el artículo 28 de la [Constitución Política](#).

Agrega que la aprehensión obedeció, según la policía a “información recibida”, sin que se indicara el origen de la misma, con lo cual se transgredió la garantía establecida en el precepto superior antes mencionado, pues si en efecto existía un señalamiento directo, éste debió reunir los mínimos requisitos legales, “cuando menos recibir versión como Policía Judicial, por escrito y bajo juramento a aquellas personas que lo hacían”.

Segundo motivo: nulidad por violación al derecho de defensa.

Considera el actor que en el mismo proceso adelantado por la muerte de Jorge Ignacio de Jesús Roldán se conculcó el derecho de defensa de su asistido, por lo siguiente:

En la indagatoria recepcionada por la Fiscalía 89 Seccional, le designó como defensor de oficio a un abogado, pero con la advertencia de que sólo lo era para esa diligencia únicamente. A pesar de lo anterior, la misma Fiscalía dispuso que la resolución de la situación jurídica le fuera notificada a ese mismo defensor, cuando tal persona no tenía personería para actuar por la limitación antes impuesta.

Agrega el libelista que después de haber dispuesto que se notificara la resolución que resolvió la situación jurídica al abogado que asistió al sindicado en la indagatoria, sin

esperar respuesta del despacho comisorio librado al efecto, la Fiscalía procedió a designar un nuevo defensor de oficio, a quien no le fue notificada dicha decisión.

Luego de referirse a la necesidad de la defensa técnica, a que el sindicado dentro de la investigación debe contar al menos con un mismo defensor, que así haya guardado silencio a lo largo de aquella, al menos en la audiencia pública agoté un debate técnico y científico, impugne la sentencia y en últimas promueva el recurso extraordinario de casación, el libelista plantea que en el citado proceso ninguno de los defensores que asistieron a su representado cumplió este ético mandato, limitándose a guardar un injustificado silencio, pese a conocer la insistencia del mismo vinculado de hacer que se practicaran las pruebas que demostrarían su inocencia.

Se muestra inconforme con la actuación del defensor público que asistió al procesado en la audiencia pública, pues si se miran los argumentos planteados “se palpa la total ausencia de propiedad jurídica”. Añade que tal abogado se limitó a plantear hipótesis excluyentes entre sí, sin ningún argumento de hecho o de derecho.

Tercer motivo: Nulidad por falta de defensa.

Indica el impugnante que similar situación a la planteada en el motivo anterior se presenta en el otro proceso acumulado, pues una vez avocada la investigación, se designó como defensor de oficio al abogado Jorge Alonso Marín Ospina, quien aceptó el cargo.

En la indagatoria practicada a través de funcionario comisionado, al vinculado se le nombró un defensor de oficio que desconocía el estado de la investigación, pues aunque se le notificó la resolución de situación jurídica, ni siquiera la impugnó.

La ausencia del inicial defensor de oficio es tal que en la indagatoria y en cada una de las ampliaciones de la misma, siempre se nombró un nuevo defensor de oficio pero únicamente para cada diligencia.

Concluye el libelista expresando que los funcionarios judiciales que tuvieron a cargo las causas acumuladas conculcaron el derecho de defensa de su asistido, al punto que éste ante la ausencia de defensa técnica se vio precisado a suscribir incontables memoriales solicitando pruebas y su libertad, incluso propuso nulidad, pero esta solicitud le fue negado con el argumento de que precisamente ese cúmulo de actuaciones suyas eran la prueba demostrativa de que sí había estado asistido profesionalmente. Dice el libelista que lo anterior indicaría que el contenido de tales escritos no se valoró, para de allí inferir que fueron otros quienes los elaboraron (“compañeros de prisión”), pero que el procesado los firmó.

Por todo lo anterior, el demandante pide que se case la sentencia impugnada y en su lugar se declare la nulidad de los procesos acumulados.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal al ocuparse de los tres motivos de nulidad planteados por el actor, lo hace de la siguiente forma:

Primer motivo: Nulidad por captura ilegal.

Sugiere el representante del Ministerio Público que el argumento del demandante en el sentido de que en el proceso que se adelantó por la muerte de Jorge Ignacio de Jesús Roldán la violación al derecho de defensa comenzó a originarse desde el momento en que su representado fue retenido, circunstancia que no obedeció a situación de flagrancia o a mandato judicial, son aspectos que no tienen ninguna injerencia de cara al derecho que se alega violado y a lo sumo podría representar algún tipo de responsabilidad para los funcionarios que así procedieron. Ahora que si tal irregularidad incidió en otra garantía, era deber del demandante especificarla cuando menos y, en virtud del principio de autonomía, exponerla por separada. Nada de esto hizo el libelista, lo que obliga a que en tales condiciones, tal referencia aislada no tenga ninguna incidencia frente a la

propuesta que ventila principalmente.

Segundo motivo: Nulidad por violación al derecho de defensa.

Expresa el Procurador Delegado que en el proceso que se siguió por la muerte de Jorge Ignacio de Jesús Roldán, no es cierto, como lo alega el libelista, que se haya presentado situación de la que se pueda derivar violación al derecho de defensa.

Lo anterior porque si bien es cierto que en tal caso la Fiscalía no entendió a cabalidad el contenido del artículo 139 del estatuto procesal penal entonces vigente, precepto del cual se infiere que el nombramiento del defensor, hecho desde la indagatoria o en cualquier otro momento procesal, se entenderá hasta la finalización del proceso, fácil se deriva que la designación de abogado hecha exclusivamente para una diligencia y en especial para la indagatoria y sus ampliaciones contraría el texto legal, pero de allí emanan varias imprecisiones no sólo en el proceder de la fiscalía dentro de la actuación procesal, sino también del casacionista en sus argumentos.

Lo primero que se puede anotar del precepto en cita, es que el nombramiento posterior de abogado siempre releva al anterior. Por manera que, si pese a existir un abogado a cargo de la defensa y luego se designa otro en la misma calidad, bien de oficio o de confianza, éste último encarnará, sin duda alguna, la defensa y así sucesivamente (art. 142 ibídem).

Lo segundo es que, contrario a lo que argumenta el libelista, cuando se dejan constancias en el sentido de que la designación comprende sólo una diligencia específica, además de que tales anotaciones son inexistentes, puesto que es clara su abierta contradicción frente a la norma que se comenta, es claro, igualmente, que al cabo de la diligencia, no se puede considerar que el profesional quede totalmente separado de la actuación, como se asegura en la demanda y que, por esa sola circunstancia se evidencie la violación al derecho de defensa, pues, además de lo previsto en el citado

artículo 139, ha de colegirse que el compromiso subyace y prosigue hasta cuando acontezca una circunstancia válida que extinga esa designación.

Señala que si bien la fiscalía se equivocó al dejar tales constancias, no sólo en la indagatoria inicial sino igualmente en cada una de las ampliaciones de indagatoria que tuvieron lugar en desarrollo del sumario, tal situación no alcanza a perjudicar el derecho cuya violación se acusa y sólo se erigió como una informalidad sin trascendencia alguna.

Lo cierto es, anota el Procurador Delegado, que a pesar de las constancias indebidas que se dejaron, el procesado siempre contó a lo largo de esta actuación con un abogado identificable en quien reposaba el deber de velar por su defensa, punto frente al cual menciona a cada uno de los defensores que lo asistieron incluso después de que los dos procesos fueron acumulados.

Ahora, si hubo equivocación en la persona del defensor para el acto de notificación de la resolución de situación jurídica, sobre lo cual profundiza el libelista, es cosa que no vulnera el derecho mencionado y que no tiene la trascendencia que el demandante le pretende dar. Lo anterior, porque esta resolución no es de obligatoria notificación personal al defensor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Penal vigente para ese momento, de manera que tal situación ni siquiera constituyó irregularidad, tampoco se erigió en quebranto al derecho de defensa, porque lo que importa garantizar es que el procesado cuente con apoderado que se haga cargo de la defensa, y esa asistencia en este asunto no faltó.

