

Proceso No 23099

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.88

Bogotá, D. C., once (11) de abril de dos mil ocho (2008).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado JORGE ISABEL VALENCIA CAICEDO en contra del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, mediante el cual confirmó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado del mismo departamento, en cuanto lo condenó a la pena principal de 31 años de prisión como autor responsable del concurso sucesivo y homogéneo de delitos de homicidio agravado (tres) y tentativa de homicidio agravado (tres), en concurso heterogéneo con el delito de concierto para delinquir.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los primeros fueron resumidos por el Tribunal del siguiente modo:

“Da cuenta el plenario que a eso de las once de la noche del día cuatro (4) de abril del año mil novecientos noventa y nueve (1.999), varios hombres fuertemente armados,

pertenecientes a las Autodefensas, entre los cuales se hallaba Jorge Isabel Valencia Caicedo, más conocido con el alias de “Canchilas”, de camino a la comunidad de Paz del Corregimiento de San José de Apartadó, retuvieron y se llevaron consigo a los señores Antonio José Borja Sepúlveda y Daniel Pino Mosquera, y una vez en la cabecera de la localidad, unos de los integrantes del grupo, se dirigieron al kiosco principal, de donde sacaron a Oscar Martínez Quintero y a Gabriel Antonio Graciano Vargas, bajo la sindicación de ser colaboradores de la guerrilla, disparando en contra de ellos, ocasionando la muerte a Daniel Pino, a quien le cercenaron el estómago, y a Gabriel Antonio Graciano, que le cortaron el cuello.

“Los dos restantes quedaron mal heridos, cesando el ataque los agresores en su contra, ante el convencimiento errado de su deceso. Entre tanto, otra parte del grupo se dirigió a la casa del señor Aníbal Jiménez, segando su vida con disparos de arma de fuego, y arrojaron una granada a la residencia de Nolfia Rosa Sánchez Posada, a quien lesionaron. Los hechos narrados dieron lugar a la iniciación del proceso al cual se vinculó a Valencia Caicedo, por señalamiento de una de las víctimas, y concretamente de Antonio José Borja Sepúlveda, quien lo identifica como uno de los autores de los homicidios”.

2. Con base en las inspecciones de cadáver de los occisos, la Fiscalía Regional de Apartadó, mediante resolución de 5 de abril de 1999, inició investigación previa¹, y después de haber practicado múltiples pruebas con el fin de individualizar a quienes participaron en los sangrientos hechos, el 15 de noviembre de 2000, un Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Medellín ordenó la apertura de instrucción en contra de Joaquín Villada Correa.

Posteriormente, el 18 de mayo de 2001², con fundamento en los elementos probatorios aportados a la investigación, dispuso la vinculación de JORGE ISABEL VALENCIA CAICEDO, alias “Canchilas”, quien, previa captura, fue oído en indagatoria el 22

de mayo de 2001 y el 29 siguiente le resolvió la situación jurídica imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a la libertad provisional por el delito de concierto para delinquir.

Previo cierre de la investigación³, el 16 de enero de 2002 la Fiscalía profirió resolución de acusación en contra de Joaquín Villada Correa y JORGE ISABEL VALENCIA CAICEDO, alias “Canchilas” por los delitos de concierto para delinquir en concurso heterogéneo con homicidios consumados y homicidios en grado de tentativa, por los hechos ocurridos el 4 de abril de 1999 en el corregimiento de San José de Apartadó.

Esta decisión fue confirmada por la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, el 24 de abril de 2002.

3. Conoció de la fase procesal siguiente el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, despacho que en la audiencia preparatoria decretó la nulidad de la actuación respecto de Joaquín Villada Correa y continuó con el trámite respecto de JORGE ISABEL VALENCIA CAICEDO, en contra de quien el 23 de mayo de 2003 dictó sentencia condenándolo a la pena principal de 31 años de prisión en calida de “autor de tres Homicidios Agravados, tres tentativas de Homicidio Agravado y Concierto para Delinquir”.

Igualmente, lo condenó a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, se abstuvo de imponerle la obligación de indemnizar los perjuicios derivados de la ejecución de las conductas punibles y también le negó los mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

4. Apelada dicha providencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia la confirmó integralmente.

El ad quem respondió a la nulidad invocada por la defensa, que si bien es cierto no se practicaron todas las pruebas que fueron ordenadas en la audiencia preparatoria, tal circunstancia no es atribuible al a quo ni al funcionario que fue comisionado para su práctica, además, su ausencia no vulnera el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa como tampoco los principios de contradicción y de investigación integral.

En tal sentido destaca que en la audiencia preparatoria dispuso la práctica de las abundantes pruebas solicitadas por el defensor y el Ministerio Público. En cumplimiento de esa orden se libró exhorto al Juzgado Penal del Circuito —Reparto— de Apartadó para que recibiera varios testimonios, entre ellos, el del testigo de cargo Antonio José Borja Sepúlveda y realizara inspección judicial a los sitios señalados por éste, respecto de quien también se averiguó por sus antecedentes.

Se indagó por la investigadora judicial Elizabeth Rodríguez Restrepo y por la ubicación de varios de los integrantes de la Policía Nacional con el fin de que ratificaran lo manifestado por ellos en los informes que rindieron. También se corrió traslado de los dictámenes periciales de alcoholemia de los occisos.

Con fundamento en tales actividades concluyó que el a quo puso sumo cuidado para lograr la práctica de las pruebas ordenadas, con lo cual garantizó el derecho de defensa y el cumplimiento de los principios de contradicción y de investigación integral. Sin embargo, las diligencias, que en razón de las distancias, debían realizarse a través de funcionario comisionado en la comunidad de Paz de Apartadó, no se llevaron a cabo a pesar de las gestiones que en tal sentido realizó el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta localidad.

Para el Tribunal las declaraciones y el reconocimiento en fila de personas solicitados por la defensa y ordenadas por el a quo no se practicaron porque se desconoce el paradero de los declarantes, de manera que no tiene sentido decretar la nulidad de la

actuación para insistir en la realización de esas pruebas. Además, los testigos Gustavo Herrera, María Lidia Posso, Nolfá Rosa Sánchez Posada, Antonio Jiménez y Wilmar Darío Tuberquia Valderrama de manera uniforme, manifestaron que no reconocen a ninguno de los autores del atentado, no obstante no ofrecieron datos que riñan con el señalamiento que al procesado hace Antonio José Borja Sepúlveda, por lo que sus aseveraciones no tienen la virtud de cambiar el sentido del fallo, pues carecen de aptitud para enervar la fortaleza de la prueba de cargo, conclusión que apoya con jurisprudencia de esta Sala de la Corte.

Y en cuanto a la pretensión subsidiaria de la defensa, consideró que la valoración que el a quo hizo del testimonio de Antonio José Borja Sepúlveda se ajusta a los principios que orientan la sana crítica, de modo que la sentencia dictada en contra de VALENCIA CAICEDO “tiene pleno fundamento, porque no sólo se sustenta en dicha prueba, sino en otros elementos de juicio que examinados conjuntamente, cuales (sic) mandatos del canon 238 de nuestra Ley Instrumental Penal, arrojan plena certeza en torno a la materialidad de los hechos y a la responsabilidad del justiciable en comento.”

5. Contra el fallo de segundo grado, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fundamentó en la forma que se sintetiza a continuación.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación señalada en el artículo 207 de la ley 600 de 2000, el defensor formula un único cargo contra la sentencia del Tribunal por haberse dictado la sentencia en un proceso viciado de nulidad por violación al derecho de defensa técnica, el cual desarrolla a partir de tres aristas diferentes como motivos invalidantes de la actuación.

Primer motivo

Manifiesta que los juzgadores nada hicieron para garantizar la protección del derecho fundamental a la defensa técnica del procesado, en cuanto el abogado que lo defendió en la fase instructiva guardó silencio, no solicitó pruebas, no impugnó la providencia mediante la cual se le impuso medida de aseguramiento, ni la que dispuso el cierre de la investigación, actuación pasiva que no puede asimilarse a una estrategia defensiva, pues sólo esperó que la Fiscalía, el C.T.I. la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos y el testigo José Borja procedieran a señalarlo con un apodo y una descripción precaria.

Ante tal abandono, la Fiscalía no garantizó que la defensa técnica fuera i) permanente, ii) planificada, iii) activa y iv) combatiente, ya que sin comprender la relación entre el apoderado y VALENCIA CAICEDO, procedió a solicitar la designación de un defensor público y establecido el carácter oficioso del designado en la indagatoria quiso excluirlo del cargo designando otro defensor para notificar el cierre de investigación, quien tampoco asumió el compromiso en cuanto no recurrió tal decisión —que en su criterio era necesario hacerlo— ni presentó alegatos de conclusión.

No obstante lo anterior, dice, la acusación se notificó al primer defensor a quien la Fiscalía le aceptó la renuncia creando, de esa forma, una situación de “presencia-exclusión”, que impidió, en la fase de la investigación, determinar quien era el responsable de la protección de esa garantía.

Aduce que el defensor que asistió al acusado en la fase de instrucción, debió solicitar las siguientes pruebas:

a) Ampliación de indagatoria para permitir al sindicado, una vez estudiado el expediente, controvertir adecuadamente los cargos y las pruebas que lo señalan, además de solicitar pruebas complementarias.

b) La verificación de las citas del indagado, pues fue este quien, a pesar de ser iletrado,

en ejercicio de la defensa material, solicitó la práctica de algunos testimonios.

c) La ampliación del testimonio del declarante de cargo.

d) El reconocimiento en fila de personas o fotográfico, en cuanto es altamente posible que el testigo de cargo no hubiera estado en capacidad de señalar al sindicado, como se desprende de la precariedad de la descripción de los rasgos morfológicos de la persona que señala como “Canchilas” o “Cachiras”.

e) Inspección judicial con el fin de demostrar que Borja Sepúlveda no estaba en condiciones objetivas para percibir a quien identificó como “Canchilas” o “Cachiras” en la entrevista que le realizó el fiscal especializado, porque “debió existir oscuridad”, los autores del hecho se presentaron con capuchas, la rapidez de los acontecimientos, la movilidad de los autores y las diversas partes del caserío donde se desarrollaron los acontecimientos

Segundo motivo

Expresa que en la ciclo del juicio el a quo, a solicitud de la defensa, ordenó la práctica de las pruebas que se vienen de mencionar, además de la ampliación de los testimonios rendidos por Luis Emilio Vásquez Barco, Wilmar Darío Sepúlveda, Luis Eduardo Hermana Clara Largos Suárez, Nolfá Suárez Posada, Miguel Ángel Graciano, Wilmar Darío Tuberquia Valderrama y Marco Antonio Jiménez Flórez, pero ninguna de ellas se realizó por lo que, insiste se hace evidente la violación al derecho de defensa en la aludida etapa, pues de haberse llevado a cabo “las condiciones procesales del sindicado serían mejores, al punto de incrementarse la profunda duda que se presenta en cuanto a su presunta participación en los acontecimientos por los cuales fue condenado en primera y segunda instancia”.

Manifiesta que es necesario establecer por vía jurisprudencial la importancia de practicar

las pruebas que en un momento determinado puedan servir de fundamento fáctico a una decisión favorable, pues en el caso bajo examen no se intentó siquiera conocer el resultado del comisorio para la práctica de las pruebas en el juicio.

Esa omisión, alega, afecta el derecho de defensa en forma tal que como las declaraciones respecto de las cuales se pidió ampliación, fueron decretadas, ordenadas y no se sabe si materializadas o no, fueron recibidas en la fase de la investigación previa en la cual no existe derecho de contradicción y fueron objeto de traslado de la averiguación adelantada por la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos, por lo que apenas resultaba elemental que se hubiera permitido su controversia mediante el mecanismo jurídico de la ampliación del interrogatorio de la defensa.

Para apoyar su argumentación en este sentido, destaca los apartes que considera importantes de las declaraciones a las cuales hace alusión, para establecer la forma y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que acompañaron los hechos, con la teleología de demostrar que probablemente Borja Sepúlveda no estaba en condiciones de reconocer al procesado.

En esas condiciones la certeza requerida para condenar se edificó a partir de la sindicación que en contra del procesado hace un declarante, quien lo describe mal, no efectúa el retrato hablado, no lo reconoce en fila de personas o mediante fotografías, además de que tampoco se estableció si la voz de la declaración aportada era la del señor Borja Sepúlveda.

Razones por las cuales solicita a la Corte se decrete la nulidad de la actuación y se ordene la práctica de las pruebas dejadas de realizar, pues es posible que las mismas incrementen la incertidumbre y la absolución se imponga como una opción derivada del contenido de la actuación.

Tercer motivo

Señala que el ejercicio del derecho de defensa debe ser permanente en el periodo probatorio de la causa como se ha sostenido por la jurisprudencia de la Sala. De esta manera hace notar que durante el juicio el procesado estuvo sin defensa técnica en el lapso comprendido del 5 de noviembre al 9 de diciembre de 2002, lo cual afectó gravemente el concepto de permanencia en la protección de la garantía de la defensa.

Que el procesado durante la fase de la investigación no tuvo representación técnica en cuanto el profesional a cargo de ésta no realizó ningún acto de defensa, y en la fase del juicio al momento de la materialización de esa garantía no contó con un defensor técnico, pues el 5 de noviembre de 2002 él solicitó se desplazara del cargo de defensor de oficio, el cual fue aceptado al día siguiente. El 15 de noviembre se comunicó al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó que procediera a realizar las pruebas para las cuales fue comisionado, una vez se le designara defensor en la ciudad de Medellín, hecho que se comunicó el 9 de diciembre de 2002.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, rindió concepto en este asunto, mediante el cual solicita a la Corte no casar el fallo impugnado.

En tal sentido indica que en los motivos primero y segundo con fundamento en los cuales el censor pide la nulidad de la actuación invocando una probable violación a los derechos de defensa, debido proceso y principio de investigación integral, expresa similares argumentos con los cuales, simultáneamente, mezcla aspectos de las diversas causas de nulidad, razón por la cual, manifiesta, analizará las diferentes censuras de manera conjunta.

Precisa que el principio de investigación integral constituye un imperativo para los funcionarios judiciales, por lo que su incumplimiento funda irregularidad sustancial que contraviene el derecho al debido proceso por desacato al artículo 250 de la Constitución

Política y a los artículos 20 y 234 de la ley 600 de 2000 —artículos 249 y 343 del decreto ley 2700 de 1991—, lo cual puede agraviar el derecho de defensa, cuando la inercia del operador judicial obstaculiza su ejercicio.

El derecho a la prueba, comprendido en el aludido principio, no traduce la obligación de recaudar todas las imaginables, puesto que es la misma ley la que ordena practicar las necesarias para acreditar la existencia de la conducta punible, la responsabilidad del procesado y las circunstancias que la agravan o atenúan, por lo que debe rechazar las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen acerca de hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

En consecuencia, si esas son las facultades que en materia de pruebas la ley otorga al funcionario judicial, para poder afirmar que la inactividad en la práctica de las ordenadas afectó el debido proceso o el derecho de defensa, es indispensable que la omisión tenga el carácter de arbitraria, es decir, que obedece al capricho del funcionario, como ocurre cuando de la actuación emerge la necesidad de realizar determinadas probanzas y no hace nada para llevarlas a cabo, o cuando injustificadamente niega las oportunamente solicitadas por la parte interesada.

No obstante, no se vulneran las garantías aludidas por la defensa cuando procesalmente, en relación con las personas citadas por el acusado o los testigos, no existen datos que permitan su individualización, identificación o localización, pues se trata de circunstancias que imposibilitan su comparecencia al proceso.

Así, en el caso que se examina, las pruebas solicitadas por el defensor en el juicio fueron practicadas parcialmente, situación que no constituye motivo de invalidez respecto de las que no se llevaron a cabo, pues el censor debió comprobar que éstas eran esenciales, pertinentes y trascendentes para los fines del proceso.

De otro lado, precisó que si bien es cierto la mayoría de las pruebas se practicaron en la

investigación previa, tal circunstancia no indica que se haya coartado el derecho de defensa, al menos en el orden material, el cual debidamente se ejerció.

El libelista no confrontó todos y cada uno de los elementos de convicción que sustentaron el fallo, para demostrar que de haberse aducido los que echa de menos, la decisión hubiera sido opuesta a la que se conoce. Esto en cuanto del análisis conjunto de la prueba incriminatoria —testimonial e indiciaria—, los juzgadores concluyeron que es evidente la participación del sindicado en las conductas delictivas de concierto para delinquir y homicidio.

Y, volviendo al esquema del libelo, señala que el derecho de defensa no tiene el carácter absoluto que refiere la defensa, pues encuentra límite en el orden constitucional y legal. Por lo que cuando la irregularidad procesal es oportunamente corregida y el defensor tuvo posibilidad de ejercer los actos defensivos que se dejaron de realizar durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe deducirse que tal garantía no fue quebrantada, “pues ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a contar con oportunidades que ya tuvo”.

En consecuencia, en torno al primer motivo de nulidad esgrimido por el libelista, señala que VALENCIA CAICEDO fue asistido en indagatoria por un defensor de confianza, quien, acorde con los cánones legales, tenía la obligación de ejercer el cargo en armonía a lo establecido en el contrato de mandato. Sin embargo, el 31 de enero de 2002, presentó renuncia al poder que aquél le confirió, alegando quebrantos de salud, situación que el instructor le comunicó al sindicado para que designara un nuevo defensor, pero, como no lo hizo, le designó uno de oficio con quien continuó el trámite procesal.

Luego, el hecho que el defensor contractual no haya interpuesto recursos en contra de las decisiones proferidas por la Fiscalía y desfavorables al procesado no entraña una omisión que afecte la garantía de la defensa, porque como lo ha reiterado la

jurisprudencia, las oportunidades probatorias y los recursos pueden ser utilizados discrecionalmente por los sujetos procesales.

No obstante, en el sub lite las pruebas de las cuales se duele el defensor no fueron practicadas en la fase de la instrucción, sí fueron ordenadas en el juicio, pero debido a las dificultades para la citación y concurrencia de los testigos no fue posible su realización, esto a pesar de que quienes debían rendir declaración fueron citados a través de diversos medios, entre ellos, las emisoras de la región. Circunstancia a la cual se une que los defensores, por razones económicas, tampoco se desplazaron al corregimiento de San José de Apartadó, por lo que tampoco se pudo llevar a cabo la diligencia de inspección judicial, en la cual la defensa manifestó especial interés.

La asistencia del defensor del procesado en la indagatoria, haber comparecido a notificarse de las decisiones interlocutorias y cierre de la investigación, razonablemente denotan que tuvo ánimo vigilante respecto del proceso y de su estado, además, conoció el fundamento fáctico y probatorio de la resolución mediante la cual le fue resuelta la situación jurídica al procesado, de lo cual se desprende que su estrategia consistió en enterarse de las decisiones de fondo y no solicitar pruebas, en espera de que la Fiscalía desvirtuara la presunción de inocencia que amparaba a su pupilo, pues, la defensa pasiva se ha considerado como una técnica válida en orden a socorrer sus intereses siempre que esté acompañada de una actitud vigilante de la actividad procesal, lo cual descarta el abandono de la gestión, de suerte que la mera inactividad no encarna ausencia de defensa técnica.

El libelista no indica cual era la real y eficaz posibilidad de actuación que hubiera podido tener el defensor, de haber ejercido una gestión más activa.

De otro lado, manifiesta, que si bien es cierto parte del recaudo probatorio se obtuvo en la fase preliminar, no sobrevénía la necesidad de repetirlo, en cuanto la finalidad

de ésta es identificar o individualizar a los presuntos responsables, de tal suerte que durante su perfeccionamiento se allegan pruebas “cuya práctica no sea conocida por el futuro imputado, tal circunstancia hace parte de los avatares del proceso, y no vulnera garantía alguna, porque luego de la vinculación del imputado ya identificado, la prueba puede ser conocida por éste y su defensor, quien, si lo estima necesario, puede solicitar su repetición”.

En tal sentido, advierte que el estatuto procesal penal bajo el cual se adelantó este asunto regula el principio de permanencia, con fundamento en el cual el medio de convicción que surge con calidad de prueba se conserva desde su práctica, incluida la investigación previa, sin necesidad de repetición o controversia futura.

En relación con el tercer motivo que formula el recurrente, afirma el Delegado que durante el corto tiempo que el acusado estuvo sin defensor no se afectó su derecho a la defensa técnica en razón a que durante el mismo no se adelantó actuación procesal alguna.

Finalmente, acota que la censura desborda los presupuestos de la nulidad por ausencia de defensa técnica y se introduce en el terreno de la violación indirecta de la ley sustancial por errores de apreciación de la prueba, infringiendo de esta forma los principios de claridad, precisión y autonomía de los cargos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Acorde con el concepto del Ministerio Público, observa la Sala que el defensor, con fundamento en hechos que metodológicamente separa en tres motivos, acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria del debido proceso, del derecho de defensa y del principio de investigación integral.

En efecto, denunció bajo un mismo cargo y con base en igual discurso argumentativo tres

causas de nulidad -desconocimiento del debido proceso, del derecho de defensa y del principio de investigación integral-, sin tener en cuenta que el primero es un vicio de estructura y los segundos de garantía, claramente diferenciados por la jurisprudencia y que en sede de casación deben ser postulados, desarrollados y demostrados autónomamente, indicando y comprobando claramente las irregularidades propuestas presentando la de mayor trascendencia como principal y las demás de modo subsidiario, pues las consecuencias que se originan a partir de la eventual comprobación de una de ellas, pueden afectar de manera diferente y desde distinta oportunidad el trámite del proceso.

1. Bajo la denominación genérica de quebranto al derecho de defensa postula violación del debido proceso porque en el juicio se omitió la práctica de las pruebas ordenadas en la audiencia preparatoria, las cuales son de importancia para los fines de la defensa, sin demostrar de qué forma el a quo incurrió en tal irregularidad y por qué altera el proceso de forma concluyente, bajo el entendido de que esos medios de convicción tenían como finalidad cumplir con los fines de la investigación, que en el juicio se concretan a comprobar la existencia del hecho punible y la probable responsabilidad del procesado, de acuerdo con los cargos formulados por la Fiscalía en la acusación.

Al revisar el expediente se aprecia que los testimonios solicitados por el defensor, de los cuales dependía la realización de inspección judicial en el lugar de los hechos no fueron recaudados por causa no atribuible al a quo o al Juez Segundo Penal del Circuito de Apartadó, a quien se comisionó para recibir las declaraciones y llevar a cabo la aludida inspección, sino por circunstancias ajenas a la judicatura, pues los deponentes fueron citados por diversos medios idóneos para que comparecieran a propósito de lo cual el personero municipal del municipio de Apartadó certificó que Antonio José Borja Sepúlveda, Luis Emilio Vásquez Barco, Wilmar Darío Tuberquia Valderrama, Luis Eduardo Guerra, Hermana Clara Lagos Suárez, Nolfi Sánchez Posada, Miguel Ángel Graciano, Marco Antonio Jiménez Flórez, Jaime Herrera Cabra, Oscar Martínez

Quintero, Gustavo Herrera, Darío Guerra, Javier Castaño Tórres, Gustavo Ramón González, Iván Moreno Guavita , Nelson Vanegas Acosta, Eduardo Lanchero Jiménez, Dalila Zuluaga y su esposo, Luis Arley Jiménez, Oscar alias “Bolas” o “Mechas”, Héctor Villada, Neil Álvarez, Luis Eduardo Ciro, José Luis Rengifo López y Ana Victoria Mosquera, en la actualidad no residen en el corregimiento de San José de Apartadó⁴, situación que hizo imposible su comparecencia.

En tales condiciones es irrefragable que el a quo y el juez comisionado para la práctica de las diligencias en el municipio de Apartadó, hicieron lo indispensable para que los citados comparecieran al proceso a rendir declaración y además participaran en la inspección judicial, en la cual se recrearían las especiales circunstancias de tiempo, modo y lugar en que pudieron haber ocurrido los hechos, sin que los resultados de su citación obligatoriamente determinaran la ejecución de otros actos tendientes a ubicarlos, más aún cuando ni siquiera el defensor se presentó para la práctica de la inspección judicial, a pesar de habersele comunicado oportunamente la fecha y hora señalada, según constancia que se dejó,⁵ pues para ese entonces solicitó al a quo lo relevara del cargo de defensor de oficio.

Aunque se entiende que el recurrente pretendía interrogar a los testigos acerca de las circunstancias en que cada uno percibió los hechos y determinar en la inspección judicial si estaban en condiciones de haber reconocido al procesado como copartícipe de los hechos, el fracaso de esas pruebas ante la barrera infranqueable que se presentó para hacerlos comparecer, no se remedia decretando la nulidad para insistir ab aeterno en una prueba de difícil recaudo, porque ello choca con el postulado superior de acceso a la administración de justicia, la cual debe ser pronta, cumplida y eficaz, respecto de todos los intervinientes en el proceso.

De otra parte el hecho de que parte de las pruebas se hubieran recaudado en la fase de la investigación previa y en la instrucción antes de que se ordenara la vinculación de

VALENCIA CAICEDO, no imponía la obligación de su repetición como se propone por el recurrente, dado que, como lo señala el Delegado, bajo el régimen procesal penal con base en el cual se adelantó y finaliza el proceso, es aplicable el principio de permanencia de la prueba, con fundamento en el cual la practicada validamente por la Fiscalía desde la investigación preliminar puede servir de sustento a la sentencia.

2. También, bajo el premisa de violación al derecho de defensa, aduce que el apoderado de confianza, designado por el procesado en la indagatoria, no se preocupó por solicitar pruebas que pudieran favorecerlo en su situación procesal, al punto que éste, en ejercicio del derecho de defensa material, fue quien solicitó la práctica de algunos testimonios, con lo cual bosqueja que se le desconoció el principio de investigación integral, porque mientras el togado no realizó ningún acto de salvaguardia de los derechos del procesado, insinúa, la Fiscalía hizo énfasis en los aspectos que lo comprometían en la ejecución de los hechos, los cuales sirvieron para fundamentar la acusación.

Y a pesar de que traslada las omisiones probatorias a la inercia del defensor que lo antecedió, trae a colación aspectos que en su sentir se omitieron en orden a garantizar al procesado una defensa, como, por ejemplo, la ampliación de indagatoria para que pudiera controvertir adecuadamente los cargos y solicitar pruebas, la ampliación de la declaración de Antonio José Borja Sepúlveda, el reconocimiento en fila de personas y la inspección judicial en el lugar de los hechos, las que hubieran podido cambiar el rumbo de la investigación.

Si bien es cierto, con el fin de confirmar la teoría que ampara en la violación al derecho de defensa y satisfacer los requerimientos que, en torno de este motivo de invalidez, ha establecido la jurisprudencia de la Sala y demostrar que la actuación pasiva del defensor contractual no engloba ninguna estrategia, trae a colación diversas probabilidades comprendidas en los juicios hipotéticos que formula, en los cuales excluye que la concurrencia de los actos probatorios omitidos deben tener un alto grado probabilidad

para modificar la conclusión final y no constituir una mera especulación, o dicho de otro modo, que los actos defensivos que se acusa no fueron ejercidos surjan como fruto de una ponderada evaluación del proceso de tal manera que se tornen necesarios e indispensables frente a los principios de verdad y justicia.

Al respecto, necesario es recordar que no es suficiente relacionar las diligencias que se estiman ignoradas, sino que es preciso demostrar su conducencia, pertinencia y utilidad, así como su trascendencia, la cual no deriva únicamente de la observación de la prueba omitida en sí misma considerada, sino de la confrontación lógica con los elementos de convicción que sustentan el fallo, de modo que se muestre que si se hubiera practicado, el sentido de éste hubiese sido distinto, y que la invalidación de la sentencia es la única manera de remediar el vicio.

Al respecto el ad quem precisó en el fallo lo siguiente:

“Queda claro entonces, de la anterior reseña procesal, que las declaraciones, ampliaciones de las juradas de las personas requeridas, y reconocimiento en fila de personas, pruebas que fueran demandas por el defensor del acusado, y decretadas por el Juzgado A-Quo, ni fue posible practicarlas para ese entonces, como tampoco es viable hacerlo ahora, por cuanto se desconoce el paradero de aquéllas; de ahí que no tiene sentido decretar la nulidad de la actuación con miras a su evacuación. Pero hay algo más, en lo que tiene que ver con los autores del atentado, de manera uniforme afirmaron GUSTAVO HERRERA, MARIA LIDIA POSSO, NOLFA ROSA SÁNCHEZ POSADA, ANTONIO JIMÉNEZ y WILMAR DARÍO TUBERQUIA que no reconocieron a ninguno de ellos.”

(Subrayas de la Corte)

Ahora, si lo que el defensor pretendía era controvertir la apreciación probatoria que de la prueba recaudada hicieron los sentenciadores de instancia, debió recurrir extraordinariamente por la vía de la causal primera de casación señalada en el artículo

207 de la ley 600 de 2000, es decir, por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en cualquiera de sus modalidades -falso juicio de identidad, falso juicio de existencia, falso juicio de convicción, falso juicio de legalidad o falso raciocinio-.

3. Finalmente, aduce el libelista el desconocimiento del derecho a la defensa por parte de la Fiscalía, qué sólo se ocupó del formulismo de que el procesado nominalmente tuviera un defensor, quien, a pesar de que fue nombrado por aquél en la indagatoria, no realizó actuación diferente a la de notificarse de las resoluciones de situación jurídica y acusación sin ejercer actuación alguna, pues el cierre de investigación le fue notificado a él.

En diversas oportunidades la Sala ha precisado que la presentación de irregularidades con las que se intente la declaración de nulidad de un trámite que ha culminado mediante fallo condenatorio, debe hacerse delimitando claramente si los supuestos defectos denunciados socavan la estructura del proceso o lesionan las garantías de los sujetos procesales, así como la fase procesal en que se presentaron y su incidencia en la actuación.

El artículo 29 de la Carta Política le otorga al derecho a la defensa en su doble dimensión material y técnica cuya garantía debe estar presente en toda la actuación procesal como presupuesto de legitimidad, pero esta circunstancia, por sí sola, no es suficiente para detraer el proceso a etapas ya superadas.

Esto porque en virtud del principio de trascendencia que rige en materia de nulidades, su declaratoria sólo es posible si la irregularidad alegada realmente afecta las garantías de los sujetos procesales o si desconoce las bases fundamentales de la actuación o del juzgamiento. De suerte, que la nulidad debe tener un motivo suficiente, conforme con el cual no se puede derivar de la informalidad en sí misma

considerada, pues en tratándose del derecho de defensa indispensable es distinguir su contenido material de la pretensión defensiva y surgir un perjuicio real para la garantía, toda vez que si éste no se produce, no es posible demandar la inutilidad de la actuación.

En el asunto materia de análisis, dice el censor, la carencia de defensa técnica se materializa porque solamente hubo un remedio de ella con el nombramiento de un defensor de confianza en la diligencia de indagatoria, quien durante el transcurso procesal fue impasible frente a la misión encomendada.

Acerca de este tema la Sala tiene precisado que si él no compromete toda la etapa de instrucción o la del juzgamiento, es indispensable establecer en cada caso si materialmente se afectó el derecho a la defensa técnica, en cuanto puede ocurrir que la omisión en la actividad defensiva se corrija oportunamente ora por el profesional que viene fungiendo como defensor o por quien lo suceda en ese cargo, caso en el cual la irregularidad no pasaría de ser una informalidad sin entidad suficiente para declarar la invalidez de la actuación, por la falta de efecto práctico de que el defensor haga uso de los derechos que ya tuvo oportunidad de ejercer.

Así en el sub lite se observa que el procesado en la indagatoria designó un defensor de confianza para que lo representara durante el trámite procesal, profesional que personalmente se notificó de la resolución por medio de la cual la Fiscalía le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva y de aquella mediante la cual se dispuso el cierre de la investigación⁶.

De manera que el defensor tuvo conocimiento acerca de los hechos y las decisiones que afectaban a su protegido, por lo que la actuación de la Fiscalía no fue oculta o sorpresiva, en cuanto no se marginó de ella al procesado y a su defensor, pues los actos procesales relevantes –aquellos que por disposición legal deben

notificarse- les fueron comunicados oportunamente, para que uno u otro, hicieran las manifestaciones que a bien tuvieran.

El defensor de confianza no se caracterizó por su actuación en cuanto no solicitó pruebas, ni interpuso recursos contra las resoluciones mediante las cuales se resolvió la situación jurídica al procesado y se dispuso el cierre la investigación, no obstante se trata de una situación incierta e insegura, desde la perspectiva de los resultados beneficiosos razonablemente esperables, proceder a demandar diligencias que a la postre hubieran podido comprometer crecidamente el compromiso de su defendido en los hechos materia de investigación por fortalecimiento de la prueba incriminatoria, o porque se aclararan espacios de incertidumbre que para la etapa del juicio aparecían como susceptibles de ser explotados en su favor.

Así, la pasividad que se reprocha en la demanda, no tiene como explicación única y necesaria el abandono o la desidia o la incompetencia, pues remitirse al cumplimiento de la carga de la prueba por parte de la Fiscalía es una expresión válida y aceptable de la garantía de defensa y ésta, como estrategia, no es susceptible de deslegitimarse bajo la consideración de que quien llegue al proceso en otro momento, o con otro conocimiento de los hechos, o diferentes criterios sobre el fenómeno jurídico que se debate, lo habría hecho de manera distinta.

La Fiscalía durante el tránsito del sumario y frente a su deber de garantizar la defensa técnica, fue idónea, pues notificó al defensor las decisiones relevantes, es decir, aquellas que jurídicamente afectaban al procesado, mantuvo el trámite abierto a las posibilidades de postulación de la defensa durante un lapso considerable anterior al cierre de la investigación. En consecuencia, el instructor garantizó las posibilidades para que se solicitaran pruebas, controvirtieran las aportadas y, con fundamento en la misma, se fijara la respectiva posición jurídica de la defensa.

La actitud pasiva del defensor técnico no puede censurarse a través de hipótesis generalizadas y abstractas, sino considerando las particulares posibilidades de controvertir o contraprobar las decisiones, de tal manera que sea evidente que la referida pasividad no corresponde a una estrategia defensiva, sino a un abandono de la actividad encomendada, difícil de pregonar cuando, dada la prueba recaudada y la situación del procesado, una solicitud probatoria puede tornarse imprudente, en cuanto que, como ya se anotó, fortalece los cargos o, incluso, los agrava.

La posibilidad de una línea de defensa diversa a la mantenida por el defensor de confianza se materializó cuando el nuevo defensor, hoy recurrente, impugnó a través del recurso de apelación la resolución de acusación, en la fase del juicio, en el término de traslado del artículo 400 de la ley 600 de 2000, solicitó la nulidad por el mismo motivo que aquí se resuelve, la cual el a quo le despachó desfavorablemente con razones que confirmó el Tribunal, pidió las pruebas que le fueron decretadas y cuya práctica no se pudo llevar a cabo por las razones ya conocidas y, finalmente, impugnó la sentencia condenatoria.

En las condiciones que se vienen de mencionar no comparece razón jurídicamente atendible para invalidar la actuación con criterios de puro contraste, pues la actitud pacífica del defensor que asistió al procesado hasta la resolución de acusación no entraña abandono de la defensa técnica, porque en la etapa del juicio el nuevo abogado, designado de oficio, loablemente intervino en salvaguardia de los intereses del procesado.

Además de lo anterior necesario es acotar que el derecho a la defensa técnica no responde a un modelo conceptual estereotipado, por ello la sola invocación de ausencia de actos de postulación o impugnación, no es suficiente para determinar la transgresión de tal garantía, sino que son las especiales circunstancias las que determinan que la inactividad del defensor encuadran más en una estrategia defensiva, antes que

en un abandono de la gestión.

Para terminar, si bien es cierto a causa de la solicitud que el defensor de oficio presentó ante el a quo para que lo relevara del cargo y designara otro abogado, el procesado estuvo huérfano de defensa, tal circunstancia no tiene ningún efecto invalidante debido a que durante ese lapso, aproximadamente de un mes, no se realizaron actuaciones que requirieran la presencia del apoderado, pues no se profirieron determinaciones que por su naturaleza debieran notificársele ni se practicaron pruebas de las ordenadas en la audiencia preparatoria, por las razones ya conocidas.

En consecuencia el cargo no prospera por ninguno de los tres motivos invocados por la defensa.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Permiso

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folio 16 del c.o. 1

2 Folio 529 del c.o. 2

3 Folio 763 del c.o. 3

4 Folio 206 del cuaderno de comisión

5 Folio 207 ibídem

6 Folios 675 y 847 del c.o. 3