

Proceso No 25887

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta No. 333.

Quibdó, noviembre dieciocho (18) de dos mil ocho (2008).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado JORGE ELIÉCER ORTEGÓN SÁENZ contra la sentencia de segunda instancia proferida el 22 de febrero de 2006 por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado de Instancia de las Brigadas XVI y XVIII con sede en Yopal el 27 de octubre de 2005 que condenó al mencionado por el delito de ataque al inferior.

ANTECEDENTES

Los hechos sustento de la presente actuación penal tuvieron ocurrencia a primera hora de la mañana del día 23 de marzo de 2001 en las instalaciones de la Décima Octava Brigada del Ejército Nacional con sede en Arauca, cuando el cabo JORGE ELIÉCER ORTEGÓN SÁENZ requirió al soldado regular Jorge López Rubiano con el objeto de que le ayudara en el aseo de las instalaciones. Este último se negó al requerimiento

argumentando el cumplimiento de orden previa de patrullaje, lo cual desencadenó la reacción violenta de ORTEGÓN SÁENZ, propinándole una patada en la espalda y dos puños en la cara.

La víctima de la agresión formuló denuncia penal por los hechos anteriores, sobre cuya base se abrió la correspondiente instrucción penal, dentro de la cual se vinculó, mediante diligencia de indagatoria, al cabo JORGE ELIÉCER ORTEGÓN SÁENZ, a quien se le decretó medida de aseguramiento de detención preventiva, ulteriormente confirmada por el Tribunal Superior Militar.

Clausurada la investigación, se calificó su mérito por la Fiscalía 20 Penal Militar de Brigadas de Yopal el 23 de febrero de 2005 con resolución de acusación en contra de ORTEGÓN SÁENZ por el delito de ataque al inferior “sancionado en el Código Penal Militar, libro 2do., Título I, Capítulo Primero, artículo 119”.

En contra del calificadorio, se interpuso recurso de apelación por la defensa del procesado, sobre el cual se pronunció la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Militar el 16 de mayo siguiente, confirmándola integralmente.

Ejecutoriado el proveído calificadorio, la fase del juicio se asignó al Juzgado de Instancia de las Brigadas XVI y XVIII con sede en Yopal, en donde una vez se llevó a cabo audiencia de Corte Marcial el 21 de octubre de 2005, se dictó fallo de primer grado el 27 del mismo mes y año, por cuyo medio se condenó al procesado JORGE ELIÉCER ORTEGÓN SÁENZ a la pena principal de seis (6) meses de prisión, así como las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, tras encontrarlo autor penalmente responsable de la ilicitud por la cual se lo llamó a juicio.

El Tribunal Superior Militar, mediante sentencia del 22 de febrero de 2006, confirmó la anterior determinación, en virtud del recurso de apelación impetrado por la defensa del procesado.

Contra esta última decisión la defensa técnica interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación, mediante demanda que fuera calificada por la Corte el 13 de septiembre de 2006, en el sentido de admitir tres de los ocho cargos propuestos (tercero, cuarto y quinto), motivo por el cual se dispuso correr traslado al Ministerio Público para que rindiera concepto.

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal emitió concepto¹ a través del cual solicita no casar el fallo impugnado de conformidad con los cargos referidos. En consecuencia, procede la Sala a adoptar la decisión de fondo que en derecho corresponda.

LA DEMANDA

La totalidad de los cargos admitidos tiene sustento en la causal tercera de casación prevista en el artículo 388 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), por violación del derecho de defensa, los cuales son del siguiente tenor:

1. Cargo tercero, “nulidad por violación del derecho de defensa por inexistencia de defensor de oficio”.

Para el libelista no se respetó el derecho de defensa en la instrucción ni en el juicio porque el profesional que asistió al procesado JORGE ELIÉCER ORTEGÓN SÁENZ en la indagatoria, designado de oficio exclusivamente para esa diligencia, en realidad no estuvo presente, como lo señaló en la Corte Marcial y queda demostrado con el acta de la audiencia, el recurso de apelación y las copias del libro de registro obligatorio de ingreso a la Brigada, conforme al cual no entró a esas instalaciones entre el 27 y el 30 de julio del 2001 pues, dadas las condiciones de orden público imperantes para la época, era imposible que alguien lo hiciera sin que quedara registrado.

Agrega que la nulidad no se pudo alegar antes de la Corte Marcial por la falta de defensa técnica y por los constantes traslados del sindicado, que le impidieron estar al tanto del desarrollo del proceso.

Así, solicita invalidar lo actuado a partir de dicha diligencia de indagatoria celebrada el 30 de julio del 2001.

2. Cargo cuarto, “nulidad por violación del derecho de defensa por falta de actuación real, actos positivos de gestión y actitudes vigilantes del defensor en relación con el proceso penal”:

Se concreta a la actuación de la profesional del derecho asignada para la defensa del procesado en virtud de contrato de prestación de servicios entre las Fuerzas Militares y la cooperativa -COASESORES-, pues nunca hizo “presencia real, ni tuvo inmediatez con el proceso”, toda vez que siempre actuó vía fax, inclusive desde que envió el poder conferido por el sindicado.

Lo anterior porque no aparece prueba de que hubiera solicitado copias del proceso, en el expediente no reposan los originales de los memoriales que enviaba por ese medio, las firmas aparecen borrosas, carecen de identificación y son diferentes de las que se observan en los sellos notariales de autenticación, todo lo cual permite concluir que careció de defensa técnica.

Además, nunca rebatió las pruebas aportadas al proceso, especialmente el testimonio del teniente Giraldo sobre quien recaía un indicio de mentira y persecución laboral, sin que ello pueda entenderse como una estrategia defensiva, a más de que tampoco solicitó la práctica de importantes pruebas como el dictamen pericial y la inspección judicial.

Igualmente, porque la defensora no tuvo acceso personal al sumario, sustentó el recurso de apelación contra la decisión que impuso medida de aseguramiento al sindicado fundamentada en los argumentos comunicados por el procesado telefónicamente y por ser evidente su negligencia pues solicitó la libertad provisional del procesado después de haber sido concedida.

En consecuencia, deprecia anular el proceso desde la decisión del 10 de septiembre del 2001, por medio de la cual se reconoció personería a dicha letrada.

3. Cargo quinto, “nulidad por indebida notificación del cierre de investigación y de la resolución acusatoria”:

Parte de considerar que si bien en representación del procesado venía actuando la abogada Bridt Solange Neira Hernández, las comunicaciones fueron hechas al doctor Juan Manuel Bermúdez, quien según la constancia secretarial del 20 de julio del 2004 se hizo presente a la oficina judicial afirmando que aquél había solicitado telefónicamente a la cooperativa los servicios de un abogado, lo que motivó su designación.

Como, asegura, un poder no se otorga de esa manera y la defensora anterior no sustituyó el que había recibido, el reconocimiento de personería a un abogado que el procesado jamás conoció, con el que nunca habló y de quien se ignora inclusive si en realidad pertenece a la cooperativa, es irregular y vicia no sólo las notificaciones que recibió sino el memorial que presentó antes de la calificación del sumario y el de apelación de esa providencia.

Sobre el mismo aspecto, aduce que tanto el alegato de conclusión como el recurso de apelación presentados por este profesional contra la decisión que calificó el mérito del sumario “son inválidos y nulos, por estar mal presentados, carecer de técnica, ser casi ilegibles y parecer presentados por un sacerdote y no por un abogado”.

Concluye que “no reconocer este vicio de nulidad sería tanto como abrir la puerta para que cualquier abogado, independientemente de sus intenciones, se haga parte de un proceso penal sin mandato alguno, lo que generaría inseguridad jurídica frente al sistema penal y al derecho a la defensa”.

De esa forma, solicita la invalidación del proceso desde el auto del 2 de julio de 2004, a partir del cual se reconoció personería a este profesional del derecho.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal comienza por afirmar que como las censuras contenidas en los tres cargos admitidos apuntan a la demostración de varios vicios de garantía con incidencia en el derecho de defensa de JORGE ELIÉCER ORTEGÓN SAENZ, por metodología les dará respuesta conjunta.

En ese sentido, acota que la Corte ha sido reiterativa en subrayar la obligatoria necesidad de garantizar la representación constante, ininterrumpida y adecuada del ciudadano investigado y juzgado, a fin de que el núcleo axiológico de esta garantía encuentre su plena vigencia, cometido por el cual deben velar los funcionarios judiciales, el Ministerio Público y fundamentalmente el defensor de oficio, público o de confianza designado.

En ese orden de cosas, recuerda cómo no basta con la simple designación formal de un profesional del derecho para que asista a su representado en la actuación, sino que ella debe encontrar concreción en actos de contradicción y presencia positivos dirigidos a establecer la existencia de alguna estrategia de defensa, como así lo ha señalado esta Sala a través de su jurisprudencia.

De acuerdo con esos parámetros, colige que en el caso específico el núcleo esencial del derecho de defensa de JORGE ELIÉCER ORTEGÓN SÁENZ no se vio perturbado, pues de

manera general se advierte el ejercicio material del mismo en todas las fases del proceso, máxime cuando el único evento que alcanza la connotación de irregular, esto es, el reconocimiento de personería al abogado José Manuel Bermúdez Cortés en la etapa de cierre y calificación de la investigación, por no obrar en el proceso el poder correspondiente, no tiene la trascendencia necesaria para invalidar la actuación.

En relación con la irregularidad derivada de que en la indagatoria de ORTEGÓN SÁENZ no contó con la asistencia de un defensor, afirma que, de una parte, el acta de la diligencia informa una realidad diferente.

Y, de otra parte, en cuanto al argumento según el cual la revisión de algunos folios de la minuta de guardia de ingreso a la Brigada en donde funcionaba el despacho instructor permite establecer que el referido abogado no compareció a la diligencia y que sólo vino a firmar el documento respectivo posteriormente, aduce que dicha probanza no tiene el poder de convicción necesario para desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre el acto controvertido, en tanto son varias las personas que dieron fe del desarrollo de la diligencia procesal, entre ellas el mismo procesado, máxime cuando no se probó que la ausencia del nombre del defensor en tal registro conllevaba indefectiblemente a la conclusión de que no estuvo presente en el despacho instructor en esa ocasión.

Así mismo, agrega, aún aceptando la alteración del orden público en Arauca, el documento aducido por el censor no constituye la prueba irrefutable de la ausencia del profesional.

Es más, continúa, si en gracia de discusión se admitiera que el hecho efectivamente ocurrió, el censor no explica porqué el sindicato no dejó constancia del caso en el acta que firmó y sólo haya manifestado la existencia del supuesto vicio en la audiencia de Corte Marcial, con lo cual se infiere su conformidad durante todo el ciclo instructivo con lo

ocurrido y, así, la posibilidad de aplicar el principio de convalidación.

Tampoco encuentra justificación que no se haya denunciado ante las autoridades competentes la ocurrencia de la falsedad en documento público por parte de los funcionarios judiciales y del abogado que suscribieron el acta.

Pero, además, la supuesta irregularidad derivada de designar y posesionar al mencionado exclusivamente para este acto procesal, deviene igualmente intrascendente, pues bien sabido es que esa expresión no da a entender que su intervención se redujo a esa específica actuación, como así se infiere de lo establecido en los artículos 294 de la Ley 599 de 2000 y 129 de la Ley 600 de 2000

Por consiguiente, concluye, ninguna vocación de prosperidad puede otorgarse a este reproche.

Acto seguido, refiere que tampoco comporta trasgresión del derecho de defensa el hecho de que la segunda defensora del procesado haya actuado vía fax, pues tal como lo destaca el mismo censor, ello se encuentra permitido en el ordenamiento jurídico colombiano, como se desprende del contenido normativo del artículo 5º de la Ley 527 de 1999, al incluir, en su artículo 2º, al telefax entre las varias modalidades de mensajes de datos posibles.

Así mismo, a diferencia de lo que afirma el censor, estima innecesario que los originales de los memoriales presentados por la abogada a favor de ORTEGÓN SAENZ tuvieran que ser aportados al proceso, pues es claro que los documentos impresos como mensajes de datos cumplían fielmente su cometido, a lo cual se suma el despliegue de actos materiales de defensa por la profesional, tales como notificaciones de varios actos procesales posteriores a su posesión, interposición del recurso de apelación de la

medida de aseguramiento y solicitud -aunque extemporánea- de la libertad provisional en dos oportunidades.

Indica, igualmente, que no es cierto que las firmas que aparecen en el poder y los memoriales suscritos por la profesional del derecho son distintas entre sí, porque el recurrente desconoce que en las notas de presentación personal ante Notaría la abogada no estampó su firma, sino su nombre, pero conserva los mismos trazos en el dibujo de las letras.

Tampoco es relevante que no se observe el número de la cédula de ciudadanía y de la tarjeta profesional de la abogada, pues si bien se muestran borrosos son perfectamente legibles.

Respecto a la falta de controversia probatoria, sostiene que ese aspecto ya fue resuelto por la Corte en el auto del 13 de septiembre de 2006 cuando inadmitió, entre otros, el cargo primero de la demanda que ocupa la atención, señalando sobre la supuesta vulneración del principio de investigación integral, basado en no haber practicado reconocimiento médico legal a la víctima e inspección judicial, que la constancia dejada por el funcionario judicial sobre las lesiones observadas en el rostro del denunciante simplemente revela la constatación de un hecho objetivo, no su causa, que precisamente sería objeto de la investigación penal, y porque ningún efecto produciría decretar ahora la nulidad invocada pues es evidente que el dictamen no podría practicarse años después de ocurridos los hechos.

Y, respecto de la segunda, porque si la pretensión específica a través de la probanza es cuestionar la calidad de testigo presencial del teniente Giraldo, el propósito se cumplía con la evaluación de su testimonio y el de quienes declararon en el proceso sobre este particular.

Adicionalmente, porque aun cuando no obra constancia de que la letrada hubiera

solicitado copias del proceso, el sindicato lo hizo justo antes de conferirle poder, las cuales seguramente tendrían como objeto preparar su defensa.

De ahí que, asegura el Procurador, tampoco por esta razón está acreditado el desconocimiento de la garantía reclamada.

En cuanto a la propuesta contenida en el último de los cargos objeto de estudio, expresa que si bien no hay evidencia en el expediente de que el enjuiciado hubiera conferido poder al doctor José Manuel Bermúdez Cortés para que lo asistiera en la actuación subsiguiente al cierre de la investigación, situación que comporta irregularidad, recuerda que no es viable la declaratoria de nulidad precisamente por su carácter de remedio extremo, pues no cualquier defecto puede aducirse para atentar contra la consistencia del proceso.

Es lo que aquí ocurre, subraya, pues el defecto no es sustancial, ya que el ejercicio de la defensa en cabeza del mencionado letrado fue idónea, al ser nítida la existencia de actos materiales defensivos tales como la presentación de alegatos de conclusión e interposición y sustentación del recurso de apelación contra la acusación por parte de este abogado, consolidando una gestión tendiente a la adopción de posiciones activas a favor de su procurado.

Es más, agrega, el defensor que acudió a la oficina instructora con el objeto de representar a ORTEGÓN SAENZ, ante la ausencia de poder, bien pudo ser nombrado defensor de oficio y ninguna irregularidad comportaría tal actuación pues, se insiste, lo importante es garantizar durante todo el proceso la concurrencia de defensa técnica adecuada para el enjuiciado.

Por otro lado, la inconformidad general mostrada frente a la forma en que el letrado ejerció la defensa, al asimilarlo con un sacerdote, no es apropiada, ya que desvirtuar su actuación no impone descalificarlo sino demostrar lo que dejó de hacer y

cómo lo debió hacer, así como los efectos negativos de la actividad técnica con incidencia en el fallo censurado, labor que el censor no intentó.

En vista de que no se evidencia el yerro denunciado, solicita la desestimación del reproche.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En razón de la similitud temática de las censuras admitidas por la Corte en el auto de fecha septiembre 13 de 2006, en su totalidad orientadas a demostrar la eventual vulneración del derecho de defensa, se asumirá su estudio paralelo.

1. Con tal propósito, empiécese por destacar la importancia que para la Sala ha cobrado el derecho de defensa dentro del proceso penal y, en especial, en su arista del derecho a la defensa técnica, punto sobre el cual el casacionista construye los tres cargos objeto de estudio, aun cuando en el quinto otorga a esa situación un efecto adicional en tanto proyección lesiva del debido proceso, porque si, como dice, quien se notificó en calidad de defensor de las resoluciones de cierre de la investigación y de acusación realmente no la ostentaba, deviene irregular la notificación de esas piezas procesales.

En reciente decisión, la Sala abordó con amplitud el tema del derecho de defensa técnica, que por aglutinar los aspectos más relevantes de esta garantía bien está traer a colación en lo pertinente:

“1. El derecho a la asistencia jurídica cualificada durante la investigación y juzgamiento escogida por el procesado o provista por el Estado, se encuentra consagrado como garantía fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, así como también en los artículos 8.2 literales d) y e) de la Convención de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972) y 14.3 del Pacto de Nueva York (Ley 74 de 1968).

Al constituir el derecho a la defensa técnica una garantía de rango superior, su eficacia no queda al libre ejercicio de quien oficiosamente es postulado por el funcionario o del defensor público o contractual, ni se reduce a su designación sucedánea cuando el procesado no cuenta con un abogado de confianza, sino que se prolonga con la vigilancia de la gestión, a fin de que la oposición a la pretensión punitiva del Estado se amolde a los parámetros de diligencia debida, en pro de los intereses del inculcado (1); en otras palabras, esa garantía debe ser controlada eficazmente por el director del proceso para que la asistencia técnica no se quede en el plano meramente formal, sino que se traduzca en actos que la materialicen en el trámite procesal, ya que sólo de esa manera se podrá aseverar el cabal e inobjetable respeto de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Fundamental.

2. La Corte tiene definido(2) que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características esenciales: debe ser intangible, real o material, y permanente en todo el proceso. La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio o a través de la Defensoría del Pueblo; material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva, y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de excepciones ni limitaciones. La no satisfacción de cualquiera de estas características, por ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido, y por lo tanto, impone la declaratoria de su nulidad, una vez comprobada su trascendencia.

En cada caso específico el juez debe realizar un control constitucional y legal en orden a verificar el respeto de los derechos fundamentales del procesado, examinando en detalle el ejercicio del derecho a la defensa, y sólo cuando constate que éste, bien sea, por su contenido material o técnico le ha sido vulnerado, o porque el nombramiento ha recaído

en una persona que no se encuentra acreditada como abogada, o que teniendo los conocimientos jurídicos especializados su labor no se ha traducido en actos reales de gestión defensiva, o cuando en algún interregno del trámite procesal penal cumplido ha sido cercenada la asistencia letrada, el funcionario judicial está obligado a declarar la nulidad de la actuación.

3. El menoscabo del derecho de defensa ha de ser sustancial para que constituya un vicio que deba ser corregido en casación por la Corte, trascendencia que se percibe siguiendo los principios definidos por la ley procesal penal y la doctrina en materia de nulidades.

Entre ellos, sobresale lo repetitivo que fue el legislador en cuanto a que la validez de la actuación no puede admitirse en detrimento del derecho de defensa, como garantía procesal que es, aún cuando el acto cumpla la finalidad o el sujeto reclamante haya coadyuvado con su conducta o anuencia en la formación de la irregularidad sustancial, toda vez que en tales casos la nulidad es la única forma de enmendar el vicio, dado que no es posible de otra manera resolver el conflicto, debiéndose regresar las cosas a su cauce normal, pues es obvio que la agresión a dicha garantía conlleva consecuencias que no pueden restablecerse sino con la invalidación de lo actuado”2.

De conformidad con estos derroteros, cuando surge discusión frente a este tópico, la Sala debe acometer el análisis de cada caso en particular con el fin de determinar si en verdad se verifica transgresión de tan esencial apotegma, cuyo desconocimiento conlleva, a no dudarlo, al decreto de invalidez de la actuación procesal.

Sin embargo, esa no es la situación que se vislumbra en el asunto sometido a consideración, en donde, a diferencia de lo que aduce el casacionista, se observa, como bien lo pregonan el Procurador Delegado, asistencia profesional calificada con carácter intangible, material y permanente en favor de JORGE ELIÉCER ORTEGÓN SÁENZ durante el presente proceso tramitado por la justicia penal militar.

Es así como ninguno de los aspectos sobre los cuales el señor defensor edifica las tres censuras admitidas previamente, goza de idoneidad para arribar a conclusión diferente, como a continuación se verá:

2. El primer reclamo del censor, contenido en el cargo tercero de la demanda, apunta a la invalidez del proceso derivada de que el sindicato no contó con defensor durante la diligencia de indagatoria llevada a cabo el 30 de julio de 2001, por medio de la cual se lo vinculó formalmente al proceso.

Es verdad que una irregularidad de esa índole comporta consecuencias nefastas frente a la actuación procesal, como así lo ha señalado la Sala en forma reiterada:

“Aunque la indagatoria también participe del carácter de prueba, no menos cierto es que por su condición de medio de vinculación a la investigación constituye elemento de su estructura y por ende su invalidez entraña la del proceso, de ahí que los vicios que la afecten deban ser denunciados por la senda de nulidad y no por la vía indirecta como error de derecho por falso juicio de legalidad.

Es que la invalidez deprecada de tal diligencia trasciende a la estructura del proceso como que esa forma de vinculación es el supuesto del cierre de la investigación y de la consecuente calificación, de modo que si se asintiere en la nulidad de la injurada el vicio afectaría no solamente a ellas sino a todo el proceso a partir de su irregular adjunción, luego por tratarse de un error in procedendo que afecta la estructura del rito, su ataque sólo puede dirigirse por la causal tercera de casación toda vez que ella está especialmente prevista para aquellos eventos en que ‘la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad’..”³ (subrayas fuera de texto).

En el caso sub examine, tras verificar el contenido del acta elaborada con ocasión de dicha diligencia, se encuentra que fue suscrita por la Juez 46 de Instrucción Penal Militar de la ciudad de Arauca, el indagado, el defensor, doctor Hazael Salazar López, y el

secretario del despacho. Así mismo, se dejó constancia al momento de instalación, luego de advertir al indagado de sus prerrogativas legales consignadas en el artículo 495 del Código Penal Militar, consistentes en el derecho a designar apoderado para que lo asistiera en la diligencia y a que, en caso de no hacerlo, el despacho judicial le asignaría uno de oficio, que “designa al doctor Hazael Salazar López sólo para esta diligencia...”.

No obstante existir tal constancia, el demandante espeta que ella no se ajusta a la realidad porque de acuerdo con el libro o minuta de registro de control de las personas que ingresaron a la sede de la Brigada 18, en donde funcionaba el despacho judicial, no aparece anotación de entrada del profesional, como así también lo adujo el propio procesado durante la audiencia de la Corte Marcial celebrada el 19 de octubre de 2005, tras ser convocado a juicio para responder por el delito de ataque al inferior, situación que, desde su punto de vista, conduce a colegir que “su rúbrica fue hecha con posterioridad a la diligencia de indagatoria”.

En desarrollo de tal audiencia de Corte Marcial y específicamente al momento de conceder la palabra a ORTEGÓN SÁENZ, sobre el punto en cuestión manifestó:

“(F)ui a la indagatoria de la cual hago conociendo de a ese despacho (sic) que no tuve, no se me presentaron mi defensa técnica, ya que me designaron al señor abogado Hazael Salazar que era un abogado de oficio que me nombraron allá, pues no tenía medios económicos para pagar un abogado, me asignaron al doctor Hazael Salazar que es el que figura ahí en el proceso, el cual nunca asistió a mi indagatoria, me hicieron la indagatoria a mí, la cual debería estar mi abogado, nunca estuvo donde la juez, pues hizo preguntas de una y otra manera, las cuales no tuve la asesoría del abogado para contestarlas ni el apoyo de un abogado para contestarlas, posteriormente a esta indagatoria el abogado firmó, la únicas pruebas de que tengo (sic), de que el abogado no estuvo en mi indagatoria, en la única indagatoria que he tenido en este proceso, que fue en ese mismo año de 2001, son las copias de los folios de los libros de la minuta de

guardia de entrada de personal civil a la Brigada 18, donde fue realizada mi indagatoria, repito, donde nunca aparece ahí como que haya ingresado a la audiencia o a la indagatoria el señor abogado”.

Para la Sala, tanto las afirmaciones del procesado en la Corte Marcial, como los registros de la minuta de ingreso a la Brigada 18, carecen de la entidad probatoria necesaria para rebatir el hecho de que el procesado contó con asistencia real y efectiva del mencionado letrado durante la indagatoria.

Lo primero, porque tales aseveraciones se efectuaron más de cuatro años después de dicha diligencia, resultando inexplicable que frente a una situación de tal gravedad, constitutiva eventualmente de una conducta punible, ninguna manifestación se haya consignado en desarrollo de la diligencia o, cuando menos, al poco tiempo de realizada, circunstancia que despoja de credibilidad a las manifestaciones por demás tardías del procesado.

A igual conclusión se llega dado que tales afirmaciones son inconsistentes con otros aspectos consignados en la diligencia de indagatoria. Así, mientras en la audiencia de Corte Marcial el procesado adujo que la designación del profesional fue de oficio para dicha diligencia, cosa distinta revela dicha acta, según la cual el profesional no fue nombrado de esa manera sino directamente por el procesado para esa actuación, razón adicional para aceptar su presencia efectiva en la diligencia.

Lo segundo, porque los registros de la minuta de ingreso a la instalación militar para el día de marras, como acertadamente lo pregona el Ministerio Público, son insuficientes para trastocar la presunción de legalidad del acta de la audiencia, refrendada por servidores públicos tales como la juez y el secretario del despacho que intervinieron en ella e, incluso, por el mismo procesado, máxime cuando se desconocen

detalles relacionados con la forma en que se llevaba a cabo el control de ingreso a la Brigada, para lo cual tampoco es suficiente con aducir que era infalible en virtud de la difícil situación de orden público que aquejaba a la región en ese entonces.

Resulta claro, en consecuencia, que al no encontrarse debidamente fundamentado este reproche en el sentido de que el procesado JORGE ELIÉCER ORTEGÓN SÁENZ no contó con defensor que lo asistiera en la diligencia de indagatoria, resulta improcedente el decreto de la nulidad propuesta.

3. El segundo reproche sobre el cual se finca la violación del derecho de defensa, contenido en el cargo cuarto de la demanda, tiene que ver con que la apoderada asignada para realizar esta gestión por la Cooperativa COASESORES, con la cual las Fuerzas Militares tenían contrato de prestación de servicios para asistencia jurídica, no hizo presencia real ni efectiva en el proceso.

La Corte tampoco comparte este planteamiento de la defensa, con sustento en las siguientes razones:

En primer lugar, porque si bien es cierto la totalidad de los memoriales suscritos por esta profesional fueron allegados vía fax o telefax, también lo es que esa situación no se traduce en ausencia de actos positivos de defensa.

Por una parte, en consideración a que la Ley 527 de 1999, referida por el demandante, “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales”, prescribe taxativamente en su artículo 5° que “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” (subrayas fuera de texto).

Entendiéndose por tal, como también lo establece esta misma ley en su artículo

2º: “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (subrayas fuera de texto).

Además, el propio Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) reconoce autenticidad a los documentos allegados a través de estos medios de comunicación, como así lo dispone en su artículo 429, al señalar que “se presumen auténticos los documentos escritos, las reproducciones fotográficas o cinematográficas, las grabaciones fonográficas, las fotocopias, los documentos remitidos por télex o telefax y, en general cualquier otra declaración o representación mecánica o técnica de hechos o cosas, siempre que el sujeto procesal contra el cual se aducen no manifieste su inconformidad con los hechos o las cosas que en ellos se expresan antes de que el proceso entre al despacho para dictar sentencia” (subrayas fuera de texto).

Reconocimiento jurídico que, dicho sea de paso, también otorga la Ley 906 de 2004, al aceptarlos como elementos materiales de prueba y evidencia física, conforme lo prescribe el literal g del artículo 275, al enlistar entre tales los “mensajes de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen” y, adicionalmente, al admitirlos como prueba documental, según el artículo 425, numeral 8.

En segundo lugar, por cuanto tampoco resulta verídico el argumento del libelista según el cual los memoriales allegados por la defensora utilizando esta vía no permiten determinar su autoría o porque su contenido no cuenta con la aprobación de la letrada, al presentar firmas borrosas y carecer o ser ilegibles los números de cédula y de tarjeta

profesional, incumpliendo con ello los requisitos estipulados en el artículo 7° de la aludida Ley 527 de 1999, aunado a lo cual la firma plasmada en la identificación es notoriamente distinta de la que aparece en los sellos de autenticación de la Notaría impidiendo inferir que provengan de una misma persona.

Pues bien, para acreditar la autenticidad de tales documentos no es necesario allegar con posterioridad los originales de los documentos enviados como mensajes de datos o declaraciones de aceptación de autoría, como en forma errada lo sugiere el libelista, toda vez que ello reñiría abiertamente con el querer del legislador de otorgar plena validez a estos documentos conforme ha quedado visto, siempre y cuando, claro está, no se esté ante las excepciones contempladas en el artículo 1° de la Ley 527 de 1999 y en cuanto resulte identificable su autor.

Ahora, los reparos del libelista dirigidos contra este último aspecto, es decir, en torno a la imposibilidad de determinar la autoría de los memoriales, se ven infirmados con su simple confrontación material.

En efecto, si bien es cierto se advierten algunas disimilitudes entre las firmas que aparecen en el poder y los memoriales suscritos por la profesional del derecho, ello se debe a que en el mandato y en el primer memorial por medio del cual interpuso recurso de apelación contra el proveído de resolución de situación jurídica empleó firmas extensas, mientras en el último, a través del cual deprecó la libertad provisional de ORTEGÓN SÁENZ, acudió a una forma abreviada, pero todas caracterizadas por la identidad de trazos.

La aparente inconsistencia entre las firmas puesta de presente por el libelista se aclara totalmente tras confrontar las firmas utilizadas en las notas de presentación notarial insertas en los memoriales, en donde la abogada utiliza la misma fórmula

extensa no obstante que en el último documento plasmó la expresión abreviada.

De otro lado, la circunstancia de que no se observe con total claridad los números de la cédula de ciudadanía y de la tarjeta profesional de la abogada en algunos de los documentos referidos no resulta incidente, pues a la determinación de su autoría se llega no sólo a través de la confrontación objetiva de las firmas, sino a partir del contenido de los documentos, en tanto, a no dudarlo, consignan peticiones favorables al procesado (apelación contra la decisión que resolvió situación jurídica y solicitud de libertad provisional), constitutivas de actos materiales de defensa en desarrollo de la gestión que en ese momento tenía a su cargo dicha profesional de manera exclusiva.

Acto seguido, el demandante descalifica la actividad desplegada por la misma profesional, con lo cual se aparta de los precisos derroteros sentados por la Sala a través de su pacífica jurisprudencia en el sentido de que tal proceder lejos está de demostrar vulneración del derecho de defensa técnica.

En ese sentido dice que la defensora no rebatió las pruebas aportadas al proceso y ni siquiera solicitó el dictamen de Medicina Legal e inspección judicial “pruebas fundamentales para la defensa del procesado, y cuya práctica hubieran (sic) cambiado el rumbo del proceso, en beneficio y a favor de mi representado”, pero sin exponer las razones en que se basa para así pregonarlo, amén de que es evidente que el decreto de la nulidad para proceder a la práctica de tales probanzas resulta inoportuno, en virtud del tiempo transcurrido desde la fecha en que ocurrió el ataque a la víctima.

En igual forma se proyecta el cuestionamiento genérico al recurso de apelación interpuesto por la letrada contra la decisión por medio de la cual se resolvió la situación jurídica de ORTEGÓN SÁENZ y la omisión de contradecir el testimonio del teniente Giraldo, por revelar el exclusivo interés de imponer una estrategia defensiva que desde su punto de vista hubiera sido más fructífera para su representado.

Comentario aparte merece la crítica al memorial presentado por la misma profesional por cuyo medio deprecó la libertad provisional del procesado a pesar de ya haber obtenido ese beneficio días antes, porque a juicio del libelista demuestra negligencia en su desempeño.

La Corte no comparte esta conclusión del casacionista, pues tal situación no va más allá de demostrar un error insular de la defensa, pero no hasta el punto de evidenciar negligencia o abandono de la gestión. Al contrario, denota interés y compromiso en conseguir resultados favorables para el procesado, como se demuestra con la sumatoria de los actos realizados, desde una perspectiva integral de ponderación.

4. La última censura admitida por la Sala está orientada a demostrar el quebranto al derecho de defensa y del debido proceso, en razón de la forma irregular como se le otorgó personería al profesional que inmediatamente asumió las riendas de la gestión, por lo cual todos los actos por él desarrollados están viciados de nulidad.

Para dar solución al punto planteado, oportuno resulta recordar que a este profesional se lo reconoció como defensor de ORTEGÓN SÁENZ por el fiscal 20 Penal Militar de Brigadas XVI y XVIII de Yopal mediante resolución del 2 de julio de 2004, previa constancia secretarial de la misma fecha, en la cual se plasmó lo siguiente:

“..le informó que el día de hoy se hizo presente en esta Agencia Fiscal el doctor José Manuel Bermúdez Cortés manifestándome que el suboficial aquí procesado en su condición de cliente de la Oficina de Asesoría Prepagada por Internet ‘ASJUDINET LTDA’ se comunicó telefónicamente con esa entidad para solicitar los servicios de un profesional del derecho para que lo represente dentro de esta causa penal, correspondiéndole al citado doctor Bermúdez asumir su defensa”.

Es claro, por consiguiente, que el reconocimiento de este profesional fue irregular, pues es evidente que no medió poder o mandato para su ejercicio en los

términos establecidos en los artículos 63 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, sin que se pueda aceptar para ello la supuesta comunicación telefónica del procesado con la firma de abogados a la cual pertenece el letrado.

Sin embargo, en virtud del principio de instrumentalidad de las formas que rige para las nulidades contemplado en el numeral 1° del artículo 392 del Código Penal Militar, según el cual “no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa”, resulta en este caso improcedente acudir al mecanismo extremo.

Se afirma lo anterior porque aun cuando existe un acto irregular, como en efecto lo fue el reconocimiento del profesional y los sucesivos en los cuales actuó en esa condición a pesar de no contar con poder o algún medio legal para ello, se cumplió la finalidad perseguida en tanto el designado desempeñó la tarea asignada en el interregno de su gestión, esto es, desde del cierre de investigación hasta cuando el procesado otorgó mandato a otro abogado poco antes de celebrarse la audiencia de Corte Marcial, a través de actos materiales de defensa que tornan improcedente la invalidación de la actuación.

En efecto, dicho defensor, no obstante el relativamente poco tiempo en que tuvo a su cargo la misión defensiva, presentó alegatos de conclusión previos a la calificación del mérito del sumario e interpuso recurso de apelación en contra de la resolución de acusación, con lo cual garantizó el derecho que se considera conculcado por el censor tornando inviable el decreto de nulidad de la actuación.

Ahora, algo muy distinto es que el casacionista nuevamente descalifique esa labor, como ocurriera con la de su antecesora, según quedó consignado en el acápite anterior, al tildarla de ser antitécnica y más propia de un sacerdote que de un profesional del derecho, pero sin incidencia alguna para demostrar la efectiva

vulneración del derecho de defensa.

En conclusión, como ninguno de los reparos objeto de estudio tiene vocación de éxito, la decisión que razonablemente corresponde adoptar es la de no casar el fallo impugnado.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
IBÁÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO J.

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Comisión de servicio

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

- 1 Recibido en la Corte el 24 de septiembre de 2008.
- 2 Sentencia de fecha mayo 8 de 2008, rad. 28115.
- 3 Auto de fecha septiembre 12 de 2006, rad. 24772. En el mismo sentido, entre otros, auto del 3 de diciembre de 2003, rad. 21354.