En relación con la actuación del defensor, el Procurador comienza por señalar que la estrategia defensiva varía en su ejecución dependiendo del profesional de que se trate, pues cada uno posee su propio estilo. Así mismo, dependerá de las circunstancias especiales del proceso, pero nunca puede haber una necesaria o mínima actuación en

un sentido determinado para tenerla como tal, al punto que se ha sostenido, que hasta el silencio, en determinados casos, puede constituir una herramienta válida y adecuada en pro de los intereses del procesado, siempre y cuando no existan elementos de juicio que permitan inferir que fue producto del olvido y el desdén. En tales casos, se hace necesario que efectivamente ese silencio o esa aparente omisión, verdaderamente vulnera la garantía del derecho de defensa, en otras palabras, que se genere un perjuicio evidente.

No es lo que ocurre en el presente caso, pues lo que el libelista plantea es una oposición a la forma como sus antecesores llevaron la defensa, al extremo que asume una posición crítica al defensor público que asumió las riendas de la defensa en los dos procesos acumulados, particularmente en la audiencia pública, tachando su intervención y los alegatos que por escrito acompañó de antitécnicos y contradictorios, sin mencionar razones de peso para llegar a afirmarlo.

En este orden es claro que no se verifica el quebranto a la garantía invocada en la causa seguida por la muerte de Jorge Ignacio de Jesús Roldán.

Tercer motivo: Nulidad por falta de defensa técnica.

En relación con este motivo, propuesto por el demandante respecto a la causa que se adelantó en contra de su asistido por el homicidio en la persona de Carlos Antonio Sánchez Correa, el representante del Ministerio Público estima que la situación que se presenta en este procesamiento, en relación con la salvaguarda del derecho de defensa del procesado es del todo diferente a la anterior, aún cuando no lo consideré así el libelista, lo que enseña que son circunstancias que siempre se deben analizar al interior de cada proceso en particular. Por ello, afirma que en esta actuación convergen hechos que reflejan la violación al derecho de defensa, en el ámbito de la defensa técnica.

Expresa al respecto el Procurador que al imputado se le designó como defensor de

oficio al doctor Jorge A. Marín Ospina, antes de que se le vinculara a través de indagatoria. Ya para esta diligencia, se le nombró a otro abogado, exclusivamente para la misma, incurriéndose en el mismo yerro antes denotado, pues debía entenderse que ese último nombramiento era hasta finalizar la actuación, en los términos del artículo 139 del estatuto procesal penal. Sin embargo, la fiscalía tomó al doctor Marín Ospina como defensor, hasta el punto que optó por notificarle personalmente la resolución de situación jurídica.

En relación con este defensor, el Procurador expresa la despreocupación por la actuación, al punto que no asistió a su defendido en ninguna de las dos ampliaciones de indagatoria que se cumplieron en la fase instructiva, para las cuales, la fiscalía persistiendo en error, le nombró al sindicado otros dos abogados. No obstante, la fiscalía siguió tomando al mencionado profesional como su defensor, pues no de otra manera se explica que le haya notificado personalmente el cierre de la investigación, lo que hace suponer que igualmente este profesional también se consideraba como tal, pues se notificaba pacífica y tardíamente de las resoluciones, ello debido al dispendioso procedimiento que se siguió de hacerlo a través de despacho comisorio en razón a estar radicado en otra sede.

No existió entonces, expresa el Procurador, otro acto material y efectivo de defensa del mencionado abogado, ni de otro diferente, siendo verdad, como lo afirma el actor, que los ejercicios de defensa en su totalidad fueron desempeñados por el procesado, quien fue reiterativo en solicitar pruebas, propugnar por su libertad y recurrir las distintas providencias judiciales, en la mayoría de los casos decretándose la deserción del recurso interpuesto por falta de bases jurídicas para sustentarlo.

Manifiesta que en la situación anterior radica la diferencia con el proceso anterior, pues mientras que en el primero no existen elementos de juicio que hagan suponer que el silencio de los abogados fue producto del olvido o desdén en su ejercicio, lo cual tampoco

demonstró el casacionista, en el segundo, que ahora analiza, sí los hay. Al respecto expresa que la desidia del abogado se evidencia en la falta de interés en acudir a la indagatoria y las ampliaciones de la misma, para las cuales la fiscalía se vio en la necesidad de designar defensores transitorios, a pesar de no ser ese el camino expedito, contribuyendo con ese proceder a la concreción de la violación, pues una vez advertido el desinterés del abogado designado, no se debió insistir en tenerlo como tal, sino que era imperativo relevarlo inmediatamente, así fuera con uno de los tantos designados de oficio en alguna de esas diligencias.

Acto seguido el Procurador Delegado indica que frente a la inercia de los defensores designados en la etapa de instrucción, se puede afirmar que el silencio no fue fruto de una estrategia, y ante la falta de actividad no se puede plantear qué se hubiera podido hacer porque simplemente no se hizo nada, y allí radicó objetivamente el perjuicio, en la medida que los elementos de juicio denotados por el libelista y que se avalan en el concepto, son suficientes para su demostración, sin que sea necesario elaborar un hipotético programa de actividades, cuando se trata del descuido absoluto en la gestión.

Y entonces aduce que en tal proceso se malogró la obligación constitucional y legal que tiene el Estado de proveer la defensa técnica del procesado, pues al implementarse mecanismos erróneos y contradictorios, lo único que obtuvo fue llenar de perplejidad dicho derecho, nombrando en forma indiscriminada abogados, con lo cual se logró evidenciar que el designado inicialmente y los diferentes que actuaron para contadas diligencias en particular, no realizaron ningún acto encaminado a ese loable propósito, en perjuicio del procesado, que en definitiva, como lo afirma el demandante, no gozó de una defensa seria, coherente, unitaria y continua, que le ayudara a contrarrestar la imputación que se cernía en su contra.

Por lo antes expuesto, el Procurador sugiere que se acoja parcialmente la solicitud de

nulidad propuesta por el actor y, por tanto, se case en el mismo sentido el fallo impugnado. Eso sí aclarando que su efecto no tiene el alcance que le otorga el libelista en aras de que se afecte toda la actuación, pudiéndose remediar con la invalidación a partir del cierre de la investigación, inclusive, a fin de que se designe un defensor que asista al procesado en forma adecuada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Respuesta a lo planteado.

Primer motivo: Nulidad por captura ilegal.

Como con acierto lo pone de presente el Procurador Segundo Delegado, no le asiste razón al demandante al solicitar la nulidad de la actuación seguida contra el procesado, por la muerte de Jorge Ignacio de Jesús Roldán, bajo el supuesto de una captura ilegal.

Al respecto se debe expresar que la jurisprudencia de la Sala, de siempre, ha repudiado la nulidad del proceso como efecto de la aprehensión ilegal, bajo el entendido que el sumario y la causa pueden adelantarse válidamente con o sin captura, y con o sin detenido. También ha precisado que este tipo de situaciones no generan nulidad porque no tienen incidencia en la estructura del proceso, en consideración a que la Constitución Política y el ordenamiento jurídico tienen previstos como mecanismos para tutelar el derecho a la libertad individual la acción pública de habeas corpus, establecida como garantía de control de la aprehensión y, de otra parte, la petición de libertad por captura ilegal que puede ser impetrada, ante el respectivo funcionario judicial una vez el detenido es puesto a disposición o ante el Director del establecimiento carcelario cuando no se ha formalizado la captura, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal

o disciplinaria que puedan tener los funcionarios que la hubieran ordenado y realizado.

Además al resolverse la situación jurídica del imputado se legaliza la captura con la medida de aseguramiento o dejándolo en libertad, por lo que la actuación se entiende restablecida.

A ninguno de los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico al efecto acudió el procesado o su defensor, de lo cual se infiere que se tenía conciencia clara de la legalidad de la captura y, si además, la [Constitución Política](#) y la ley tienen previstos esos medios en protección del derecho a la libertad individual, no es la nulidad el remedio procedente, toda vez que ésta es una sanción extrema, a la cual sólo se debe acudir cuando no exista otra vía de solución.

Por tanto, este motivo de nulidad no prospera.

Segundo y tercer motivos: Nulidad por violación del derecho de defensa.

Como quiera que el censor al amparo de la causal tercera de casación solicita nulidad de la actuación cumplida en los dos procesos acumulados que se adelantaron contra el procesado, por violación a la garantía de la defensa técnica, postura que parcialmente acoge el Procurador Segundo Delegado, la Sala se ocupará de lo planteado de la manera como sigue:

Como marco teórico, en relación al derecho a la defensa técnica, la Corte tiene dicho que tal garantía implica que el inculcado cuente con asistencia profesional durante todo el trámite procesal, con características de continuidad y permanencia, puesto que sin posibilidades de contradicción no es factible concebir el proceso como legítimo. Pero también se ha establecido que si en un momento determinado el procesado dejó de tenerla, ello no significa que la actuación así cumplida devenga ineficaz, por ese solo

motivo, pues en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaratoria de nulidades, sólo si la irregularidad afecta insubsablemente las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las fases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable su decreto.

En efecto, si la irregularidad es oportunamente corregida, de manera que el abogado designado pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudo haber realizado durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado o que se ha restablecido, pues ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a tener una oportunidad que ya tuvo¹.

De otra parte, la pasividad del defensor no puede concebirse per se como ausencia de defensa. La falta de alegatos, no interposición de recursos, ni solicitud de pruebas, ni la falta de notificación de algunas decisiones, no necesariamente revelan negligencia, pues muchas veces la suficiencia del acopio probatorio y su fuerza de convicción llevan a asumir tal posición y dejar para los momentos propicios la exposición de los argumentos defensivos, sobre todo en aquellos casos en los cuales existe amplia y sólida demostración de cargo.

No solicitar pruebas tampoco puede tomarse en abstracto como ausencia de defensa; es indispensable especificar cuáles dejaron de practicarse y en que forma habrían llegado a cambiar el sentido del fallo. De otro lado, no notificarse o no impugnar una decisión puede y suele obedecer a una táctica del defensor, o a conformidad por considerarla acertada e inexorable, o en parte favorable o menos gravosa.

El derecho a la defensa entonces consiste en la posibilidad de contradecir las pruebas, solicitar las consideradas convenientes al propio interés, participar en su acopio, presentar argumentaciones y rebatir las contrarias, impugnar las decisiones adversas,

asistido de un abogado. Este, de acuerdo con su fuero interno, capacitación, estilo y actitud ética, determina el momento y la forma de ejercer la defensa, según la táctica adoptada, la cual puede abarcar el empleo asiduo de todas las atribuciones, o sólo de algunas, hasta únicamente ejercer control expectante sobre el proceso, con prescindencia de utilizar tales facultades si advierte que lo que pueda realizarse por su postulación llegaría a redundar en contra del asistido, e interviniendo sólo cuando es obligatorio.

Posibilidades aquéllas que en ningún momento de la instrucción ni del juicio fueron cercenadas a NELSON DE JESÚS ZAPATA MUÑOZ, en los dos procesos que se le adelantaron, como a continuación pasa la Sala a examinar en cada uno de tales asuntos. Es de advertir que al Ministerio Público se le dará respuesta en su momento en relación con la sustitución de defensores:

a). Proceso N° 1239. Muerte de Jorge Ignacio de Jesús Roldán.

En la diligencia de indagatoria, ante la manifestación de no tener a quien designar, al procesado se le nombró defensor de oficio a un profesional del derecho, y si bien en el texto de la diligencia la Fiscalía 89 Seccional de Amalfi en forma inapropiada como así también lo refiere el Procurador Delegado dejó constancia que la designación solamente operaba para ese acto, tal limitante como tantas veces lo ha reiterado la Sala ninguna trascendencia podía tener frente al mandato del artículo 139 de la ley procesal penal entonces vigente, art. 129 Ley 600 de 2000, precepto que al efecto establece que el nombramiento de defensor, hecho desde la indagatoria o en cualquier momento posterior, se entenderá hasta la finalización del proceso.

Resuelta la situación jurídica mediante resolución de fecha 3 de enero de 1997, se libró despacho comisorio para notificar personalmente al defensor de oficio a la ciudad de Medellín. A escasos días, esto es, el 17 de enero siguiente otro profesional del derecho

asumió la defensa del procesado y a continuación se ordenaron y practicaron pruebas por éste solicitadas. El 19 de marzo de ese mismo año, ZAPATA MUÑOZ otorga poder al doctor Fabio Tobar Aponte que en esa misma fecha solicita y obtiene copias de la actuación hasta ese momento cumplida.

El defensor de confianza designado por el procesado se notificó personalmente del cierre de la instrucción, solicitó y obtuvo traslado de establecimiento carcelario y la libertad provisional de su asistido por vencimiento del término de la investigación, sin que la misma se hubiere calificado. El 20 de mayo de 1997 fue notificado personalmente de la resolución de acusación, acto de enteramiento que también se cumplió con ZAPATA MUÑOZ quien la recurrió a través del recurso de apelación que el 24 de junio siguiente la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia se abstuvo de resolver por falta de adecuada sustentación.

En la etapa del juicio y antes de que se decretara la acumulación de procesos, al defensor de confianza del procesado se le informó que comenzaba a correr el traslado a que se refería el artículo 446 del estatuto procesal penal.

El 28 de agosto de 1997 el doctor Tobar Aponte renunció al cargo de defensor que había venido desempeñando, y como quiera el procesado no se manifestó al respecto, el 4 de septiembre siguiente asumió como defensor de oficio otro abogado.

El 16 de octubre de 1997 el Tribunal Superior de Antioquia al resolver recurso de apelación interpuesto contra el auto que en primera instancias había negado la solicitud de pruebas, accedió a la evacuación de las mismas, con excepción de las declaraciones que ya fueron recepcionadas, efectos para los cuales se libró despacho comisorio al Juzgado Promiscuo Municipal de Anorí donde algunas fueron practicadas.

El 24 de noviembre de 1997, el procesado otorgó poder a una defensora de confianza, quien lo asistió hasta el 8 de mayo de 1998 fecha en la cual cuando este proceso fue

acumulado a otro cuya actuación se estudiará adelante, ZAPATA MUÑOZ designó al doctor Pedro C. Villegas Cañaveral que lo asistió en la audiencia pública, impugnó la sentencia de primera instancia y fue relevado del cargo por la designación que el acusado hiciera en el profesional del derecho que sustentó el recurso extraordinario de casación.

Lo anterior demuestra que en este proceso, tanto en la etapa de instrucción como en la del juicio, cuando se adelantó por separado como conjuntamente, el procesado contó con asistencia técnica y a quienes se encargó de tal cometido estuvieron informados de cada uno de los pronunciamientos y de la actuación que se iba cumpliendo, lo que les permitió ejercer vigilancia sobre el desarrollo del proceso y, fundamentalmente, optar por la estrategia defensiva que consideraron pertinente en pro de los intereses de HIDALGO MÉNDEZ, al punto que controvirtieron las pruebas oportunamente allegas y recurrieron las decisiones que estimaron pertinentes.

En torno a este asunto, como con acierto lo destaca el Procurador Delegado, la postura del libelista se circunscribe a oponerse a la forma como sus antecesores llevaron la defensa, al punto de cuestionar a quien en esa calidad intervino en la audiencia pública, tachando los argumentos que expusiera de antitécnicos y contradictorios, sin precisar en que consistió tales impropiedades y su trascendencia frente al sentido de la decisión final del proceso.

Por tanto, no se acredita el quebranto a la garantía de la defensa técnica que el libelista plantea en el proceso que se adelantó por la muerte de Jorge Ignacio de Jesús Roldán, de manera que la solicitud de nulidad en este sentido elevada no está llamada a prosperar.

b). Proceso N° 1245. Muerte de Carlos Antonio Sánchez Correa.

La apertura de instrucción por esta conducta punible la inició la Fiscalía 89 Seccional de

Amalfi el 13 de enero de 1997 y el 15 del mismo mes y año asumió el doctor Jorge Alberto Marín Ospina como defensor de oficio del inculpado.

Debido a que se tenía conocimiento que NELSON DE JESÚS ZAPATA MUÑOZ se hallaba detenido en la Cárcel de Bello, Antioquia, se libró despacho comisorio para que una Fiscalía de esa ciudad lo escuchara en indagatoria, efectos para los cuales se le hizo saber la manera de ubicar al defensor de oficio que se había designado.

El 13 de febrero de 1997 la Fiscalía Quinta Seccional de Bello dejó constancia de haber informado telefónicamente al defensor del imputado sobre la fecha y hora en que se llevaría a cabo la indagatoria. El 17 de febrero siguiente se escuchó en indagatoria a ZAPATA MUÑOZ, y como el defensor de oficio que lo venía asistiendo quien según constancias procesales tenía su residencia en el municipio de Barbosa no compareció, se le designó a una profesional del derecho que lo asistió en tal diligencia.

Mediante resolución de fecha 5 de mayo de 1997 se resolvió la situación jurídica, providencia que el 22 de mayo siguiente fue notificada personalmente al doctor Marín Ospina, defensor de oficio del procesado.

A este mismo profesional del derecho le fue notificada personalmente el cierre de investigación, la providencia que calificó la investigación con resolución de acusación, el inicio del traslado para los efectos previstos en el artículo 446 del estatuto procesal entonces vigente y el auto por medio del cual se ordenó la práctica de pruebas en el juicio², entre otras determinaciones.

Como consecuencia de la acumulación jurídica de procesos y el poder otorgado por el procesado a otro abogado, el doctor Jorge Alberto Marín Ospina fue relevado del cargo.

Lo anterior demuestra que en el proceso seguido contra NELSON DE JESÚS ZAPATA MUÑOZ por el homicidio en la persona de Carlos Antonio Sánchez Correa, contrario a

lo afirmado por el libelista y el Procurador Delegado, en la instrucción y el juzgamiento hasta cuando se produjo la designación de otro defensor, el procesado contó con la asistencia de defensor de oficio oportunamente notificado de cada uno de los pronunciamientos y de la actuación que se iba cumpliendo, situación que le permitió ejercer vigilancia continúa sobre el desarrollo del proceso.

Ninguna confusión sobre quien actuaba como defensor del procesado se demuestra, como lo plantea el representante del Ministerio Público, pues si bien para algunas diligencias se designó a otro abogado, ello obedeció a que el doctor Jorge Alberto Marín Ospina, informado de tales actuaciones no pudo asistir, siendo perfectamente posible esos nombramientos sin que por ello quedara relevado quien venía ejerciendo el cargo y así lo entendió hasta que fuera sustituido por el nombramiento de otro profesional del derecho designado por el procesado.

La designación de defensores de oficio para una determinada diligencia per se no deriva en agravio al derecho de defensa, pues esa clase de nombramientos está autorizado por la ley ante la ausencia del defensor titular.

Sobre este punto la Sala ha sostenido que si el procesado no tiene a quien nombrar o si el designado no comparece, es legítimo designar uno de oficio, pues el proceso no se puede someter a dilaciones injustificadas³.

De otra parte, el derecho de defensa técnica corresponde examinarlo como una unidad durante el trámite del proceso hasta su finalización y de manera integral han de analizarse las gestiones cumplidas por los varios defensores que actuaron a nombre del procesado. En el caso que concita la atención de la Sala, desde que ZAPATA MUÑOZ fue vinculado como sujeto procesal y hasta el trámite casacional, ha estado asistido, en las diferentes fases del proceso, por profesionales del derecho, de manera que puede sostenerse que su defensa técnica no ha estado desamparada.

La jurisprudencia de la Sala también tiene sentado 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, al punto que a pesar de tener una actitud vigilante del desarrollo de la actuación es válido asumir una pasiva por considerar 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, se puede llegar a sostener que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, debido a que la ley no le impone al abogado derroteros en torno a la manera de encarar el deber encomendado⁴.

En relación con el proceso adelantado por la muerte de Carlos Antonio Sánchez Correa, desde la vinculación el procesado optó por escudarse en que para el momento de los hechos se hallaba en lugar diferente, pese al cúmulo de evidencias que lo señalaba como el autor de los disparos que ocasionaron la muerte de la víctima. Esta posición la mantuvo hasta la audiencia pública, habiéndose propendido en el curso del proceso por verificar las citas efectuadas, pero en aquel acto finalmente decidió admitir ser el autor de tales conductas pero llevado por circunstancias que no hallaron respuesta favorable en las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

Ante este panorama, el libelista y el Procurador que lo acompaña en este motivo, no expresan cuáles fueron las pruebas que los defensores del procesado debieron pedir, los recursos que han debido interponer y su trascendencia en el sentido de la decisión final.

Como la respuesta a estos interrogantes no forma parte de la sustentación del recurso, ni así lo expresa el concepto, siendo pertinente reiterar que en todo momento de la actuación el procesado contó con asistencia técnica, este motivo tampoco puede prosperar.

Por tanto, como se ha demostrado que no existió violación al derecho de defensa del procesado NELSON DE JESÚS ZAPATA MUÑOZ, los cargos formulados al amparo de la causal tercera de casación, no pueden prosperar, razón por la cual se desestimaré la demanda.

2. Prescripción de la acción penal en lo atinente al delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. Proceso N° 1245.

La acción penal derivada de la conducta punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal imputada al procesado en una de las causas acumuladas, se encuentra prescrita, lo cual así se declarará y se dispondrá la cesación de toda actuación procesal.

Desde la ejecutoria de la resolución de acusación, que se produjo el 16 de octubre de 1997, a la fecha se ha sobrepasado el lapso autorizado por la ley para el ejercicio de la acción penal.

En efecto, NELSON DE JESÚS ZAPATA MUÑOZ fue enjuiciado por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, cometido durante la vigencia del Decreto 100 de 1980, que tenían prevista pena de prisión máxima de 4 años (art. 201, modificado, Dto. 3664/86, art. 1°), término reducido a la mitad al reanudarse con la iniciación de la fase del juicio, por lo que bastó el transcurso de 5 años desde la ejecutoria de la acusación para que feneciera la acción punitiva del Estado, al tenor del inciso 2° del artículo 84 ibídem, 86 de la Ley 599 de 2000, lapso rebasado en este proceso.

Cabe anotar que ninguna incidencia tiene la prescripción que se declarara en punto de la pena, por cuanto el procesado había sido absuelto de tal imputación en los fallos de instancia.

3.- Cuestión final.

El ajuste punitivo que pudiera derivarse de la aplicación favorable de los preceptos respectivos de la Ley 599 de 2000, debe ser considerado por el correspondiente Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de conformidad con la facultad contenida en el numeral 7 del artículo 79 de la Ley 600 de 2000.

Al decidirse la casación sin sustitución sobre el fallo contra el cual va dirigida, esta providencia queda ejecutoriada el día en que es suscrita (artículo 187 Ley 600 de 2000, antes artículo 197 Decreto 2700 de 1991) y no admite recurso alguno. En todo caso, se notificará en la forma prevista por la ley.

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:

1.- DECLARAR PRESCRITA la acción penal derivada del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal atribuido al procesado NELSON DE JESÚS ZAPATA MUÑOZ, por las razones señaladas en la anterior motivación, ordenando, en consecuencia, la cesación del procedimiento adelantado en su contra por razón de esta conducta punible.

2.- DISPONER que por el juez de primera instancia se adopten las medidas procesales consecuentes a la declaratoria de prescripción de la acción penal adoptada en relación con el delito antes mencionado.

3.- NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
ARGOTE

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEG ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

Comisión de servicio

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN MARINA PULIDO DE
BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Entre otras, pueden verse las providencias de may.27/99, rad. 10.275, M. P. Ricardo Calvete Rangel y 11 de julio de 2000, rad. 12.998, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

2 Fs. 87 vto., 114, 200 y 218.

3 Ver otras otras, casación 12.208, feb. 26/01, M. P. Jorge E. Córdoba Poveda.

4 Cfr. sent. cas. oct.10/02, rad. 13.048, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll.