

Proceso No 19651

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 52.

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004).

La Corte se ocupa de resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán le impartió confirmación a la condena impuesta por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esa misma ciudad a la procesada FLOR ELISA ORDÓÑEZ DÍAZ como autora penalmente responsable del delito de homicidio agravado.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1. El 19 de agosto de 1998 se presentó ante la Comisaría de Familia de El Tambo (Cauca) el señor JOSÉ IDROBO, Fiscal Principal del Consejo Comunal de la vereda El Obelisco de ese municipio, a informar que FLOR ELISA DIAZ, quien se alojaba en la casa de un tío en esa misma vereda, había dado a luz a un niño en horas de la noche de una fecha inmediata no determinada “y que lo había dejado en un gallinero”. De este suceso se habría percatado LEIDY ZENAIDA DIAZ, prima de la citada, a quien la mujer solicitó en la madrugada del día siguiente que la acompañara a mirar al bebé cuando éste había fallecido, razón por la cual la madre introdujo el cuerpo sin vida de la criatura en una bolsa plástica que arrojó dentro de la letrina de un predio vecino.

2. Con base en dicha información, el Fiscal 1º Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito de Popayán, con sede en el municipio de El Tambo, inició investigación preliminar el 20 de agosto de 1998 y escuchó en declaración al denunciante, quien manifestó haber conocido el hecho por información que LEIDY ZENAIDA transmitió a sus hijas JANETH MATILDE y ANA JIMENA IDROBO LLANTEN (fl. 13).

Una vez recepcionado el testimonio de las hermanas IDROBO y de los señores OSCAR EDUARDO OROZCO y LUIS ENRIQUE SAMBONI GOMEZ, todos testigos de oídas, el fiscal decretó la apertura de la instrucción el 26 de agosto siguiente y ordenó librar captura en contra de “FLOR ELISA DIAZ ó FLOR ELISA ORDOÑEZ SALAZAR”.

En esa misma fecha libró orden de captura con destino al Jefe de la Unidad de Policía Judicial de El Tambo en contra de “FLOR ELISA ORDOÑEZ SALAZAR”, con tarjeta de identidad 780919-08270, nacida el 19 de septiembre de 1978 en ese mismo municipio, residente en la vereda El Obelisco, de ocupación oficios domésticos e hija de “Cleofira Diaz, (sic) Angel Miro ORDOÑEZ”(fl. 19).

Los investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación rindieron informe sobre el hallazgo de los restos óseos de un menor de edad en el lugar señalado por los testigos, en cumplimiento de la misión de trabajo encomendada por el instructor. En el informe hicieron conocer que el 26 de agosto entrevistaron tanto a la testigo LEYDI ZENAIDA DIAZ SOLARTE como a la propia imputada FLOR ELISA ORDÓÑEZ DIAZ y que ésta aceptó que en el mes de diciembre de 1997 tuvo un aborto provocado, habiendo introducido el feto en una bolsa plástica que arrojó a las aguas de una quebrada cercana.

El Registrador del Estado Civil de la población hizo llegar al juzgado fotocopia de la tarjeta de identidad a nombre de FLOR ELISA ORDÓÑEZ DÍAZ, nacida el 19 de septiembre de 1978 en El Tambo (Cauca), hija de Angelmiro y Cleofira, e identificada con la tarjeta 780919-08270 (fl. 27).

El 6 de noviembre de 1998, el instructor ordenó el emplazamiento de la sindicada, aduciendo que “objetivamente han transcurrido más de 10 días sin que se haya obtenido respuesta alguna de parte de la autoridad que debe ejecutar la aprehensión” (fl. 93).

Luego de ser emplazada por edicto (fl. 44), el fiscal declaró reo ausente a la imputada y le designó defensor de oficio en auto de 17 de noviembre (fl. 46), a quien al día siguiente notificó personalmente el nombramiento (fl. 18).

Mediante resolución de 26 de marzo de 1999, el instructor definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por la comisión del delito de homicidio agravado (fls. 75 a 80). Esta determinación se notificó en forma personal al defensor, quien guardó silencio. Mediante comunicación de 29 de marzo se reiteró la orden de captura (fl. 82).

El 9 de diciembre, sin ninguna actuación posterior a la definición de la situación jurídica, fue clausurado el ciclo instructivo (fl. 84), e inmediatamente Secretaría informó que contra el defensor de oficio de la procesada pesaba una sanción disciplinaria de suspensión por un año a partir del 6 de septiembre anterior (fls. 85 y 86), por lo que el fiscal procedió a reemplazarlo en auto de 10 de diciembre. De la misma fecha obra comunicación dirigida al togado, tanto de la designación como del cierre de investigación (fl. 88).

El 23 de marzo de 2000 el instructor profirió resolución de acusación en contra de la procesada por el delito de homicidio agravado (fls. 91 a 95), la cual se notificó personalmente al defensor el 19 de abril siguiente (fl. 98).

Ejecutoriada la anterior resolución, el Juzgado 4º Penal del Circuito de Popayán asumió el conocimiento de la causa (fl. 104).

Una vez realizada la diligencia de audiencia pública, en la que no se practicaron

pruebas, se conoció un informe del Jefe de Policía Judicial de El Tambo sobre la captura de la procesada el día 24 de agosto de 2001 en la vereda La Laguna de ese mismo municipio (fl. 120).

Mediante sentencia de 28 de agosto de 2001, el Juzgado 4º Penal del Circuito condenó a FLOR ELISA ORDÓÑEZ DÍAZ a las penas principal de 25 años de prisión como autora del delito de homicidio agravado y accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de un (1) año.

Notificada del anterior fallo, la procesada interpuso el recurso de apelación y por carecer de medios económicos solicitó la designación de un abogado adscrito a la Defensoría del Pueblo, quien asumió su representación y sustentó la impugnación, demandando la absolución de la procesada por ausencia de pruebas para condenar y, subsidiariamente, la declaratoria de nulidad por falta de defensa técnica (fls. 189 a 196).

Al resolver la impugnación en sentencia de 13 de febrero de 2002, una sala de decisión penal del Tribunal Superior de Popayán le impartió confirmación y negó la nulidad con el argumento de que el defensor cumplió con su deber dentro “de las absolutas limitaciones que se desprenden de un acusado prófugo...sobre los elementos meramente objetivos que le suministra el plenario”.

En oportunidad, el defensor público interpuso el recurso de casación (fl. 234) y dentro del término de traslado presentó la demanda (fl. 244 a 256), cuya pretensión de nulidad recibió el aval del Ministerio Público ante esa instancia, quien también presentó alegato dentro del término concedido a los no recurrentes (fl. 260 a 269).

LA DEMANDA

Con apoyo en la causal tercera, el censor formula un único cargo contra la sentencia de segundo grado, al acusar al Tribunal de condenar a la procesada en un juicio viciado de

nulidad.

Con fundamento en el artículo 306, ordinal 2º, del actual código de procedimiento penal, el recurrente denuncia, de una parte, que la orden de captura no produjo ninguna respuesta de la autoridad policiva; y, de otra, que entre el 26 de agosto –fecha en que se libró la orden- y el 6 de noviembre de 1998 –data del emplazamiento- “no existe una sola gestión por parte de los organismos del estado orientada a localizar a la sindicada, ni una sola disposición de la Fiscalía instructora dirigida a impulsar esa búsqueda”.

Concluye de allí que la Fiscalía vulneró el contenido del artículo 356 del código de procedimiento penal anterior, pues ni siquiera aparece constancia de que la procesada fuera citada previamente o enterada de la existencia de la actuación penal en su contra.

Si ningún esfuerzo se hizo por localizar a la procesada durante la investigación y la calificación sumarial, estima que se vulneró la garantía de defensa, el principio de legalidad y el derecho de defensa.

Cita en su apoyo pronunciamiento de esta Sala de 18 de diciembre de 2000, que en sentir del censor trató un caso similar, y apartes de un fallo de tutela de 24 de noviembre de 1998.

Pide a la Corte que decrete la nulidad a partir de la resolución por medio de la cual se declaró cerrado el ciclo instructivo, a fin de que se reponga el trámite del emplazamiento.

ALEGATO DEL SUJETO NO RECURRENTE

El Procurador 154 Judicial II Penal avala la pretensión del demandante.

Tras declarar cumplidos los requisitos de procedibilidad, oportunidad y legitimación por

parte del defensor público, estima que la censura está llamada a prosperar, pues en su sentir el fiscal instructor y los organismos encargados de la captura no desplegaron ninguna actividad tendiente a localizar y hacer comparecer a la procesada, por lo cual considera que la privaron de rendir indagatoria y ejercer su propia defensa.

Al igual que el recurrente, el delegado del Ministerio Público en esa instancia advierte que se omitió el procedimiento de la citación y se procedió al emplazamiento sin obtener respuesta acerca de los resultados de la captura, vulnerando de esta manera el derecho de defensa material y técnica.

Con base en lo anterior, solicita a la Corte atender la petición de nulidad con la finalidad de garantizar derechos fundamentales vulnerados.

RESPUESTA DE LA DELEGADA A LA CENSURA

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal respondió oponiéndose a la censura, con el argumento de que el Fiscal no estaba en la obligación de citar para indagatoria a la procesada y podía librar la orden de captura por tratarse del delito de homicidio agravado e igualmente emplazarla en la forma como lo hizo, sin esperar respuesta de las autoridades encargadas de su aprehensión.

En apoyo cita el contenido de los artículos 356, 375 y 376 del estatuto procesal vigente en el momento que se produjo la actuación, para concluir afirmando que cuando transcurre un término de diez (10) días sin obtener respuesta de las autoridades policivas o sin que el imputado haya comparecido a rendir indagatoria, el funcionario judicial puede acudir al mecanismo supletorio de vinculación como persona ausente, previo emplazamiento, pues tampoco se puede llegar al extremo de paralizar la investigación a la espera de obtener su presencia.

Luego de transcribir apartes del pronunciamiento de esta Sala de 1º de septiembre de

1983 sobre el punto, anota que, si bien la jurisprudencia ha sido celosa en el sentido de señalar que no se deben escatimar esfuerzos en aras de obtener la vinculación personal del procesado, a ello se debe llegar sólo cuando a partir de los elementos de juicio que obran en el expediente queda abierta la posibilidad de una tal vinculación, lo cual estima no acaeció en este evento.

En este sentido señala que no es que la comparecencia de la procesada no se haya logrado a causa de la desidia de los funcionarios, sino porque ella adoptó la determinación de huir y no afrontar directamente su responsabilidad, a pesar de conocer la existencia de una investigación en su contra.

A tal conclusión arriba porque la orden de captura consignó la información necesaria en relación con la identificación de la sindicada; los resultados para su localización fueron negativos, lo cual deduce del silencio guardado por las autoridades encargadas de su aprehensión; y el conocimiento que la imputada tuvo de la iniciación de la investigación derivado de haber sido entrevistada sobre los hechos concernientes al proceso por los investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación.

Con base en lo anterior, considera que la petición de nulidad deprecada carece de sustento, además porque desconoce el principio de protección previsto en el artículo 310, numeral 3º, del código de procedimiento penal –anterior artículo 308, en el entendido de que no puede alegar la nulidad quien haya coadyuvado a la producción de un acto irregular.

Casación oficiosa.

No obstante lo anterior, el Delegado encuentra viable la declaratoria de nulidad por motivo distinto, a saber: la violación del derecho de defensa (artículo 306, ordinal 3º), pues en su sentir la procesada careció de una defensa técnica adecuada.

A criterio del representante de la sociedad la gestión de los profesionales que atendieron la defensa no trascendió lo nominal, especialmente en los momentos en que esa tarea la asumieron los defensores de oficio.

Lo anterior porque en su sentir los togados no llevaron a cabo ninguna actuación a favor de los intereses de la procesada y en tanto advierte que dicha actitud de total desprendimiento de la gestión no puede interpretarse como estrategia defensiva.

En punto de lo anterior, considera de gran incidencia la lacónica intervención que tuvo el defensor en la audiencia de juzgamiento, cuyos apartes transcribe en orden a señalar que, aparte de ser la única actuación positiva de los togados de oficio, resulta deficiente “y no puede salvar una gestión que se caracterizó por el olvido, sino que en ella también se hizo un reconocimiento de las consecuencias funestas del descuido”.

Si bien reconoce que a partir de la aprehensión de la procesada la situación sufrió un giro radical, considera que cuando los abogados de la Defensoría Pública se apersonaron de la representación de la procesada ya era tarde para realizar una verdadera gestión. Finalizada la audiencia de juzgamiento, agrega, no tenían posibilidad de solicitar pruebas o rebatir los argumentos de los operadores jurídicos en relación con los elementos integradores de la conducta, incluso porque el término para solicitar nulidades había precluido.

Adicionalmente considera que no obran elementos de juicio que permitan inferir que por lo menos hubo vigilancia o supervisión del proceso, cuando ni siquiera se llevó a cabo la notificación personal de la resolución de cierre de investigación, de carácter obligatoria respecto del defensor.

A tal punto llegó el descuido –sostiene–, que una vez cerrada la investigación el fiscal se enteró que el primer abogado de oficio estaba sancionado con suspensión disciplinaria, por lo que se vio en la necesidad de reemplazarlo por otro defensor a quien envió

comunicación, sin que aparezca constancia de recibido, y quien finalmente no fue notificado en forma personal. En el proceso, afirma, sólo aparece registrado el enteramiento personal de la resolución de acusación al abogado.

Agrega que lo mínimo que debió hacer una defensa comprometida con la causa de la procesada era solicitar el testimonio de quien, de acuerdo a las constancias procesales, aparece como la única testigo presencial de los hechos (Leidy Zenaida Díaz Solarte). Resulta inexplicable en concepto del Delegado que no se haya recaudado su versión, omisión que considera atribuible no solo a la defensa que nunca se preocupó por solicitarla sino, en igual medida, a los funcionarios judiciales que sin percatarse de su indiscutible trascendencia no recabaron su práctica.

Al señalar la importancia de esa prueba, el Procurador indica que su ausencia se reflejó en los dos fallos de instancia, donde se dio mérito a las declaraciones de las hermanas IDROBO LLANTEN, quienes simplemente relataron lo que les refirió LEIDY ZENAIDA, siendo lógico que se contara con la declaración de ésta por ser quien percibió directamente circunstancias de gran valor para el juicio de reproche.

Mayor desconcierto le causa al Delegado que se hayan apreciado en las dos sentencias como pruebas legalmente aportadas al proceso las versiones rendidas por la citada LEIDY y la propia sindicada ante los investigadores del C.T.I.F, consignadas en el informe de 28 de agosto de 1998, al punto que en el fallo de primer grado se las valoró como si se tratara de pruebas directas y en el de segundo se las tomó como base para construir hechos indicadores, que a la postre sirvieron para condenar a la procesada. Todo ello en contravía de lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 504 de 1999, vigente para el momento de proferir las sentencias.

El relato de LEIDY ZENAIDA, en sentir del Procurador hubiera sido esencial para elucidar aspectos confusos en el proceso y sobre los cuales no existe el grado de certeza

requerido para una condena, en torno a la tipificación de la conducta. Al respecto sostiene que no se conoce realmente si la criatura murió a consecuencia de un aborto o por la acción homicida de su progenitora, al igual que considera necesario establecer posibles circunstancias excluyentes o atenuantes de la responsabilidad que se insinúan en su relato ante los funcionarios de Policía Judicial.

Anota que en este caso la defensa técnica era de mayor importancia, pues no sólo estaba de por medio la investigación y juzgamiento de una contumaz sino de una persona campesina de escasa educación.

Por lo anterior, considera el Procurador Delegado que se menoscabó el derecho de defensa, lo cual impone decretar la nulidad de la actuación a partir del cierre de la investigación.

Si bien entonces solicita desestimar el cargo contenido en la demanda, es partidario de casar oficiosamente el fallo mediante el decreto de nulidad en los términos indicados.

SE CONSIDERA:

1. Respuesta a la censura.

Centra el libelista el ataque en la existencia de irregularidades sustanciales vulnerantes del debido proceso y el derecho de defensa de la procesada, básicamente por haber quebrantado el instructor el artículo 356 del decreto 2700 de 1991.

Para el demandante, el instructor no podía emplazar a la procesada, luego de librada la orden de captura, sin llevar a cabo previamente las diligencias necesarias para obtener su presencia en estrados judiciales y sin que mediara al menos respuesta de la

autoridad encargada de su aprehensión.

Aunque dentro de la misma causal mezcla argumentos relativos a errores sustanciales que pesan sobre la estructura básica del proceso, con el desconocimiento del derecho de defensa, esta inconsistencia no impide a la Sala pronunciarse de fondo, pues el cargo se halla planteado al amparo de la causal de casación que corresponde y en términos inteligibles.

En punto de dar respuesta a la censura, resulta conveniente reiterar lo que ya la Sala ha dicho en pronunciamientos anteriores sobre el tema¹.

Cuando el artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho a la defensa como una de las manifestaciones más importantes del debido proceso, no hace más que reiterar el necesario equilibrio de la relación jurídica procesal que debe existir entre las partes que intervienen en desarrollo de la actuación.

El funcionario judicial, como garante que es de los derechos fundamentales, tiene que estar atento a que el contradictorio se integre efectivamente, especialmente cuando la actuación se adelanta con persona ausente. Ni siquiera la rebeldía del procesado justifica el desconocimiento de este derecho, que por su carácter de inalienable e irrenunciable el Estado tiene la obligación de garantizar, no como una concesión graciosa sino como una garantía que trasciende incluso al campo de la dignidad de la persona.

Papel preponderante cumple en el ejercicio del derecho el propio acusado, en lo que se ha dado en llamar la defensa material, pues dado su particular conocimiento de la realidad y de las concretas circunstancias de su inocencia o de su responsabilidad, su ausencia puede generar inocultables limitaciones.

Lo anterior debe llevar al funcionario judicial a reflexionar en la necesidad de adelantar

las diligencias necesarias para que su vinculación se produzca con la plena observancia de las garantías constitucionales y legales.

La vinculación del imputado al proceso mediante declaratoria en contumacia, no es un procedimiento alternativo al de vinculación personal mediante indagatoria, sino simplemente residual o supletorio, al que únicamente puede arribar el funcionario cuando no ha sido posible hacer comparecer al imputado para que asuma la defensa material, acorde con lo establecido en el artículo 356 del código de procedimiento penal de 1991 (332 y 344 del actual).

En desarrollo de la actividad orientada a lograr que el sindicado concurra a indagatoria, el Estado está en la obligación de agotar todas las opciones razonablemente posibles para hacerlo, a partir de la información de que dispone, de manera que la decisión de adelantar el proceso en ausencia suya, sea resultado de una cualquiera de dos situaciones:

- a. Que no fue posible su localización, no obstante haberse agotado los medios disponibles para lograrlo; y,
- b) Que habiendo sido informado, ha asumido una actitud de rebeldía frente a los llamados de la justicia, marginándose voluntariamente de la posibilidad de comparecer a rendir indagatoria.

En ambas hipótesis, ha sido advertido, la ley ordena la realización de ciertos pasos previos antes de proceder a la vinculación en ausencia: citación a indagatoria; orden de captura; y, emplazamiento.

Cada uno de estos pasos constituyen presupuesto indispensable del siguiente, aunque de la citación para la injurada puede prescindirse cuando el delito por el que se proceda autorice directamente la captura, o no ha sido posible establecer la dirección

concreta del imputado (artículos 356, 375, y 376 de anterior estatuto procesal, y 336 del actual).

De manera que, en punto de la necesidad de garantizar la verdadera existencia del contradictorio, al funcionario judicial le compete realizar no únicamente los pasos señalados, sino también las gestiones necesarias e indispensables para establecer el sitio donde pueda ser localizado el imputado.

Esa labor incluye verificar que los datos obtenidos sean correctamente transmitidos en las boletas de citación y en las comunicaciones que se remiten a los organismos de seguridad encargados de su localización o captura. De nada sirve que en el expediente aparezca registrado el lugar de residencia del implicado, si estos datos son ignorados por el instructor o transmitidos erradamente a las entidades encargadas de su búsqueda.

Ni siquiera la ausencia de información acerca del lugar de residencia del implicado justifica la inactividad de las autoridades judiciales ni de los organismos que le prestan su apoyo, pues dado el adelanto tecnológico de estos tiempos se dispone de medios idóneos para dar con el paradero de una persona, tales como las bases de datos de las entidades públicas y privadas (de salud, crediticias, entre otras).

Un adecuado entendimiento del proceso penal, como una relación dialéctica entre dos extremos, se traduce en la necesidad de una importante actividad para que al procesado se le garantice la posibilidad de intervenir en la actuación, por lo que si la administración de justicia no se esfuerza en lo más mínimo para que este sujeto acuda a estrados judiciales a defender sus propios derechos, así su representación la asuma un defensor de oficio, la actuación deviene ilegítima.

En el caso que concita la atención de la Sala, la cuidadosa revisión del expediente permite establecer que el fiscal instructor dio aplicación al trámite que le imponía el

entonces vigente artículo 356 del código de procedimiento penal, sin que el silencio de las autoridades encargadas de la aprehensión de la sindicada pueda interpretarse como evidencia de no haberse llevado a cabo las diligencias necesarias para lograr su comparecencia al proceso.

La equivocación en que incurre el censor, y con él representante del Ministerio Público que avala la propuesta, radica en considerar que la inculpada debía ser previamente citada a indagatoria, antes de que pudiera librarse orden de captura en su contra. Ese primer paso, si bien resulta necesario en algunos eventos, puede prescindirse cuando el delito porque se procede autoriza directamente la captura.

En ese sentido, el instructor interpretó correctamente el inciso final del artículo 356 del anterior estatuto procesal penal, vigente para ese momento, en armonía con los artículos 375 y 376.1 ejusdem.

Por tratarse de un delito de homicidio agravado, que tiene prevista pena de prisión cuyo mínimo es superior a dos (2) años, el fiscal podía librar orden de captura en contra de la procesada para efectos de la indagatoria, por lo que si de acuerdo con su prudente juicio consideró necesario prescindir de la citación, no puede sostenerse válidamente que incurrió en una irregularidad.

Aparte de lo anterior, el funcionario decretó y libró la orden de captura con fundamento en los datos que hasta ese momento poseía. Y si bien es cierto que al transmitirla a la autoridad policiva equivocó el segundo apellido, también lo es que con el reporte de los restantes datos individualizó perfectamente a la procesada. Al punto que suministró correctamente su fecha de nacimiento, el nombre de sus padres, el número de la tarjeta de identidad que hasta entonces poseía -pues no había tramitado la cédula de ciudadanía- y el lugar de su ubicación.

Si la comparecencia para rendir indagatoria se había intentado a través de una orden

escrita de captura, la cual contenía los datos necesarios para la identificación o individualización de la imputada, y ya habían transcurrido más de diez (10) días desde que la misma había sido recibida por las autoridades que debían ejecutar la aprehensión, sin obtener respuesta alguna, el emplazamiento dispuesto por el instructor cumplió con los pasos requeridos para ello y, por ende, la vinculación por declaratoria de reo ausente resulta ajustada en este evento al ordenamiento.

El instructor no estaba obligado a esperar la respuesta de la autoridad encargada de la aprehensión, pues el inciso final del artículo 156 del anterior estatuto procesal establecía que aquél plazo únicamente debía contarse a partir de la fecha en que “la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión y no se obtenga respuesta”.

Como bien lo afirma el Delegado, el legislador presumía, como presume hoy, que si ha transcurrido dicho término sin obtener respuesta de las autoridades encargadas de la captura, o sin que el imputado haya comparecido a rendir indagatoria, es porque han existido dificultades para obtener su presencia en estrados judiciales, por lo cual, previo emplazamiento, el funcionario se encuentra autorizado a proceder a la vinculación por el medio supletorio de que se trata.

En este caso la orden de captura debió ser oportunamente entregada, pues no de otra manera se explica que la procesada fue finalmente capturada con base en la misma, de modo que si antes no se rindió informe sobre los resultados de la misma fue porque la procesada no pudo ser localizada.

No se puede sostener de otra parte, que la imputada no haya tenido conocimiento de la actuación, pues estuvo presente el día en que los investigadores del C.T.I.F., se desplazaron hasta el sitio donde ocurrieron los hechos con la misión de encontrar los restos de su hijo, enterándose de esta manera que se había iniciado investigación por los

hechos sobre los cuales incluso suministró su propia versión (fl. 39).

Del expediente se establece entonces que si la procesada no compareció al proceso no fue precisamente porque las autoridades competentes hayan actuado en forma negligente, sino porque ella se ocultó a la acción de la justicia, con lo cual ninguna irregularidad surge en este caso en los términos señalados por el casacionista que conlleve a la invalidez de la actuación.

1. Casación oficiosa.

No obstante lo anterior, la Corte encuentra que le asiste razón al Delegado del Ministerio Público en esta instancia, cuando invita a la Corte, con fundamento en el artículo 216 del código de procedimiento penal, a decretar oficiosamente la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación.

De la revisión del expediente se establece que la vinculación de FLOR ELISA ORDÓÑEZ DÍAZ se hizo efectiva el 17 de noviembre de 1998 mediante declaratoria de persona ausente, luego de haber fracasado las gestiones orientadas a lograr su presencia para escucharla en indagatoria. En esta misma fecha, fue designado como defensor de oficio el doctor JAIRO ALFONSO ZAPATA PERAFÁN. El 10 de diciembre de 1999, al día siguiente de haberse cerrado la instrucción, el fiscal lo sustituyó por el abogado RAFAEL EVERTO CABRERA SALAS, previo informe secretarial de que el primero soportaba sanción disciplinaria de suspensión por el término de un (1) año desde el pasado 6 de septiembre, y quien permaneció en el cargo hasta después de realizado el debate oral.

Si se analiza la actividad desarrollada por los citados profesionales durante la instrucción y el juzgamiento, se advierte enseguida que no tuvieron participación distinta a la de notificarse personalmente de las resoluciones de definición de la situación jurídica y acusación, y a su intervención en la audiencia pública, en donde el último solicitó la absolución de la procesada porque en su sentir:

“Son muy escasos los elementos que la defensa tiene para hacer un concienzudo estudio de los móviles, circunstancias que la llevaron presuntamente a dejar abandonado su hijo a la interperie y así causarle presuntamente la muerte de su fruto, existiendo prueba que ésta para la fecha de los hechos que ésta efectivamente se encontraba en estado de embarazo, y evidencia del nacimiento del infante, pero desconocemos el estado síquico, el medio en que gestó y desarrolló su hijo, el auxilio material y moral que le hubiera prestado la familia y demás personas cercanas para auxiliarla en estos casos, todo esto nos lleva a concluir que el nacimiento del menor pudo haber ocurrido en condiciones no normales que la llevó a un estado de inconsciencia de lo que sucedía y ocurría a su alrededor. Además, de la investigación se establece que la Fiscalía instructora no estableció fehacientemente si en realidad los restos óseos que fueron encontrados en la letrina y que fueron objeto de investigación, correspondían o no al infante que se dice había desarrollado y tenido mi defendida”.

Desde el punto de vista estrictamente formal, es claro que la acusada en ningún momento estuvo desprovista de defensa técnica, si se toma en cuenta que durante todo ese tiempo contó nominalmente con dos representantes judiciales designados de oficio.

Pero éste ciertamente no es el sentido en que debe entenderse regulado el derecho a la defensa técnica; su verdadero significado, como lo ha dicho la Sala, halla eco en la materialización de su ejercicio, traducido en el desempeño cierto y regular de la función de asistencia calificada que debe cumplir el abogado encargado de oficiarla.

Lo anterior comprende, desde luego, todo aquel conjunto de gestiones enmarcadas en una estrategia deontológicamente establecida, tendientes a oponerse a las consecuencias desfavorables para la persona del defendido.

Sobre el contenido real de este derecho y su condición de garantía autónoma e intemporal, considerables han sido los pronunciamientos de la Corte en los que se ha reafirmado enfáticamente la imprescindibilidad de su cumplimiento como presupuesto de validez de la actuación procesal.

Es importante advertir, desde luego, que no toda inactividad de la defensa, objetivamente considerada, entraña necesariamente violación de esta garantía fundamental, pues debe entenderse que no es el hecho material en sí de haberse presentado una tal ausencia de gestión, sino la constatación de que con ella se limitó o negó el derecho a una defensa técnica, lo que realmente determina su quebrantamiento.

La vulneración, como resulta importante recordarlo no surge de la inacción per se, sino del estado de desamparo en que haya podido dejarse al procesado con ocasión de esa inactividad, situación que naturalmente no se presenta cuando la actitud omisiva o silenciosa se finca en una evidente táctica defensiva.

Como ha sido puntualizado por la Sala, la defensa técnica suele materializarse a través, entre otros, de actos de contradicción probatoria y de impugnación. Es del fuero interno y de la versación y actitud ética del profesional que la asume, determinar el momento y la forma de ejercerlos, según la estrategia que adopte, que puede comprender el ejercicio amplio de ambas atribuciones, o de solo una de ellas, o un atento control sobre el devenir procesal con prescindencia inclusive de ambas durante alguna de las fases del proceso.

En estos dos últimos supuestos, objetivamente inexistirían actos positivos de

naturaleza defensiva, pero no de orientación profesional, puesto que la aparente inactividad vendría a ser manifestación de la estrategia aplicada por el abogado, situación que debe diferenciarse de la que proviene del abandono del proceso, y que permite afirmar ausencia de defensa técnica, con implicaciones en la validez de la actuación procesal.

En el caso sometido a estudio, ninguna de las posibles maneras de asumir la defensa, llegó a materializarse.

La actuación procesal no solo muestra total ausencia de contradicción probatoria y de impugnación de las decisiones judiciales por parte de los defensores de oficio, sino absoluta desatención del proceso desde la vinculación de FLOR ELISA ORDÓÑEZ DÍAZ a la investigación como persona ausente hasta la celebración de la audiencia pública, cuando el último de los defensores designados intervino lacónicamente en la audiencia de juzgamiento.

Esta actitud de indiferencia muestra claramente el estado de desamparo en el cual permaneció la procesada durante la instrucción y la mayor parte del juicio, inactividad que dista mucho de ser considerada como una maniobra defensiva de los abogados que sucesivamente asumieron en el encargo.

Es que si así fuera no se explica por qué el primer togado no advirtió oportunamente al fiscal que no podía actuar por haber sido suspendido disciplinariamente del cargo desde cuatro (4) meses atrás, al punto que de no ser advertida esta circunstancia por parte de la Secretaria de la Fiscalía bien había podido transcurrir la mayor parte del juicio, como transcurrió tal lapso de la investigación, sin que nadie se interesara por la defensa de la procesada.

Es que ni siquiera, como lo advierte acertadamente el Delegado, existe constancia de que el defensor que reemplazó al sancionado haya sido notificado personalmente del cierre de la investigación, como así lo disponía el inciso 2º del artículo 438 del anterior estatuto procesal penal. Obligación que adquiriría especial trascendencia, en consideración a la ausencia de la procesada.

Tampoco tendría explicación el contenido de la breve y deficiente intervención del togado, quien dio por demostrado que su representada había dado a la luz un ser vivo, cuando ello resulta ser una gran incógnita que es imprescindible aclarar en este caso edificado hasta el momento únicamente en testimonios de oídas.

En efecto, fue tal la inactividad de los defensores e incluso de los funcionarios de la instrucción y el juzgamiento, que frente a la posibilidad, así sea mínima, de que los hechos pudieran ser demostrativos de un aborto provocado, como la procesada refirió a los investigadores (fl. 39), que ni siquiera se les ocurrió insistir en la recepción del testimonio de LEYDI ZENAIDA DÍAZ SOLARTE, quien de acuerdo a las constancias procesales fue la única persona que presenció la supervivencia de la criatura.

Ese testimonio fue decretado durante la indagación preliminar y para obtener la presencia de la citada se ofició por una sola ocasión a la Inspectora de Policía y Tránsito Municipal de El Tambo.

Dada su especial importancia, era de esperarse que se recabara su recaudo, así sea mediante la conducción de la declarante, pero fue tal el descuido que nunca más volvió a ser citada, pese a que se conocía su lugar de residencia y que las hermanas JANETH MATILDE y ANA JIMENA IDROBO LLANTEN dieron a conocer que los hechos por ellas relatados les fueron comentados tiempo después por LEYDI ZENAIDA.

Fue especialmente en las breves declaraciones de estas testigos de oídas que los juzgadores de instancia edificaron la condena, cuando a su alcance tuvieron la posibilidad

de escuchar directamente la versión de la propia persona que según constancias procesales fue la única que observó los hechos y quien podía suministrar información puntual con incidencia en el juicio de responsabilidad.

Tanto el instructor como el juzgador, no obstante su importancia, desestimaron la oportunidad. A tal punto se equivocaron, que otorgaron mérito persuasivo a las versiones entregadas por la procesada y la testigo a los investigadores de Policía Judicial.

Sobre esto último, no sin razón, critica el delegado que en la sentencia de primera instancia se haya valorado la entrevista como si se tratara de una prueba directa y en el de segunda se la haya tomado como base de la construcción indiciaria, cuando a la luz del artículo 50 de la ley 504 de 1999, que adicionó el artículo 313 del anterior estatuto procesal, carecían de valor probatorio, y hoy -artículo 314- apenas constituyen “criterios orientadores de la investigación”.

Definitivamente, entonces, el silencio de los togados no se puede presentar ni siquiera como una estrategia defensiva, pues hasta el más despreocupado observador hubiera advertido la necesidad de recaudar dicho testimonio. Tal era su importancia que, como lo señala el representante del Ministerio Público, era esencial para dilucidar aspectos confusos sobre la adecuación de la conducta y para establecer posibles circunstancias atenuantes de responsabilidad que se insinúan del informe de policía judicial.

Es cierto que antes de que se dictara la sentencia de primera instancia asumió como representante judicial de la procesada un defensor público designado por ella inmediatamente después de su captura, quien intervino activamente en su defensa.

Pero cuando tal cosa ocurrió, era escaso el ámbito de movilidad que en ese sentido tenía la defensa, si se toma en cuenta que únicamente quedaba pendiente el proferimiento del fallo. El togado, no obstante, acudió a la solicitud de nulidad por falta de defensa como

única alternativa para remediar la deficiente participación de sus predecesores en el cargo, que no encontró eco en el Tribunal con el simple pretexto de que la defensa se había dificultado por la actitud evasiva de la implicada.

Razón, por tanto, le asiste al Ministerio Público, al demandar de la Corte la invalidación del proceso por violación del derecho de defensa técnica, máxime en este caso cuando se trata de juzgar a una iletrada campesina quien, sin el respeto debido a la garantía fundamental que hace parte del debido proceso, terminó siendo condenada a una considerable sanción. La nulidad será decretada a partir del auto que declaró cerrada la investigación, con el fin de asegurar el ejercicio del derecho a la defensa técnica desde la fase instructiva.

3. La declaración de nulidad de la actuación procesal a partir inclusive de la clausura del ciclo instructivo hace que se consolide respecto de la procesada la causal de libertad prevista en el ordinal 4º del artículo 365 del código de procedimiento penal, consistente en el vencimiento del término de ciento veinte (120) días de privación efectiva de la libertad sin que se haya calificado el mérito de la instrucción.

En consecuencia, la Sala dispondrá la libertad provisional de FLOR ELISA ORDÓÑEZ DÍAZ, previa suscripción de la diligencia de compromiso de que trata el artículo 368 ejusdem. No se fija caución en este caso, especialmente por las condiciones económicas de la procesada, quien es una humilde mujer campesina, que carece de bienes patrimoniales y está dedicada a labores domésticas en el hogar paterno.

Para efectos de la suscripción de la diligencia de compromiso y la expedición de la boleta de libertad, se comisiona al Juzgado 1º Penal del Circuito de Popayán, ciudad donde se encuentra actualmente privada de la libertad la procesada, quien deberá advertir al Director del centro de reclusión que la puesta en libertad únicamente resulta procedente de no estar requerida aquélla por otra autoridad.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. Casar la sentencia impugnada.
2. Decretar la nulidad de lo actuado a partir inclusive del auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación.
3. Disponer la libertad de la procesada FLOR ELISA ORDÓÑEZ DÍAZ, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE A. GÓMEZ GALLEGO ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ALVARO O. PÉREZ PINZON

Comisión de servicio

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia de Tutela junio 18 de 2003, M.P. doctor Mauro Solarte Portilla, Rad. 17399.