

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado ponente

SP12247-2015

Radicado N° 44135.

Aprobado acta No. 314.

Bogotá, D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil quince (2015).

V I S T O S

Examina la Corte en sede de casación, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 14 de marzo de 2014, confirmatoria con modificaciones de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de la misma ciudad, el 26 de septiembre de 2013, por medio de la cual se condenó a JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ, a la pena principal de doce meses de prisión y multa en cuantía de diez salarios mínimos legales mensuales, en calidad de

autor del delito de abuso de confianza; así mismo, se ordenó el pago de treinta millones de pesos, a título de perjuicios materiales, y se dispuso otorgar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

HECHOS

Por poder especial que le concediera en el año 2003 Gloria María Cantillo Vanegas, dada su radicación en los Estados Unidos de América, el abogado JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ adelantó la administración y emprendió la venta de un inmueble de propiedad de aquella, ubicado en la carrera 45 N° 70-17, de la ciudad de Barranquilla.

Como la poderdante se hallase descontenta con el resultado de las gestiones de su apoderado, entre otras razones porque no lograba hallarlo para conocer detalles de las mismas, acudió al Consulado de Colombia en Miami, a revocar el dicho poder, aunque no se conoce si FLÓREZ JIMÉNEZ se enteró oportunamente de dicha revocatoria, pues, apenas algunos días después, el 17 de julio de 2007, dio en venta el inmueble por la suma de sesenta millones de pesos, dinero que jamás entregó a Gloria María Cantillo.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 31 de julio de 2007, fue presentada denuncia escrita

por el representante legal que para ese efecto designara Gloria María Cantillo Vanegas.

Consecuentemente con ello, el 28 de agosto de 2007, la Fiscalía 37 de delitos contra el patrimonio económico, abrió investigación previa por los delitos de abuso de confianza y estafa.

Luego de recoger algunas pruebas, con fecha del 27 de junio de 2008, se abrió formal instrucción, ordenándose citar a indagatoria a JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ, por los delitos de estafa y falsedad material en documento público.

Ante la no comparecencia de FLÓREZ JIMÉNEZ, el 9 de junio de 2010, se le declaró persona ausente, designándose a su favor defensor de oficio.

El 23 de julio de 2010, fue cerrada la investigación. En consonancia con ello, el 17 de diciembre de 2010, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ, en calidad de autor del delito de estafa.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el asunto le fue repartido, para adelantar la fase del juicio, al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla, el 9 de junio de 2011.

El 11 de julio de 2011, tuvo lugar la audiencia preparatoria.

La audiencia pública de juzgamiento se celebró el 1 de marzo de 2012.

En una primera ocasión, el fallo de primer grado fue dictado el 8 de mayo de 2012, pero, apelado por el defensor, con fecha del 10 de diciembre de 2012, el Tribunal de Barranquilla dispuso su nulidad por falta de motivación.

En consecuencia, el 26 de septiembre de 2013, fue emitida la nueva sentencia, esta vez a cargo del Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de Barranquilla, en la que se condenó a JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ a la pena de 36 meses de prisión, por considerársele responsable del delito de estafa.

Impugnada la decisión por el defensor del acusado, con fecha del 14 de marzo de 2014, el Tribunal Superior de Barranquilla, confirmó la condena, pero mutó la conducta punible hacia el abuso de confianza y rebajó la pena a 12 meses de prisión.

En su contra interpuso el defensor recurso extraordinario de casación, que fue admitido por esta Sala en auto del 16 de julio de 2014, ordenándose el correspondiente traslado al

Procurador Delegado, surtido el 17 de julio de 2014.

El 11 de agosto de 2015, fue recibido el concepto del Ministerio Público.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Cargo Primero

Lo soporta el demandante en la que estima violación insubsanable del derecho de defensa material.

Para el efecto, significa que al procesado se le citó para rendir indagatoria a una dirección ajena a la suya, pues, este reside en la calle 68B N° 63-38, pese a lo cual los oficios requiriéndolo fueron dirigidos a la calle 68B, N° 63-68.

Ello significa, aduce el recurrente, que su representado judicial no podía conocer de la investigación adelantada en su contra, ni mucho menos, de que se le requería para escucharlo en indagatoria. Máxime que a pesar de tratarse de un abogado reconocido en la ciudad y contar con dirección registrada en el directorio telefónico, nada se hizo para dar con su paradero.

Añade el impugnante que la vulneración al derecho de defensa se prolongó incluso después de asignar defensor de

oficio al acusado, pues, se cerró la investigación sin que este se posesionara y ya en el decurso posterior del proceso guardó absoluto silencio el abogado, al punto de no impugnar las decisiones, ni solicitar pruebas, ni impugnar las pedidas por las otras partes, y solo en la audiencia pública de juzgamiento *“balbuceó en algunas escasas líneas, una nulidad que era ostensible, notoria por violación al Derecho de Defensa y al Debido Proceso.”*

Entiende el actual defensor que la defensa anterior del acusado fue nula y operó meramente nominal. Apenas contó con defensa real y efectiva, agrega, después de emitido el fallo de primer grado, cuando por *“esos azares del destino”*, supo de lo que se le seguía y pudo nombrar defensor de confianza.

A renglón seguido, toma el defensor un acápite del fallo de segundo grado en el cual el Ad quem advirtió que decretar la nulidad es generar dilación al proceso con afectación de las víctimas y posible prescripción, para destacar que esa concepción riñe con los derechos fundamentales amparados al procesado.

Después, cita jurisprudencia de la Corte referida al derecho de defensa, para concluir en que se vulneró este postulado y el debido proceso, razón por la cual debe anularse todo lo actuado desde el cierre de investigación, inclusive, para brindar al procesado la posibilidad de defenderse de lo

que se le endilga.

Cargo Segundo

A fin de precisar su postura, encaminada a demostrar la existencia de otro factor de nulidad, el casacionista parte por destacar cómo el artículo 170 de la Ley 600 de 2000, incluye dentro de los requisitos obligatorios que debe contener la sentencia, el resumen de la acusación y de los alegatos de los sujetos procesales.

Ello, en sentir del impugnante, significa que la sentencia debe respetar la acusación, tal cual se contempla en los artículos 29 de la Carta Política y 6 de la Ley 600 de 2000, sin que el juez pueda asumir la postura de parte de la Fiscalía para elevar su propia acusación o variarla condenado por un delito no consignado en el pliego de cargos.

En sustento de su tesis cita jurisprudencia de la Corte, de la cual extracta que el juez debe ceñirse a lo definido en la resolución de acusación, so pena de que se afecte grandemente el derecho de defensa, dado que el procesado solo conocería en el fallo las razones por las cuales se le condena, sin que hubiese tenido oportunidad de controvertirlas.

A efectos de basar materialmente el cargo, se destaca que la acusación versó sobre el delito de estafa –transcribe algunos apartados de la resolución de acusación que motivan la definición típica de la conducta punible-, para lo cual se estudió la estructura del mismo y las que se entendió maniobras engañosas ejecutadas por el acusado.

A su vez, prosigue el demandante, el fallo de primer grado condenó por la ilicitud objeto de acusación, lo que llevó a la defensa a atacar en apelación lo decidido, para cuyo efecto se analizó la estructura del punible de estafa a fin de verificar que no se cubrían todas las exigencias típicas del mismo (transcribe el casacionista lo pertinente de la apelación).

De esta manera, agrega, si la tensión dialéctica se forma entre el contenido del fallo de primer grado y los motivos de inconformidad del apelante, no podía el ad quem apartarse de esos límites para entronizar argumentos distintos, dado que con ello se sorprende a la defensa impidiéndole el derecho de contradicción.

Cuando la defensa enfiló sus argumentos hacia la inexistencia del delito de estafa, recaba el impugnante, el Tribunal solo podía determinar si efectivamente el delito se ejecutó o no para, en el segundo caso, absolver al acusado.

Sin embargo, sostiene el demandante, en lugar de absolver al procesado cuando determinó inexistente el delito en cuestión, decidió el Tribunal referenciar la materialidad de un delito distinto, abuso de confianza, por el cual terminó condenado.

Advierte el casacionista que los elementos configurantes del delito de abuso de confianza distan bastante de los que conforman la estafa, en tanto, reclaman de la apropiación de un bien mueble recibido por título no traslativo de dominio.

De esta figura, destaca el defensor, no se defendió el procesado y por ello fue sorprendido con la sentencia de segunda instancia.

Por ello, solicita que la sentencia de segunda instancia sea anulada para que se profiera un fallo absolutorio.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

Cargo Primero

Luego de resumir la verificación realizada a las piezas procesales, la Procuradora Delegada advierte que jamás se intentó rectificar la dirección errada asumida como propia

del acusado por la Fiscalía, pues *“únicamente se limitó a la dirección errónea aportada por la denunciante”*.

Determinada nula la actividad de la Fiscalía para obtener la comparecencia del procesado, con lo cual le impidió ejercer la defensa técnica y material, cuestiona la representación del Ministerio Público que a pesar de conocer su profesión, ni siquiera se hubiese oficiado al Consejo Seccional de la Judicatura a efectos de verificar su domicilio, o adelantado búsqueda en entidades crediticias y de Seguridad Social.

Destaca la Procuradora que la declaratoria de persona ausente no opera como medida alternativa sino residual de vinculación penal, únicamente atendible cuando no es posible hacer comparecer al acusado, previas diligencias razonablemente encaminadas a ese efecto.

Luego de citar jurisprudencia de la Corte referida al tema¹, la Delegada destaca que el daño se superlativizó en el caso concreto, dado que la labor investigativa fue adelantada, toda, a espaldas del procesado, sin que contase tampoco con defensa técnica, como quiera que el defensor designado se posesionó apenas ad portas del cierre instructivo.

¹ Radicado 28115, del 8 de mayo de 2008.

Atinente al segundo argumento presentado en el cargo por el demandante, referido a la inactividad de quien fuese designado defensor de oficio, la Procuradora entiende que, en efecto, el profesional del derecho no realizó tarea adecuada en pro de los intereses del acusado y ello fue prohiado por los funcionarios judiciales, quienes, una vez percatados de la omisión, debieron anular el trámite desde el cierre investigativo.

Estima la representación del Ministerio Público, acorde con lo reseñado, que efectivamente fueron vulneradas las garantías del procesado, razón por la cual debe prosperar el cargo y, en consecuencia, decretarse la nulidad de lo actuado desde el cierre de la investigación, inclusive.

Cargo Segundo

A fin de referirse a lo propuesto por el demandante, la Procuradora parte por destacar que la jurisprudencia presentada como apoyo (radicado 30.291), no guarda identidad fáctica con lo que aquí se analiza, pues, allí se alude a la incorporación de agravantes no consignadas en la acusación, al tanto que lo ahora estudiado refiere al cambio de descripción típica del delito, pero no para agravar, sino en aras de atemperar la respuesta punitiva.

Hecha la precisión, se ocupa la representación del Ministerio Público, de examinar el tema de la congruencia y su consagración en el espectro penal colombiano, hasta derivar en jurisprudencia hito de la Corte² referida a las posibilidades que ofrece el artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

De allí concluye que existe absoluta identidad personal, fáctica y de hipótesis delictiva, en lo realizado por el Tribunal al demediar el cargo de estafa hacia el abuso de confianza, conservándose la integridad fáctica de lo sucedido, en actuación que se corresponde con los parámetros establecidos por la ley y la jurisprudencia de la Corte para facultar esa intervención.

Concluye la Delegada, así, que *“estamos en presencia de delitos contra el patrimonio económico, en el cual (sic) la nueva calificación mantiene todos los elementos descriptivos del tipo inicialmente atribuido, pero una punibilidad sustancialmente menor, por lo que en nuestro criterio este cargo no tiene vocación de prosperidad.”*

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

² Radicado 18457, del 14 de febrero de 2002.

Como quiera que ambos cargos se dirigen a obtener la nulidad de parte de lo actuado, en seguimiento del principio de prioridad –respetado por el casacionista en su presentación ordenada-, la Sala examinará en primer lugar el cargo que más amplio espectro invalidante contiene, en el entendido que, si se determina necesario acceder a las pretensiones allí consignadas, ya no hay lugar a examinar el concurrente.

Cargo Primero

La Sala advierte de entrada cómo asiste la razón al demandante, respaldado por el Ministerio Público, cuando significa gravemente conculcadas las garantías del procesado por ocasión del error en que incurrió la Fiscalía al momento de consignar la dirección de citación para indagatoria, y la ostensible molición subsecuente, representada en la ninguna actividad realizada en aras de lograr su comparecencia.

En este sentido, para precisar la magnitud de lo ocurrido se hace necesario acudir a lo que el trámite procesal enseña respecto de la vinculación residual operada con el procesado JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ.

Se lee, entonces, en la denuncia suscrita por el representante de la víctima, que el denunciado es “*vecino de*

la ciudad de Barranquilla, Atlántico residenciado en la dirección Calle 68B #63-38, Barrio Bellavista...”³.

En el auto de apertura de la instrucción, ordinal 3°, se dispone vincular⁴ “...mediante indagatoria al señor JULIO FLOREZ JIMENEZ, para lo cual se señala la fecha del 28 de julio de 2008 a las 8:30. Cítese para tal efecto a la calle 68B N° 63-68 de esta ciudad”.

Y, en efecto, las citaciones expedidas a nombre de JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ, fueron enviadas, como se registra en la copia obrante al folio 45 del cuaderno original 1, a la calle 68B N° 63-68.

El 4 de noviembre de 2008, la Fiscalía dictó un auto de impulso procesal, en el cual dispuso de nuevo citar a indagatoria⁵ a JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ “*ubicable en la Calle 68 B # 63-68 de esta ciudad*”.

Conforme lo ordenado, la citación⁶ se envió a la calle 68B # 63-68 de Barranquilla.

El 30 de marzo de 2009⁷, por tercera vez se ordenó citar a indagatoria a JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ “*localizable en la Calle 68B # 63-68 de esta ciudad*”.

³ Folio 3 del Cuaderno Original 1.

⁴ Folio 43 del Cuaderno Original 1.

⁵ Folio 49 del Cuaderno Original 1.

⁶ Folio 51 del Cuaderno Original 1.

En entrevista⁸ sostenida por la Policía Judicial con JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ, surtida el 13 de julio de 1990, señaló el funcionario que este registra como dirección de notificación la “*CALLE 68B N° 63-38*”.

El 30 de septiembre de 2009, la Fiscalía dispuso el embargo especial del inmueble objeto de discusión. Allí mismo⁹ ordenó la conducción para indagatoria de JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ “*ubicable en la Calle 68 B # 63-68 de esta ciudad*”.

El oficio¹⁰ enviado para el efecto al comandante del CAI del sector, consigna como dirección de la persona sujeta a conducción, la calle 68 B # 63-68.

El 21 de enero de 2010, se reiteró¹¹ la orden de conducción de JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ, a quien se relacionó residir en la calle 68 B N° 63-68.

Y, el oficio subsecuente dirigido al funcionario de policía registró igual dirección¹².

⁷ Folio 66 del Cuaderno Original 1.

⁸ Folio 72 del Cuaderno Original 1.

⁹ Folio 90 del Cuaderno Original 1.

¹⁰ Folio 94 del Cuaderno Original 1.

¹¹ Folio 104 del Cuaderno Original 1.

¹² Folio 107 del Cuaderno Original 1.

Ya luego, el 9 de junio de 2010, se declaró persona ausente a JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ, en cuyo favor se designó defensor oficioso.

Cabe precisar que a partir de la declaratoria de persona ausente de FLÓREZ JIMÉNEZ, no registra el expediente que volviera a ser citado este, ni tampoco reposan certificaciones u oficios encaminados a determinar su sitio de ubicación o residencia.

El panorama al detalle descrito permite advertir cómo resultaba imposible, con los medios utilizados por la Fiscalía, obtener la efectiva comparecencia del procesado.

En primer lugar, porque la dirección a la que se envió reiteradamente la citación, al comienzo, o que registró la orden de traslado entregada a la Policía, después, se encontraba equivocada, no porque se haya cometido un yerro en la denuncia después repetido por la Fiscalía, como postula en su concepto la Procuradora, sino en atención a que el ente instructor leyó equivocadamente el dato consignado en el escrito denunciatorio presentado por la representación legal de la afectada.

En efecto, tal cual se subrayó en el decurso procesal atrás resumido, la denuncia consigna expresamente como sitio de residencia del denunciado la calle 68 B # 63-**38**,

pero equivocadamente la Fiscalía, desde el principio, consignó a título de lugar de citación del procesado, la calle 68 B # 63-**68**.

Huelga anotar que el yerro de la Fiscalía carece de explicación, pero comporta unos efectos superlativos, pues, tornó absolutamente nugatoria la posibilidad de que por vía de la citación o la orden de conducción pudiera el procesado conocer del trámite seguido en su contra o acudir a rendir las explicaciones que estimase necesarias.

En segundo término, contrariando la naturaleza y sentido de la vinculación procesal, al ente instructor nunca le interesó lograr la efectiva comparecencia del procesado, dado que se limitó a enviar las citaciones a la dirección errada y una vez comprobada la inasistencia, automáticamente determinó la necesidad de declararlo persona ausente.

Huérfano se halla el plenario de algún tipo de actividad, así fuese mínima, encaminada a verificar el lugar de ubicación de la persona a vincular, o cuando menos, darle a conocer la existencia del proceso seguido en su contra.

Está claro, además, que el abogado JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ, no se hallaba en actitud de evadir a la justicia o impedir su citación.

Todo lo contrario, citado adecuadamente a su dirección correcta, accedió a rendir la entrevista pedida por el funcionario de Policía Judicial e incluso acudió a la citación que respecto del proceso disciplinario, le hizo el Consejo Seccional de la Judicatura.

Nunca se escondió el procesado, ni lo suyo correspondió al deseo de evadir a la justicia o dilatar el trámite.

Eso sí, no puede afirmarse que en atención a la entrevista rendida ante la Policía Judicial, JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ debía conocer de la existencia del proceso penal seguido en su contra o de la necesidad de acudir a indagatoria.

Todo lo contrario, precisamente por tratarse de una entrevista, el acusado no podía colegir que efectivamente habría de citársele a indagatoria o que se le seguiría proceso penal.

El contenido de la diligencia, por lo demás bastante escueto, transcrito en cuatro líneas, permite advertir que al abogado apenas se le pedía rendir una explicación sobre un punto específico: el conocimiento antelado suyo de la revocatoria que del poder otorgado hizo la afectada.

A ello respondió apenas: *“No nunca fui informado por ella ni por la notaría 7 del círculo de Barranquilla ni por ninguna otra persona”*.

Esto fue lo único que contuvo la entrevista, en la que, huelga anotar, no contó con abogado el entrevistado, por tratarse de un elemento de verificación inicial por completo ajeno e incluso anterior a la vinculación penal.

A partir de allí, no podía conocer el procesado que efectivamente fue abierta investigación en su contra o que se le citaría a indagatoria. Máxime si, se resalta, cuando se le requirió para entrevista fue citado a la dirección correcta y después nunca más se le llamó a esta.

Para la Sala aparece evidente que la fiscalía no hizo lo posible para hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria, incumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 344 de la Ley 600 de 2000, que establece los presupuestos necesarios para proceder a la declaratoria de persona ausente

Y no es este, como pareció entenderlo el ente instructor, un simple requisito formal que vaya encaminado únicamente a hacer eventualmente efectiva la condena a imponer, sino el medio necesario para garantizar real,

efectiva y oportuna defensa al procesado quien, cuando menos, como garantía fundamental insustituible, tiene derecho a saber que en su contra se sigue una investigación penal, en aras de que la misma no se adelante a sus espaldas, con grave cercenamiento del derecho de defensa, como aquí ocurrió, vista la omisión de quien fue llamado en principio a representarlo en el proceso, lo que más adelante se detallará.

Sobre el tópico ya deviene reiterada y pacífica la jurisprudencia de esta Sala y de la Corte constitucional.

La segunda de las Corporaciones en cita sostuvo¹³:

2) Previamente a la declaración de persona ausente, el fiscal debe realizar todas las diligencias necesarias utilizando los medios y recursos idóneos con el fin de comunicar al imputado la existencia de un proceso en su contra.

El Estado tiene el deber de comunicar oportunamente a la persona involucrada la existencia del proceso que cursa en su contra, e incluso la existencia de la indagación preliminar cuando ésta se adelante¹⁴, y el imputado esté identificado, con el objeto de que pueda ejercer desde el inicio de la investigación su derecho de defensa. Para ello, el funcionario judicial competente está obligado a utilizar todos los medios o instrumentos eficaces de que dispone, para lograr el objetivo propuesto, como por ejemplo solicitar

¹³ Sentencia C-488 del 26 de septiembre de 1996.

¹⁴En sentencia C-412 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, afirmó la Corte que "El derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona hasta el momento en que se la condene en virtud de una sentencia en firme (CP. art. 29), se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda, desde esta etapa, ejercer su derecho de defensa..."

la ayuda de la policía judicial, pues procurar la comparecencia del procesado a la diligencia de indagatoria es, no sólo un derecho de éste, sino un deber del funcionario instructor. Es por ello que la ley (arts. 375 y 376 C. P. P.¹⁵) concede facultades al fiscal para que profiera orden de captura a fin de lograr que el procesado comparezca a la indagatoria.

La declaración de persona ausente no puede ser la decisión subsiguiente al primer fracaso en encontrar al procesado, pues tal como lo consagra el mismo artículo 356, acusado, sólo es posible vincular penalmente a una persona ausente "cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria". Actuar de manera distinta comporta la nulidad de las actuaciones por violación del derecho de defensa.

En este orden de ideas, no le asiste razón al actor cuando afirma que el trámite previsto para vincular al procesado se limita a la fijación del edicto, pues ésta no es más que una formalidad que opera una vez se han agotado todos los medios materiales de que dispone el Estado para la comunicación del proceso.

El término y lugar dispuestos en la norma para la fijación del edicto (5 días en lugar visible del despacho), así como el plazo previsto para la ejecución de la aprehensión, cuando la comparecencia se intenta a través de orden de captura (10 días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades competentes), son razonables para el ejercicio de los derechos y actuaciones correspondientes y no vulneran, en consecuencia, ningún derecho fundamental del procesado.

(...)

¹⁵El artículo 375 del C. de P.P. confiere facultad al Fiscal para librar orden escrita de captura para efectos de la indagatoria, "En los procesos por delitos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años y en los casos previstos en el artículos 397 de este Código"; el artículo 376 consagra la captura para el cumplimiento de la diligencia de indagatoria cuando el imputado haya sido citado y no comparezca.

Es de destacar que la búsqueda del procesado para efectos de informarle sobre la existencia del proceso no se agota con la declaración de persona ausente. Este mecanismo que permite nombrar o designar un defensor que represente al procesado ausente y con él adelantar el proceso, no sustituye la obligación permanente del funcionario judicial de continuar la búsqueda cuando del material probatorio recaudado en el curso de la investigación se hallen nuevos datos que permitan la ubicación del procesado, evento en el cual se debe proceder a comunicarle, en forma inmediata, la existencia del mismo, so pena de vulnerar el derecho de defensa del afectado.

Cabe anotar que la Fiscalía, imposibilitada, por su yerro, de obtener la comparecencia del procesado para rendir indagatoria, lejos de persistir en su búsqueda, cesó incluso en la tarea de seguirlo citando así fuese a la dirección equivocada.

En consonancia con lo advertido por la Corte Constitucional, esta Sala ha anotado¹⁶:

La Corte ha sido reiterativa en sostener que la vinculación del imputado al proceso mediante declaración de persona ausente, no es un procedimiento alternativo al de vinculación personal (mediante indagatoria), sino residual o supletorio, al que solo puede llegarse 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).

También ha dicho que en desarrollo de la actividad orientada a lograr que el sindicado concurra a rendir

¹⁶ Sentencia del 6 de junio de 2002, radicado 14.722.

indagatoria, el Estado está en el deber de agotar todas las opciones razonablemente posibles para hacerlo, atendiendo 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: (1) Que no fue posible su localización, no obstante haberse agotado los medios disponibles para lograrlo; y (2) 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 (Cfr. Casación de 18 de diciembre del 2000, Magistrado Ponente Dr. Mejía Escobar, entre otras).

En ambas hipótesis, la ley ordena cumplir ciertos pasos previos antes de proceder a la vinculación en ausencia: (1) citación a indagatoria; (2) orden de captura; y (3) emplazamiento, siendo cada uno de ellos presupuesto indispensable del siguiente, aunque del primero puede prescindirse cuando el delito por el que se procede permite librar directamente la captura, o no ha sido posible establecer la dirección concreta del implicado (artículos 356, 375 y 376 del Código bajo cuya vigencia se cumplió el trámite del proceso, y 336 del actual).

Lo importante, sin embargo, para que el acto de vinculación en ausencia sea legítimo, y pueda entenderse garantizado el derecho de defensa, no es simplemente que se cumplan los pasos indicados, sino que el funcionario instructor haya realizado las gestiones necesarias para establecer el lugar o dirección donde puede ser localizado el imputado, y que los datos obtenidos sean incluidos correctamente en las citaciones telegráficas, y en las comunicaciones enviadas 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 órgano judicial, o equivocadamente transmitidos a las entidades encargadas de su búsqueda.

En el presente caso, como lo sostiene la Delegada en su concepto, se incurrió en doble falencia: (1) no se ordenaron las pruebas necesarias en procura de lograr la ubicación

de la implicada para que concurriera a rendir indagatoria, existiendo en el proceso información que permitía hacerlo, y (2) no se incluyó correctamente en las citaciones telegráficas remitidas a ella, ni en las órdenes de captura enviadas a los órganos de seguridad, la dirección que de su residencia aparecía registrada en el proceso.”

La absoluta identidad fáctica de lo contemplado en la jurisprudencia transcrita, con lo que aquí se examina, releva de mayores argumentaciones ante la claridad y contundencia de la postura de la Sala, que en todo se aviene con los yerros omisivos destacados en la investigación que se revisa, pues, no solo obvio flagrantemente la instancia instructora hacer lo necesario para vincular adecuadamente al procesado, informándole de la existencia del proceso adelantado en su contra, sino que el único medio al cual se acudió, citación a la residencia, consignó información errada, resultando, en consecuencia, inane para el fin que se buscaba.

No fue gratuito, entonces, que el proceso discurriese sin ninguna intervención del acusado, simplemente porque este no conocía de su existencia.

Ello por sí solo, desde luego, faculta casar la sentencia ordenando la nulidad, para que se rehaga el trámite espurio y sea permitido que desde un comienzo intervenga el procesado.

En este punto, debe precisar la Sala, por virtud de lo consignado en el fallo de segundo grado, en cuanto negó similar solicitud de la defensa, que en tratándose de la afectación profunda a una garantía básica del procesado, no se hace necesario demostrar un concreto daño, dentro de los presupuestos que gobiernan las nulidades y, en particular su correctivo de trascendencia, dado que se trata de un vicio que afecta por sí solo el debido proceso y el derecho de defensa material, vista la absoluta imposibilidad de que el procesado conociera de la existencia del trámite penal, acudiera a rendir las explicaciones al mismo o siquiera pudiera designar abogado que lo representase adecuadamente.

No puede pasarse por alto, en este sentido, que la declaratoria de persona ausente comporta una connotación procesal inescapable, pues, se erige en forma supletoria –que no alternativa, como parecen estimarlo la Fiscalía y el fallador de segunda instancia- de vinculación penal, en cuanto hito procesal necesario para dar comienzo al trámite formalizado, del cual dependen los consecuentes de resolución de situación jurídica –en los casos en que la Ley 600 de 2000 lo exige-, acusación, audiencia preparatoria, audiencia de juzgamiento y fallo.

Por manera que, si a esa declaratoria se llega por un camino ajeno al legal, vale decir, sin intentar primero

recoger la indagatoria de la persona o agotar los medios necesarios para lograr su comparecencia, se afecta no solo el derecho de defensa, sino la estructura misma del proceso.

Es por esto que sorprende la postura del Tribunal cuando, sin la mínima ponderación o balanceo de derechos, de buenas a primeras advierte que decretar la nulidad conduce a la dilación del proceso y, en últimas, a la posibilidad de prescripción del mismo, con afectación de los derechos de las víctimas.

Ahora, en el caso examinado, además, es posible advertir que, en efecto, la errada forma de vinculación penal sí produjo daño efectivo y concreto al derecho de defensa del acusado, pues, basta verificar cómo el defensor asignado a su favor careció de oportunidad dirigida a solicitar pruebas o controvertir en la instrucción las recogidas –que, en este orden, representan el adelantamiento de la investigación completamente a espaldas del acusado-, dado que para ese momento se hallaban más que vencidos los términos de la instrucción y de inmediato se cerró la misma.

Pero además, la actuación del abogado se representó meramente nominal, dado que ninguna intervención efectiva realizó, por fuera de notificarse de las decisiones.

Y si bien, puede sostenerse que esa inactividad patente del profesional del derecho obedece, precisamente, a la no comparecencia del acusado, por la imposibilidad de conocer sus explicaciones y a partir de allí enfilarse el mejor método defensivo, no puede pasarse por alto que la ausencia del procesado no operó consecuencia de su querer consciente, sino de la inactividad de la Fiscalía y el ostensible error cometido en su citación.

De ello se sigue elemental que si bien, la precariedad defensiva no puede atribuirse por entero a negligencia del abogado, sí es factible remitirla a la imposibilidad de comparecencia del acusado, fruto del actuar irresponsable del ente instructor.

Desde luego, como se anotó, el solo hecho de que no se hubiese realizado lo necesario para obtener la comparecencia del acusado, representa clara violación de garantías que demanda del remedio máximo de la nulidad, operando este como el factor decisivo que tomará en cuenta la Corte, en seguimiento del principio de trascendencia, pues, abarca hacia atrás el mayor espectro de afectación.

En consecuencia, se dejará sin efecto lo actuado a partir, inclusive, del proveído que declaró persona ausente

al procesado, en cuanto forma de vinculación penal accesoria.

Huelga anotar que el efecto invalidante de lo ahora examinado torna innecesario referirse al segundo cargo propuesto en la demanda, que abarca un espectro de nulidad mucho menor.

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

R E S U E L V E

Primero: CASAR la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, conforme la demanda presentada a favor de JULIO FLÓREZ JIMÉNEZ.

Segundo: Declarar la nulidad de lo actuado en contra de éste, a partir, inclusive, del auto expedido por la Fiscalía Seccional de Barranquilla, el 9 de junio de 2010, por medio del cual se declaró persona ausente al procesado. Remítase lo actuado a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria