CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA
Magistrado Ponente

SP6420-2016
Radicación N° 43809
Aprobado Acta Nº153

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Sala el recurso de casación presentado en nombre de ÁLVARO HERRERA HERRERA, contra la sentencia proferida en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la cual confirmó la emitida en el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito (Adjunto de Descongestión) de esta ciudad en la que fue condenado con Juan Nepomuceno Luna Guerrero

como coautor de los delitos de fraude procesal y obtención de documento público falso agravado por el uso.

I. SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. El inmueble ubicado en la calle 84 Nº 14-00 de Bogotá, propiedad de Santander Eliecer Mafioly Cantillo, se hallaba embargado en un asunto civil y el 11 de junio de 2004 sobrevino la orden judicial para cancelar esa medida; sin embargo, como la secuestre, Martha Martínez Buendía, entrabó la entrega del bien a su dueño, éste el 27 de julio siguiente solicitó un certificado de libertad y tradición en el que observó una anotación (la Nº 18) según la cual el 10 de junio anterior él habría vendido el predio a ÁLVARO HERRERA HERRERA mediante la Escritura Pública Nº 1471 de la Notaría 11 del Círculo de Bogotá.

El señor Mafioly Cantillo se dirigió enseguida a tal oficina y tras obtener copia del acto notarial observó que la tradición de su inmueble se hizo mediante un poder general conferido a Juan Nepomuceno Luna Guerrero a través de la Escritura Pública Nº 3569 de 26 de diciembre de 2003 de la Notaría 56 del Círculo de Bogotá, despacho en el que constató que para ese trámite fue empleada una copia de su anterior cédula de ciudadanía pero adulterada[1].

2. Tras una dilatada indagación previa, el 20 de enero de 2009 fue abierta la investigación formal y se ordenó recibir indagatoria a Juan Nepomuceno Luna Guerrero y ÁLVARO HERRERA HERRERA, empero como éstos no fueron ubicados, su

[1] Cuaderno # 1, folios 1-28, 29, 33, 66-68 y 73-83.

vinculación se materializó el 29 de octubre de 2010 mediante declaración de persona ausente, tras lo cual, sin que se les hubiese definido previamente la situación jurídica, el 9 de mayo de 2011 el instructor clausuró el ciclo instructivo y el 18 de julio siguiente precluyó la investigación por el delito de estafa por prescripción y profirió contra aquéllos resolución de acusación como coautores de los delitos de obtención de documento público falso, agravado, y fraude procesal (Ley 599 de 2000, artículos 288, 290 y 453), pliego de cargos que alcanzó ejecutoria el 3 de agosto de 2011[2].

3. La fase de la causa correspondió al Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá, oficina en la que el 29 de marzo de 2012 se profirió contra los acusados fallo condenatorio, y en tal virtud a cada uno les fue impuesta pena principal de sesenta (60) meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso; además, no les fueron concedidos los subrogados penales[3].

4. Una vez cobró ejecutoria la reseñada decisión, el expediente fue remitido al Juzgado Once Penal de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, cuyo titular al constatar que en el trámite procesal nunca se solicitó la captura de los implicados, el 24 de septiembre de 2012 envió las respectivas órdenes para la ejecución de la condena, con base en las cuales el 29 de enero de 2013 se hizo efectiva la de Juan Nepomuceno Luna Guerrero, en tanto que la de ÁLVARO HERRERA HERRERA se concretó el 5 de agosto siguiente[4].

[2] Cuaderno # 1, folios 195, 219, 220, 240 y 246-253.
[3] Cuaderno # 2, folios 2 y 36-51.
[4] Cuaderno de Ejecución de Penas, folios 21-28, 30-34, 35-38 y 191-194.

5. Luego, a raíz de la acción de tutela promovida por el últimamente citado a través de un abogado de confianza, mediante decisión de 6 de septiembre de 2013 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá amparó la garantía fundamental del debido proceso al encontrar que en efecto el fallo de primer grado no fue notificado en debida forma. En consecuencia, invalidó parcialmente la actuación para que con sujeción a la ley se rehiciera el trámite correspondiente, y dispuso la libertad inmediata de HERRERA HERRERA, medida que el Juez de Ejecución de Penas hizo extensiva también a Luna Guerrero[5].

6. Corregida la actuación invalidada, el fallo condenatorio de primera instancia fue apelado por el defensor de HERRERA HERRERA, y el 19 de diciembre de 2013 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió la impugnación en el sentido de confirmar la decisión cuestionada. Contra esa sentencia de segundo grado el mismo sujeto procesal formuló el recurso de casación, cuya demanda la Corte admitió[6].

II. LA DEMANDA

7. La asistencia técnica de ÁLVARO HERRERA HERRERA propuso tres reproches, dos con apoyo en la causal tercera de casación, y otro, subsidiario de los anteriores, con sustento en la causal primera, cuerpo segundo, cuyos fundamentos son:

[5] Cuaderno de Ejecución de Penas, folios 200, 201, 206-214, 284-295 y 296-299.
[6] Cuaderno # 2, folios 84-95, 96, 104, 105 y 108-114. Cuaderno del Tribunal, folios 4-13, 21 y 26-64.

7.1. Como primer cargo y con carácter principal refiere el censor que las sentencias fueron emitidas en un proceso viciado de nulidad por ausencia absoluta de defensa técnica, tanto en la fase de instrucción como en la de juzgamiento.

Luego de explicar la importancia de la garantía vulnerada y de rememorar decisiones de esta Corporación acerca de la misma, señala que en el presente asunto pese a que desde un principio se supo el nombre de los eventualmente partícipes en los sucesos, entre ellos su representado, respecto de éstos nunca se desplegó labor para enterarlos de la indagación previa, la cual se extendió por más de cuatro años (entre el 23 de agosto de 2004 y el 20 de enero de 2009), tiempo en el que la Fiscalía recaudó la prueba concerniente a la materialidad de los delitos, pero en el mismo lapso no adoptó medida alguna para asegurar el derecho a la defensa de su prohijado.

Precisa que tras la apertura formal de la investigación (el 20 de enero de 2009), tampoco se efectuó acto concreto por parte del instructor para lograr que los sindicados comparecieran a rendir indagatoria, sino que los declaró personas ausentes y les designó un defensor común a ambos, sin considerar la eventual incompatibilidad de intereses, además que el respectivo profesional no concurrió a posesionarse del encargo, y éste fue reemplazado el 11 marzo de 2011 por otro abogado que aun cuando aceptó la designación, no desplegó gestión en beneficio de los intereses confiados.

En relación con esto último destaca que al aludido profesional no le mereció reparo el ostensible desbordamiento de los términos procesales, nada dijo por la ausencia de labores

concretas para ubicar a su representado, lo que condujo a la declaración de ausencia, ni por la omisión de resolverle la situación jurídica, no se notificó del cierre de investigación, y apenas se limitó a notificarse de la resolución de acusación contra la que no ejerció mecanismo de impugnación.

Explica que la inercia y falta de interés del abogado que fungía como defensor de los acusados fue también evidente en la causa, ya que aquél no elevó solicitud alguna en el término dispuesto para alistar el juicio, dejó de asistir a la audiencia preparatoria, y su intervención en el debate oral, aduce el censor, permite advertir cómo ese letrado ni siquiera se ocupó de actualizar su conocimiento acerca de los delitos imputados, y de ahí la intervención descontextualizada y abstracta que plasmó en la clausura de ese acto público, abandono que también constata en el hecho de que tampoco asistió a notificarse del fallo de primer grado.

En resumen, puntualiza que el ejercicio de la acción penal estatal en sus dos etapas fue adelantado en el presente asunto sin control ni oposición por parte de un abogado que asumiera con un mínimo de solvencia la defensa de su representado.

Con base en lo anterior solicita casar el fallo impugnado, para en su lugar declarar la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, de la providencia mediante la cual su prohijado fue vinculado mediante declaración de persona ausente.

7.2. Como subsidiario del anterior reproche, pero también por vía de la nulidad, refiere la vulneración del debido proceso en aspectos sustanciales, por cuanto el funcionario instructor

no atendió la obligación de definir la situación jurídica de los implicados, con sujeción al rito fijado en la Ley 600 de 2000.

Resalta cómo de acuerdo con el artículo 354 del citado ordenamiento penal adjetivo, la situación jurídica debe ser definida en todos aquellos eventos en los que se procede por delitos en los que es posible imponer detención preventiva, y dado que en el asunto estudiado al declarar persona ausente a su defendido se indicó que era, entre otros, por los de estafa y fraude procesal, ambos susceptibles de tal medida cautelar, era una obligación y no un simple acto discrecional adoptar el pronunciamiento que echa de menos.

Puntualiza que la irregularidad destacada quebranta de manera irreparable el artículo 29 de la Constitución Política por desconocer la garantía fundamental de observancia de la plenitud de las formas de cada juicio, además que el vicio es trascendente por cuanto se privó al sujeto pasivo de la acción penal de conocer el mérito dado por el funcionario a las pruebas de cargo frente a las conductas punibles imputadas, y en ese medida también se le cercenó el derecho a impugnar esa calificación jurídica, o exponer tempranamente irregularidades relevantes como en este caso lo fue la orfandad de defensa.

Apoyado en los anteriores planteamientos el actor pide declarar la nulidad a partir de la clausura de la investigación.

7.3. Por último, como cargo subsidiario de los anteriores, el demandante, con apoyo en la causal primera, cuerpo segundo, asevera que las instancias incurrieron en violación indirecta de la ley sustancial debido a falsos raciocinios en la

ponderación y mérito persuasivo de las pruebas técnicas practicadas en la indagación preliminar.

Precisa que el juicio de responsabilidad construido por los falladores a partir de lo que en concreto demuestran el dictamen de grafología y el de lofoscopia, se basó en múltiples indicios cuya característica es haber sido construidos sobre hechos indicadores equívocos de los cuales se pueden extractar múltiples conclusiones, todas insuficientes para arribar al grado de certeza exigido para emitir condena.

Al respecto destaca que la condición espuria probada frente la Escritura Pública Nº 3569 de 26 de diciembre de 2003 (presunto poder general otorgado por el denunciante a Luna Guerrero) no permite hacer inferencia acerca de la participación delictiva de su defendido, sencillamente porque no hay evidencia de que él hubiese intervenido en la consecución de tal documento falso.

Igualmente señala que aun cuando el nombre de su defendido aparece en la Escritura Pública Nº 1471 de 10 de junio de 2004 como comprador, la participación material de él en la venta fraudulenta a que se refiere ese instrumento los juzgadores la infirieron al enlazar ese acto con el poder falso que hizo posible la tradición, siendo claro para el demandante que el ad-quem conjeturó la coautoría de su representado sin sustento en algún postulado concreto de la sana crítica.

Advierte que como según la Escritura Pública Nº 1516 de 17 de junio de 2004, quien figura en calidad de comprador en el instrumento antes aludido otorgó poder general a una tercera persona para la administración de sus bienes, el

Tribunal concluyó que según las reglas de experiencia tal acto era para proceder a una cadena indefinida de enajenaciones, análisis que para el libelista es errado, pues en este asunto no existe o no se dio la aducida sucesión de tradiciones, es decir que la lógica del ad-quem se sustentó en una premisa falsa.

Por lo anterior solicita casar la condena emitida contra su prohijado, y en su lugar proferir fallo absolutorio, habida cuenta que del análisis objetivo de la prueba de cargo no se infiere la participación activa o pasiva de su prohijado en los hechos de los que se ocupó el presente proceso.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

8. La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal en relación con los cargos formulados rindió concepto en los siguientes términos:

8.1. Acerca del reproche principal por violación del derecho a contar de manera efectiva con defensa técnica, la agente del Ministerio Público asegura que no tiene vocación de prosperidad pues entiende que no obstante "*las múltiples comunicaciones*" que se hizo a los condenados, de su desatención "*se colige sin dificultad la ausencia total de interés por parte de los procesados por comparecer al proceso*", de suerte que como "*el principio de comunicación, al no constituir una garantía absoluta, no puede obligar a la administración de justicia a ejecutar lo imposible*".

Y agrega que "*frente a la evidencia probatoria, ningún planteamiento novedoso podía esgrimir la defensa técnica o material, en atención a que el ente investigador recogió todos los elementos materiales y evidencia*" con los cuales se demuestra la conducta punible, motivo por el que, asegura, al abogado que representó los intereses de los acusados "*no podría exigírsele una actividad diversa a la ejecutada en el presente evento o la realización de otras actuaciones que minimizaran la ausencia de los procesados en esta actuación*".

8.2. Frente al segundo cargo por vía de la nulidad, en el que se postuló la violación del debido proceso por cuanto el instructor incumplió la obligación legal de resolver la situación jurídica de los entonces investigados, la representante de la Procuraduría señala que no obstante ser cierto que el acto omitido es en efecto sustancial, también es verdad que, contrario a lo alegado por el censor, era menester demostrar la trascendencia de esa pretermisión.

A ese respecto indica que esta Corporación "*ha reiterado*" que la tutela del aludido derecho fundamental por omisión del pronunciamiento echado de menos "*tiene significativa importancia cuando va aparejada al principio de lealtad, lo cual supone la presencia activa del procesado y el ejercicio del derecho a la defensa tanto material como técnica*", cuando a pesar de esa "*activa participación*" "*el operador jurídico se abstiene de manera injustificada de informarle que la administración de justicia ha encontrado en su comportamiento elementos de los cuales se desprende la posible comisión de una conducta que en apariencia va en contra del régimen jurídico*".

Luego de transcribir un fragmento de la decisión de esta Sala (AP 24 oct. 2007, rad. Nº 25981) de la cual habría extractado

el anterior entendimiento, el Ministerio Público sostiene que como en este asunto no se concretó esa "*activa participación*" de los procesados, sino que éstos, por el contrario, "*eludieron en forma sistemática su presencia a través de toda la instrucción y la causa*", la alegada vulneración de garantías carece de fundamento dado que "*fue evidente su total despreocupación por asistir al proceso y dar una explicación sobre la ejecución de los hechos investigados*".

8.3. Finalmente, en cuanto a la tercera censura por violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de valoración probatoria, la Procuradora sostiene que: *i)* los resultados de las labores desplegadas por la Policía Judicial que hicieron ostensible "*el ocultamiento del procesado* [recurrente] *y su sistemática negativa a concurrir al proceso*"; *ii)* la acreditación de "*anotaciones por el delito de hurto en la ciudad de Bogotá, así como una solicitud de antecedentes proveniente de Ibagué*" respecto de aquél; y *iii)* la ausencia de alguna reacción del procesado frente a la cancelación del registro de la venta realizada mediante la Escritura Publica 1471 de 10 de junio de 2004, lo cual era de esperarse si en verdad hubiese obrado como un comprador legítimo, permitieron a los juzgadores deducir con acierto la participación del acusado en el entramado delictivo, razón por la que las críticas sobre la estimación de las pruebas no están llamadas a prosperar.

IV. CONSIDERACIONES

9. Como la demanda presentada por el apoderado de ÁLVARO HERRERA HERRERA fue declarada ajustada a derecho,

la Sala tiene el deber de resolver de fondo los problemas jurídicos planteados en el escrito, en armonía con los fines de este mecanismo extraordinario, orientados a: la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes, y unificar la jurisprudencia, tal como lo estipula el artículo 206 de la Ley 600 de 2000.

Para ello, la Corte debe desentrañar, en aras del eficaz desarrollo de la comunicación establecida, lo correcto de las diversas aserciones empleadas por sus interlocutores, para referirse a cada postura desde la perspectiva jurídica más coherente y racional posible.

Por lo tanto, en atención al principio de prioridad que gobierna este recurso extraordinario, la Sala se ocupará de los dos primeros cargos por nulidad, pues observa, al contrario de lo sostenido por la Delegada de la Procuraduría, que como lo propone el censor, durante la fase instructiva se configuraron de manera insubsanable los vicios que denuncia, los cuales lesionaron de manera grave y trascendente las garantías fundamentales del derecho a la defensa y al debido proceso, razón por la que, en consecuencia, la Corte queda relevada de estudiar el reproche acerca de la violación indirecta de la ley.

10. La Constitución Política prevé en su artículo 29 que quien sea sindicado de una conducta punible tiene derecho a la defensa, garantía superior erigida como norma rectora en el artículo 8 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal que gobernó el presente asunto.

El derecho de defensa también está consagrado y desarrollado en diversos *Tratados Internacionales*, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14. 3. b y d[7] (Ley 74 de 1968), y en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8. 2. d y e[8] (Ley 16 de 1972), instrumentos que hacen parte del llamado *Bloque de Constitucionalidad* (Constitución Política, artículo 93), cuya aplicación también está prevista en el citado ordenamiento penal adjetivo (Ley 600 de 2000, artículo 2).

Además, esta prerrogativa integra el debido proceso en sentido amplio y, como se sabe, está integrada por un doble cariz: de una parte, el derecho a contar de manera real, efectiva, permanente e ininterrumpida con la asistencia de un abogado, de confianza o provisto por el Estado; y de otra, la facultad de intervenir directamente en resguardo de los propios intereses, actividad esta última que se manifiesta, entre otras formas, mediante el derecho a ser oído.

10.1. En tratándose de la asistencia jurídica *cualificada* o *técnica* durante la investigación y juzgamiento, escogida por

---

[7] Artículo 14, numeral 3. *"Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) b) A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; (…) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.".*

[8] Artículo 8, numeral 2: *"Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.".*

el procesado o provista por el Estado, es por sí misma una garantía de rango superior autónoma e independiente, cuya 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 incriminado[9].

El Estado, mediante el aparato judicial, ejerce la potestad punitiva que le es inherente respecto de comportamientos que han vulnerado o puesto en peligro real o efectivo bienes jurídicamente tutelados, actividad que, de acuerdo con la doctrina, puede,

> *…ser refutada de dos maneras diferentes y paralelas: una, mediante la denominada defensa material, que es la que se lleva a cabo por el mismo imputado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades. (…) Paralelamente a esa defensa, se adhiere como exigencia necesaria en el proceso penal la defensa técnica, que es la ejercida por abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes; controlar la legalidad del procedimiento, el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo, la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de derecho; recurrir la sentencia condenatoria o la que imponga una medida de seguridad*[10].

---

[9] Cfr. SP 11 jul. 2007, rad. Nº 26827, y SP 6 sep. 2007, rad. Nº 16958.
[10] JAUCHEN, Eduardo M. *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni Editores. 2005. Pág. 154 y 155.

Tiene dicho la Corte[11] que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características sustanciales, a saber, intangible, real o material, y permanente, sin las cuales no puede aseverarse el respeto de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Fundamental.

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.

El carácter material o real implica que no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos y perceptibles de gestión defensiva que la vivifiquen, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia[12], y lo entiende la doctrina al indicar que:

> *Insoslayablemente debe ser un contraste o antítesis cuestionadora de la incriminación. Es imprescindible que el defensor agote pormenorizadamente una razonada refutación de las pruebas y fundamentos de cargo, tanto desde el punto de vista de hecho como de derecho. Pues va de suyo que la actividad del defensor que se allane, preste conformidad u omita cuestionar fundadamente algún extremo relevante de la acusación, equivale no sólo a una omisión de defensa en sí, sino además a trocar la posición para la cual está precisamente destinado, pues con tales posturas, que al fin son coadyuvantes a la acusación, se termina ubicando al imputado en peor situación que si la defensa se hubiese omitido (…).*
>
> *Si bien no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no lo releva de realizar un estudio serio de*

[11] Cfr. SP 19 oct. 2006, rad. Nº 22432.
[12] Cfr. SP490-2016, 27 ene. 2016, rad. Nº 45790.

las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo. (…) La imperativa forma que los actos de defensa técnica deben reunir para satisfacer la garantía constitucional (son) su necesariedad, obligatoriedad, realización efectiva y con contenido fundado en una crítica oposición a la tesis acusatoria. Toda defensa que no se consume bajo esos parámetros viola la garantía en cuestión y con ello el debido proceso legal, lo cual debe conducir, en tal caso, a la nulificación del proceso[13].

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 esos atributos, por ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido, e impone la declaratoria de nulidad.

De acuerdo con lo precisado por esta Corporación en criterio reiterado en asuntos gobernados por el modelo procedimental diseñado en la Ley 600 de 2000, constituye un deber-obligación del director del proceso (juez o fiscal) realizar un control constitucional y legal con el fin de verificar el respeto de los derechos fundamentales del procesado, examinando en detalle el ejercicio del derecho a la defensa[14].

De suerte que al constatar que esa garantía en su contenido técnico ha sido vulnerado, bien porque el nombramiento ha recaído en una persona que no se encuentra acreditada como abogada, o porque teniendo los

[13] JAUCHEN, Eduardo M. *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni Editores. 2005. Pág. 158, 160 y 161.
[14] Cfr. SP 8 may. 2008, rad. Nº 28115.

conocimientos jurídicos especializados su labor no se ha traducido en actos eficaces y reales de gestión defensiva, o porque 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.

En relación con el aseguramiento de la *defensa técnica* en eventos como el presente, esto es, cuando se adelanta en ausencia de la persona señalada de cometer una conducta tipificada como delito, por su armonía con el tema analizado, vale la pena traer a colación las siguientes reflexiones de la Corte Constitucional:

> *[N]uestro sistema de procedimiento penal acepta que se procese penalmente a un sindicado en su ausencia, posibilidad que, como ya lo ha establecido esta Corporación, encuentra plena aceptación a la luz del ordenamiento constitucional.*[15] *Ello requiere, empero, que dentro del proceso, los derechos e intereses de la persona ausente estén representados por un abogado defensor que, en la medida en que ello sea posible, aporte y controvierta pruebas e impugne las decisiones judiciales. El ejercicio de la función de defensoría de oficio de una persona ausente presenta ciertas dificultades específicas, pues la inasistencia del sindicado al proceso, además de imposibilitar la defensa material, limita las posibilidades de llevar a cabo una adecuada defensa técnica. Esto implica que, en estos casos, los defensores de oficio, —abogados titulados—, deben ser particularmente diligentes y por tanto, responden hasta por culpa levísima, correspondiente al nivel de experto, pues están representando los intereses de personas que, además de ver comprometida su libertad individual, no tienen la posibilidad de ejercer por sí mismo sus derechos*[16]*.*

[15] Sentencia C-488 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
[16] Cfr. Fallo de tutela T-957 de 17 de noviembre de 2006.

10.2. Ahora bien, en cuanto tiene que ver con el derecho de defensa desde su arista material, ninguna controversia despierta que para el imputado la incolumidad de esa garantía es sustancial con el fin de ser oído en persona para suministrar las explicaciones que estime pertinentes; vigilar directamente el desarrollo regular del procedimiento; ofrecer pruebas de descargo y controlar la producción de las de cargo; presentar alegatos para exponer las críticas de hecho (o incluso de derecho) acerca de la valoración de las pruebas y contra los argumentos acusatorios, y recurrir las decisiones adversas a sus intereses, en especial, la sentencia que imponga una pena o medida de seguridad.

En todo sistema procesal que acoja los estándares internacionales atrás rememorados, es carga del Estado garantizar las condiciones para que la persona señalada de ser autora o partícipe de una conducta punible pueda hacer cabal ejercicio de su facultad de *defensa material*, esto es, para que disponga como a bien tenga de esa garantía, de manera que una vez el Estado Jurisdicción le ha ofrecido la posibilidad cierta de activarla, pueda el procesado disponer cómo la desarrollará atendiendo su carácter renunciable.

Acerca de la necesidad de ofrecer al procesado la oportunidad real de comparecer personalmente al trámite penal para ejercer su defensa, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha señalado que,

> *…para satisfacer los derechos de defensa garantizados en el párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP, especialmente los enunciados en los apartados d) y e), todo proceso penal tiene que dar al acusado el derecho a una audiencia oral, en la cual se le permita comparecer en persona o ser representado por su abogado y donde pueda presentar pruebas e interrogar a los testigos*[17].

Y aun cuando el mismo organismo reconoce que el derecho del acusado a estar presente en el proceso no es absoluto y que dicha garantía puede franquearse cuando aquél entra en rebeldía, también ha precisado que frente a esas excepcionales y justificadas razones,

> *…las actuaciones in absentia son admisibles en algunas circunstancias (por ejemplo, cuando el acusado aunque informado de las actuaciones con suficiente anticipación, renuncia a ejercer su derecho a estar presente) en beneficio de una buena administración de justicia. Sin embargo, el ejercicio efectivo de los derechos que figuren en el artículo 14 presupone que se tomen las medidas necesarias para informarle con anticipación al acusado de las actuaciones iniciales contra él (art. 14, párr. 3 a). Los procesos in absentia requieren que, a la comparencia (sic) del acusado, se hagan todas las notificaciones para informarle de la fecha y lugar de su juicio y para solicitar su asistencia. De otra forma, el acusado, en especial, no dispondrá de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (art. 14, párr. 3 b), no podrá defenderse por medio de defensor de su elección (art. 14, párr. 3 d), ni tendrá oportunidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados*[18].

La Corte Constitucional también se ha pronunciado en relación con la garantía que le asiste a todo procesado de estar presente en los juicios penales para ejercer su derecho de defensa *material*. Así, al estudiar la constitucionalidad del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007, el cual modificó el 289 de

[17] Comité de Derechos Humanos, caso Rodríguez Orejuela. Colombia, párr. 7.3 (2002).
[18] Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 13, párr. 11.

la Ley 906 de 2004, luego de referirse a los preceptos internacionales (ya citados aquí) concernientes con esa prerrogativa, puntualizó:

> *…las normas transcritas en precedencia reconocen el '*derecho a hallarse presente en el proceso*' o a la intervención personal del sindicado en el proceso como una garantía del derecho al debido proceso penal que hace efectiva la defensa material del indiciado.*
> *(…)*
> *De acuerdo con la jurisprudencia nacional y extranjera, el derecho a la defensa material supone, entre otras garantías, el derecho del sindicado a comparecer personalmente al proceso, a enfrentar los cargos que pesan en su contra, haciendo el propio relato de los hechos, suministrando las explicaciones o justificaciones que considere pertinentes en su favor, también ejerciendo actos positivos de oposición a las pruebas de las cuales se desprende su señalamiento como posible autor o partícipe de la comisión de un delito, a ver el expediente y a escoger libremente el derecho a guardar silencio como estrategia de defensa. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus abogados, interrogar a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes, en tanto que la presencia del acusado es fundamental para el juicio justo.*
> (…)
> *Entonces, con el fin de obtener una correcta ponderación de los derechos e intereses en conflicto en el Estado Social de Derecho cuando el sindicado no ha acudido al proceso penal que, en síntesis, se reducen a proteger, de un lado, los derechos de la sociedad a la cumplida administración de justicia, a la resocialización de los delincuentes y de las víctimas a conocer la verdad, justicia y reparación de los daños y, de otro, los derechos del sindicado a hallarse presente en el proceso y a la defensa material y técnica, la Corte Constitucional ha concluido que <u>las investigaciones y juicios penales en ausencia se ajustan a la Constitución, siempre y cuando éstos constituyan la excepción a la regla general de presencia física y/o mediante abogado de confianza en el proceso penal y se hubieren adelantado todas las diligencias pertinentes y al alcance del funcionario competente para localizar al sindicado, de tal forma que pueda concluirse que él se esconde o que renunció voluntariamente a su derecho a hallarse presente en el proceso</u>* (subrayado ajeno al texto)[19].

11. Al aplicar los anteriores criterios decantados por la

[19] C-425 de 30 de abril de 2008, M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

doctrina y la jurisprudencia al devenir procesal del caso sometido a estudio, se aprecia el efectivo quebranto del derecho a la defensa tanto técnica como material del procesado.

11.1. Constata la Sala que desde la formulación de la queja penal (29 de julio de 2004), el instructor tuvo los datos acerca de la probable identidad de las personas involucradas en los hechos denunciados, entre ellos: Juan Nepomuceno Luna Guerrero y ÁLVARO HERRERA HERRERA, empero, al disponer la indagación preliminar sólo ordenó la práctica de dictámenes de grafología y dactiloscopia por parte del *Cuerpo Técnico de Investigación* (*CTI*) sobre las escrituras públicas obtenidas de manera fraudulenta, mas no requirió del mismo organismo (o de otro) actividad alguna para ubicar a los citados.

El fiscal se limitó a requerir de la Empresa de Teléfonos de Bogotá (*ETB*) los datos de quienes figuraban como suscriptores de los abonados 2656560 (escrito bajo el nombre de HERRERA HERRERA en la Escritura Nº1471), 2869032 y 7763765 (anotados bajo el nombre de Luna Guerrero en las Escrituras Nº 1471 y 3569, respectivamente)[20].

Y pese a que el juzgado civil que ordenó y luego levantó el embargo y secuestro del inmueble objeto del fraude, suministró la dirección y teléfonos de ubicación de la secuestre (Martha Martínez Buendía) que, según el quejoso, demoró la restitución del inmueble, nunca el instructor se preocupó de citarla para esclarecer su comportamiento frente a los hechos denunciados[21].

Sólo después de dos años (el 5 de julio de 2006) solicitó

[20] Cuaderno # 1, folios 13, 18, 29, 30 y 35.
[21] Cuaderno # 1, folio 57.

colaboración a la "*DIJIN*", no para conducir o hacer comparecer a HERRERA HERRERA y a Luna Guerrero, sino con la finalidad de que estableciera si "*aparecen afiliados a alguna entidad de salud o pensión, y en los sistemas crediticios*", labor que no fue atendida por ese organismo y tuvo que ser reiterada algo más de un año después (el 28 de septiembre de 2007)[22].

El 9 de junio de 2008 el aludido aparato policial suministró los resultados del trabajo de inteligencia confiado, informando al respecto que obtuvo de la Registraduría Nacional del Estado Civil copia de la tarjeta dactilar elaborada para la expedición de la cédula de ciudadanía Nº 14.225.245 de Ibagué, a nombre de ÁLVARO HERRERA HERRERA, y de la tarjeta de preparación del duplicado de la Nº 7.217.055 de Duitama, a nombre de Juan Nepomuceno Luna Guerrero.

Además, indicó que de acuerdo con las bases de datos consultadas, el primero de los citados se hallaba reportado en Ibagué como cotizante a la EPS Salud Total S.A., y tenía vínculo con la entidad Bancolombia, en la misma ciudad, por la expedición de una tarjeta de crédito vigente, en tanto que el segundo registraba similares nexos con el Banco de Bogotá, Sucursal Cúcuta, y con el BBVA en Bogotá[23].

Sin embargo, el mencionado organismo de policía no informó qué gestiones concretas realizó para ubicar a HERRERA HERRERA en la ciudad de Ibagué, no solo por los nexos con la entidad financiera y EPS aludidas, sino porque en la tarjeta de preparación de su cédula de ciudadanía figura como dirección

[22] Cuaderno # 1, folios 84, 85, 93, 98 y 100.
[23] Cuaderno # 1, folios 102 a 107.

de aquél "*B. Las Vegas, M.L. # 2, Ibagué*", información esta última que, dicho sea de paso, ya se conocía en el expediente desde hacía algo más de dos años, a raíz de los resultados del primer dictamen de dactiloscopia con los que se aportó la referida tarjeta dactilar (allegados el 2 de febrero de 2006)[24].

Tampoco señaló el organismo en cuestión (la *SIJIN-MEBOG*) qué pesquisas realizó para ubicar a Luna Guerrero en la ciudad de Cúcuta (de donde también según su cédula de ciudadanía era oriundo), o para hacer lo propio respecto de éste y HERRERA HERRERA en Bogotá, habida cuenta que según información suministrada a la actuación desde el 14 de septiembre de 2004 por la *ETB*, el abonado telefónico 2656560 figuraba como instalado en "*Timiza, Bloque JC, Entrada 3, Apartamento 401*", el 7763765 en la "*Calle 56 A Sur Nº 78M-12, Manzana 42 Interior 2 Apto 204*", y el 2869032 en la "*Calle 18 Nº 10-33 Local 189*"[25].

En favor del citado aparato de inteligencia impera destacar (lo cual no excusa su evidente ineficacia y superficialidad para cumplir la labor encomendada), que el funcionario instructor, pese a que dejó "*el expediente a disposición*" del investigador que fuera designado, omitió reportar en los dos oficios con los que requirió su colaboración, la información últimamente aludida.

Pretermisión a la cual se suma, en contra del cabal cumplimiento de la función del fiscal que dirigía la indagación, que aun cuando los números telefónicos aparecían bajo los nombres y firmas de HERRERA HERRERA y Luna Guerrero, respectivamente, en las Escrituras Públicas Nº 1471 y 3569, el

[24] Cuaderno # 1, folios 73-83.
[25] Cuaderno # 1, folio 44.

aludido funcionario de manera directa jamás libró oficios o telegramas a las direcciones indicadas por la *ETB* con el fin de citarlos; además, tampoco se ocupó, con base en la información transmitida por la SIJIN-MEBOG acerca de los vínculos de aquéllos con la EPS Salud Total S.A., con Bancolombia, Banco de Bogotá, y BBVA, de enviar a esas entidades solicitud de la información radicada por los investigados con ocasión de los nexos con las mismas.

11.2. Ahora bien, el 20 de octubre de 2008 se allegaron los resultados del segundo dictamen de dactiloscopia, los cuales revocaron el primero en cuanto a la "*uniprocedencia*" entre la impresión dactilar de Mafioly Cantillo estampada en la Escritura Pública Nº 3569 (poder general) y la registrada "*en la copia del informe de consulta técnica del sistema AFIS del cupo Nº 19.137.052*"[26], pues en la segunda experticia con base en las huellas originales tomadas directamente a aquél, se estableció que la plasmada en tal instrumento "*presenta caracteristicas impropias de una impresión original del dermatoglifo natural del índice derecho del citado, siendo por consiguiente, altamente probable un origen por reproducción mecánica (SELLO) elaborado a partir de la imagen de la impresión del índice derecho*" del denunciante[27].

En la segunda pericia el "*COTEJO DACTILOSCOPICO*" llevado a cabo entre la impresión dactilar de Juan Nepomuceno Luna Gurrero estampada en los originales de las Escrituras Públicas Nº 3569 (poder general) y Nº 1471 (venta del inmueble), con la "*huella dactilar, índice derecho, de la copia de la Tarjeta Alfabética de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a nombre* [del citado] *C.C. 7.215.055*" arrojó "*RESULTADO POSITIVO ya que se identifican entre sí, en*

[26] Cuaderno # 1, folios 74.
[27] Cuaderno # 1, folio 119.

su morfología, distribución topográfica y puntos característicos, es decir, provienen de una misma fuente […] quedando VERIFICADA LA IDENTIDAD, de acuerdo al soporte de la Registraduría"[28].

El mismo estudio practicado entre las impresiones dactilares sentadas junto a la firma que aparece como de ÁLVARO HERRERA HERRERA en los originales de las Escrituras Públicas Nº 1471 (venta del inmueble) y la Nº 1516 de 17 de junio de 2004 (por la cual aparece confiriendo poder a "*Medardo Alexander Serna Melo*" para la administración general de sus bienes), y "*la huella dactilar, índice derecho, de la copia Tarjeta Alfabética de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a nombre* [de aquél] *C.C. 14.225.245*" arrojó "*RESULTADO POSITIVO ya que se identifican entre sí, en su morfología, distribución topográfica y puntos característicos, es decir, provienen de una misma fuente […] quedando VERIFICADA LA IDENTIDAD, de acuerdo al soporte de la Registraduría*"[29].

De acuerdo con esos resultados el 20 de enero de 2009 el instructor resolvió abrir investigación formal sólo contra Luna Guerrero y HERRERA HERRERA[30], por "*FRAUDE PROCESAL, ESTAFA y FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO, AGRAVADA POR EL USO*", pero no ordenó la captura de aquéllos para recibirles indagatoria, pese a que estaba facultado para ello con sujeción al artículo 336, inciso segundo, de la Ley 600 de 2000[31], habida cuenta que respecto de los dos primeros delitos era obligación (como se verá más adelante) resolverles la situación jurídica dado que para los mismos procede la detención

[28] Cuaderno # 1, folios 119-120.
[29] Cuaderno # 1, folio 120.
[30] Nada dijo respecto de la secuestre Martha Martínez Buendía, de quien desde los inicios de la investigación tenía datos para citarla a esclarecer el por qué de la mora en la entrega del bien atribuida por el denunciante (cuaderno # 1, folio 57), ni respecto de "*Medardo Alexander Serna Melo*", última persona que figuraba con poder general para disponer de los bienes de Álvaro Herrera Herrera, como se estableció tambien desde el 2 de frebro de 2006 (cuaderno # 1, folios 73-83).
[31] "*Cuando de las pruebas allegadas surjan razones para considerar que se procede por un delito por el cual resulta obligatorio resolver situación jurídica, el funcionario judicial podrá prescindir de la citación y librar orden de captura*".

preventiva, de conformidad con los artículos 354[32] y 357, numerales 1º y 2º ibídem.

En lugar de ordenar la aprehensión de los citados para escucharlos en injurada, dispuso:

> *Como quiera que no obra en el expediente dirección de ubicación de los aquí encartados, se librará misión de trabajo al CTI para que mediante la respectiva busqueda en las bases de datos se establezca su dirección de residencia y/o de trabajo*[33].

Esa determinación permite advertir la falta de una revisión seria y adecuada de lo actuado hasta entonces, pues no es cierta la carencia de datos acerca del probable lugar de ubicación de los entonces sumariados, ya que desde años atrás se tenía noticia de la dirección de instalación de los abonados telefónicos escritos bajo sus nombres en las escrituras tachadas de falsas; en las copias de las cartillas dactilares de la Registraduría Nacional del Estado Civil que repetidas veces aparecen hasta entonces aportadas figura, no solo el lugar de donde son naturales, sino también el de residencia que indicaron para cuando adelantaron los respectivos trámites; e igualmente ya se sabía que tenían nexos susceptibles de revisar con una empresa prestadoras de salud y con entidades financieras.

Luego, adicional a que no se aprovechó la facultad legal de ordenar la captura de los implicados[34], la misión de trabajo ordenada por el instructor de ninguna manera tendía a

---

[32] "*La situación jurídica deberá ser definida en aquellos eventos en que sea procedente la detención preventiva*".
[33] Cuaderno # 1, folio 195.
[34] Herramienta que, dicho sea al margen, para buscar la ejecusión del fallo de primera instancia fue eficaz, pues sin suministrarse información certera de ubicación de los procesados, acarreó la aprehensión de Luna Gurrero a los cuatro meses de librada la orden, y la de HERRERA HERRERA a los diez meses (Cuaderno Ejecusión de Penas, folios 21-28, 30-34, 35-38 y 191-194).

garantizar el derecho de los implicados de conocer los fundamentos de la actuación que desde hacía casi cinco años venía tramitándose contra ellos.

De remate, importa destacar que siete días después de abierta la investigación, el 27 de enero de 2009, el *Departamento Administrativo de Seguridad* (D.A.S.) respondió la solicitud de antecedentes ordenada por el instructor en el respectivo auto de sustanciación, de la siguiente manera:

> "*HERRERA HERRERA ÁLVARO, con CÉDULA CUPO NUMÉRICO 14225245, NO REGISTRA(N) ANTECEDENTE(S) JUDICIALES SEGÚN ARTÍCULO 248 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.*
>
> *Sin comprobación dactiloscópica, figura(n) la(s) siguiente(s) anotacione(s):*
>
> *FIGURA COMO: GONZÁLEZ GUTIERREZ GUILLERMO C. C. 14225245.*
>
> *Fiscalía Local 21 Unidad Local de Fiscalías Ibagué – Tolima, solicita antecedentes, of 4092 mayo 16 del 2001, dentro del proceso 59401, no informa delito.*
>
> *FIGURA COMO: HERRERA HERRERA ALVARO C. C. 19077563.*
>
> *Juzgado 33 Penal Municipal de Bogotá, solicita reseña el 22/11/96, mismo sol (sic) ante tel 2135 del 25/11/96 CV 888, dentro delito hurto art. 239 cp.*"[35].

Es decir que de acuerdo con esa información, respecto del procesado ÁLVARO HERRERA habría dos homónimos o coincidencias: una con la misma cédula de ciudadanía pero a nombre de "*Guillermo González Gutierrez*", y otra con igual nombre del aquí procesado, pero con diferente número de identificación, el "*19077563*", lo cual de suyo implica que respecto de aquél no está cabalmente establecida su plena identificación e individualización.

[35] Cuaderno # 1, folio 204.

Y aun cuando el expediente permite la constatación objetiva de todos los aspectos reseñados, el investigador del *C.T.I.*, comisionado para la "*misión de trabajo*" que ordenó el instructor, el 16 de febrero de 2009 presentó un lacónico reporte en el que se limitó a indicar que la *EPS Salud Total S.A.,* fue "*renuente*" a suminitrar información de HERRERA HERRERA; no refirió labor alguna para obtener datos de éste o el otro sumariado en las entidades bancarías con las que tenían vínculos comerciales, y tampoco adujo qué labores de verificación hizo frente a los datos suministrados por el *D.A.S.*, acerca de las autoridades judiciales que reportaron anotaciones coincidentes con el nombre o con la cédula de ciudadanía del primero de los aludidos.

El investigador apenas señaló en concreto que averiguó por HERRERA HERRERA y el otro implicado, sin resultados positivos, en la "*Calle 56 A Sur, Nº 78N-24 Interior I Apt. 404*", así como en el abonado "*7793918*"; sin embargo, tal dirección y número telefónico, según el propio *informe de inteligencia*, fueron suministrados u obtenidos del "*SISBEN*" exclusivamente en relación con Luna Guerrero[36], lugar al que, dicho sea de paso, el funcionario instructor nunca remitió citación para comunicarle a éste la existencia del proceso y que lo requería para recibirle indagatoria.

Así, sin concretarse alguna otra labor realmente dirigida a hacer comparecer a los citados procesados, un año y nueve meses después, el 29 de octubre de 2010, la fiscal que dirigía

[36] Cuaderno # 1, folio 210-212.

la investigación declaró a HERRERA HERRERA y a Luna Guerrero personas ausentes, pronunciamiento que devine viciado, justamente, por ausencia de una labor concreta y eficaz, tendiente a garantizar y asegurar que se les recibiera indagatoria a los implicados.

Además, impera destacar que la aludida declaración de ausencia tampoco cumplió dos requisitos sustanciales señalados en el artículo 344 de la Ley 600 de 2000[37], pues en la misma no fueron consignados los hechos o situación fáctica por los que eran requeridos los prenombrados, sino que simplemente se hizo mención al *nomen juris* de las conductas delictivas, y respecto del primero de los implicados, como se advirtió atrás, no se estableció de manera inequívoca su identificación e individualización.

11.3. Para la Sala es imperioso destacar que según se desprende de los artículos 332, 333, 336 y 344 de la Ley 600 de 2000, la vinculación del imputado al proceso mediante declaración de persona ausente, no es un trámite simplemente optativo frente al que se concreta a través de indagatoria, sino residual o supletorio de éste, al que únicamente puede llegarse cuando no ha sido posible hacerlo comparecer para que asuma su defensa[38].

La ley procesal penal que gobernó este asunto prevé el cumplimiento de algunos pasos previos a la decisión motivada de declarar persona ausente al procesado, a saber: citación u

[37] "*…Esta decisión se adoptará por resolución de sustanciación motivada, en la que se designará defensor de oficio, se establecerán de manera sucinta los hechos por los cuales se lo vincula, se indicará la imputación jurídica provisional… (…) En ningún caso se vinculara a persona que no esté plenamente identificada*".
[38] CSJ SP 6 jun. 2002, rad. 14722 y SP 12 may. 2004, rad. 19421.

orden de conducción para indagatoria, y orden de captura para los mismos efectos cuando el delito por el que se procede es de aquéllos para los que es obligatorio resolver la situación jurídica, pues en esos eventos el instructor tiene la facultad de librar directamente a las autoridades competentes la solicitud de detención.

Dado que el Estado tiene a su servicio los organismos de seguridad y diversas agencias de investigación e inteligencia, le asiste la responsabilidad de usar la información que posea para la localización de cada sindicado o de recaudar esa información si no la tiene; en todo caso el deber procesal de vinculación es suyo y es por tanto a quien le compete realizar las gestiones materiales suficientes en virtud de cuyo fracaso es imposible hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria.

De ahí que en desarrollo de la actividad dirigida a lograr que el sindicado concurra a rendir indagatoria, el Estado tiene la obligación de agotar todas las opciones razonablemente posibles para que así ocurra. Sólo así puede entenderse y aceptarse que la opción de adelantar el proceso en ausencia del sindicado obedeció a que en verdad no fue posible su localización, pese a haberse acudido a los medios disponibles para lograrlo; o que habiendo sido informado, aquél asumió una actitud de rebeldía frente a los llamados de la justicia, marginándose voluntariamente de la posibilidad de comparecer a rendir indagatoria[39].

[39] CSJ. SP 18 dic. 2000, rad. 12780.

Respecto de este tema se ofrece oportuno recordar el siguiente antecedente jurisprudencial elaborado por la Corte en un caso similar:

> "*Ahora bien, en cuanto a ese trámite* [la declaración de ausencia] *debe recordarse que en tratándose de una persona que no ha podido ser localizada, es necesario que se agoten las pesquisas adelantadas por las autoridades policivas para lograr su captura y que haya avisado negativamente sobre los esfuerzos realizados; o tratándose de sindicados que deben ser citados para ser escuchados en indagatoria, es necesario esperar los informes que indiquen que ha sido imposible su ubicación, para entonces en tales circunstancias sí proceder a ordenar el respectivo emplazamiento y posterior declaratoria de ausencia; por tanto, primero se deben agotar todos los esfuerzos necesarios para localizar al sindicado, pues proceder de manera distinta sería vulnerante del derecho de defensa, en la medida en que la posibilidad de ejercerlo es mayor con la presencia física dentro del proceso; así lo han reiterado el propio legislador, la jurisprudencia y la doctrina. Es por ello que proceder a realizar emplazamiento y a la posterior declaratoria de ausencia, sin que previamente se hubieran hecho los esfuerzos de búsqueda además de que quebrantan el debido proceso, vulneraría el derecho de defensa, porque se estaría dando carácter de contumaz a quien posiblemente sí tiene interés en presentarse ante las autoridades para ejercer la defensa material y disponer de los auxilios profesionales pertinentes para garantizar la defensa técnica. Aún en el caso de que el sindicado sea renuente a tal presentación personal ante las autoridades de la justicia, al Estado le corresponde finalmente el deber de garantizar el derecho de defensa, realizando todos los esfuerzos para lograr la captura y que con ella se cumpla una de sus múltiples finalidades, la de procurar la presencia física del sindicado en el proceso y de esa manera darle todas las garantías legalmente previstas en relación con la real existencia de una defensa material y técnica*"[40].

11.4. De otra parte, pero en relación con la vulneración del derecho a la defensa alegada por el recurrente, la revisión de la actuación permite advertir cómo el fiscal en la decisión

[40] Sentencia de 30 de abril de 1993, en Gaceta Judicial No. 2.463, primer semestre de 1993, Volumen II, página 826.

de declaración de ausencia se limitó a la designación apenas formal de un abogado de oficio para ambos implicados, profesional que no acudió a posesionarse del cargo, y por ello fue reemplazado el 7 de marzo de 2011 por otro, quien tampoco ejerció labor compatible con los intereses confiados.

En efecto, el aludido letrado se conformó con darse por enterado del auto de ausencia y con notificarse de la emisión del pliego de cargos, y desde entonces se olvidó del trámite procesal, para reaparecer, luego de varias citaciones, el 15 de febrero de 2012, en el acto de audiencia pública, en el que tras una desordenada remembranza de fragmentos de las pruebas técnicas, elevó petición de absolución por considerar que ninguno de los elementos de las conductas endilgadas se hallaba acreditado.

Es decir, la inercia y abandono del defensor de oficio llegó a tal grado que no se percató de la ausencia de medidas o acciones eficaces y verdaderamente adoptadas para garantizar que los implicados comparecieran a rendir indagatoria; tampoco advirtió que en relación con ÁLVARO HERRERA existía incertidumbre (no despejada aun) sobre su plena identificación por los homónimos o coincidencias que reportó el D.A.S.; no se notificó del cierre de investigación; no impugnó el pliego de cargos; no asistió a la audiencia preparatoria, y en la instrucción ni en el juicio presentó memoriales para pedir pruebas o plantear alguna situación en favor de los intereses que representaba, siendo tal la orfandad en que dejó sumidos a los procesados el abogado en cuestión que tampoco concurrió a notificarse del fallo de primera instancia.

En conclusión, durante toda la indagación previa, desde la apertura de la investigación y hasta el fenecimiento del juicio, la representación letrada de los procesados fue inexistente, dado que quien fungió como defensor de aquéllos nada hizo por representar de manera idónea, seria y real los intereses de los procesados, pues no ejerció una labor tangible que se tradujera en actos que revelaran, al menos, una estrategia de defensa pasiva pero expectante y permanente, sin que la circunstancia de haber estado ausentes (como ya se precisó, por causas atribuibles a la Fiscalía), constituya motivo que justifique la inercia e indiferencia del respectivo profesional frente al trámite procesal.

La anterior situación, consistente en la ausencia de defensa técnica durante todo el proceso, también es trascendente para concluir la invalidez de la actuación desde ese estadio, pues aun cuando el instructor designó de manera sucedánea abogados para que representaran a los implicados, lo cierto e indiscutible es que los aludidos profesionales cumplieron un papel simplemente formal, nominal, sin involucrarse en el cabal desarrollo de sus funciones.

11.5. La inercia y abandono de la asistencia técnica de los encausados no solo es irrefutable de cara a los aspectos atrás resaltados, sino que también se evidencia en otra pretermisión tan grave como las ya resaltadas, a saber: la falta de definición de la situación jurídica de éstos.

El deber de resolver la situación jurídica en los trámites gobernados por el rito establecido en la Ley 600 de 2000, de ninguna manera está aparejado o ligado al "*principio de lealtad*" en respuesta a la "*activa participación*" del sumariado o su defensor, como de manera equivocada lo entendió el Ministerio Público al citar una decisión[41], cuyos presupuestos de hecho y procesales no se asemejan a los aquí debatidos, lo que de suyo implica la improcedencia de aplicar ese único (que no "*reiterado*") razonamiento jurídico construido para la solución de ese caso, precisamente por disanalogía fáctica.

En efecto, el aludido pronunciamiento ocurrió durante el lapso en el que se presentó una antinomia entre los artículos 313, numeral 2 y 315 de la Ley 906 de 2004, con el artículo 354 de la Ley 600 de 2000, con ocasión de lo cual la jurisprudencia de esta Sala, para solucionar el vacío, interpretó que "*la contradicción que se advertía entre los referidos textos normativos debía resolverse privilegiando el principio de libertad personal, y por tanto, que la obligación de resolver la situación jurídica* [en la Ley 600 de 2000] *debía entenderse circunscrita a los casos en los cuales el delito por el que se procedía tuviera prevista una pena mínima privativa de la libertad superior a 4 años*"[42].

Sin embargo, dicho criterio tuvo que ser recogido al sobrevenir la expedición de la Ley 1142 de 2007 (28 de junio), en la que mediante su artículo 28 fue modificado el 315 de la Ley 906 de 2004 con el fin de precisar que las medidas cautelares no restrictivas de la libertad procedían sólo cuando el delito

[41] CSJ. AP 24 oct. 2007, rad. 25981, en el que se cita la STP 13 jun. 2006, rad. 25512.
[42] CSJ AP15530-2015, 11 nov. 2015, rad. 44915, en la cual son citadas como fundamento de la aludida hermenéutica el AP 20 oct. 2005, rad. 24152 (segunda instancia) y AP 20 jun. 2007, rad. 19528 (única instancia), entre otras.

tuviera pena mínima privativa de la libertad inferior a cuatro (4) años, superándose de esa manera la antinomia que se presentaba con el artículo 313 numeral segundo del citado Estatuto Procesal Penal.

> *A partir de este momento quedó claro que la medida de aseguramiento de detención preventiva podía imponerse no solo cuando el delito tuviera pena mínima privativa de la libertad superior a cuatro años, sino también, cuando fuera igual a este monto, y por tanto, que frente al artículo 354 de la Ley 600 de 2000, resultaba necesario, en estos casos, resolver la situación jurídica, hermenéutica que es la que acoge actualmente la doctrina de la Sala*[43].

Y es que de cara a esa nueva realidad legal, la Corte concluyó que en el modelo procesal diseñado en la Ley 600 de 2000, en los delitos para los que es susceptible la detención preventiva, constituye un acto estructural la previa definición de la situación jurídica, así no se imponga la respectiva cautela por ausencia de los requisitos sustanciales condicionantes de ésta (ídem, artículo 356, inciso segundo) o por no ser necesaria para el aseguramiento de sus fines (ídem, artículo 355), pues el pronunciamiento deviene forzoso para explicar una u otra eventualidad, siendo claro que tal decisión, de suyo, implica un ejercicio argumental que permite al sujeto pasivo de la acción penal conocer la valoración concedida a todos los elementos probatorios allegados, tanto los de cargo, como los de descargo.

Y por lo tanto:

> *De omitir el fiscal ese paso procesal —conforme lo autorizaba la jurisprudencia en el pasado— es claro que el procesado no podrá conocer cuál es el grado de credibilidad que al operador judicial le ofrecen las pruebas en que aspira aquél sustentar su defensa.*

[43] CSJ AP15530-2015, 11 nov. 2015, rad. 44915.

> *No hay duda, así, que de omitirse ese paso del esquema procesal no sólo se desvertebra el sistema a seguir (para el caso, el procedimiento de la ley 600 de 2000), que impone la obligación de resolver situación jurídica, sino que también se limita por esa vía el derecho de defensa y por contera se desobedece el mandato 29 superior que impone el respeto a las formas propias de cada juicio, siendo* 'forma propia' *la definición de situación jurídica*[44].

En el presente asunto se abrió investigación el 20 de enero de 2009 por los delitos de fraude procesal, estafa y falsedad material en documento público agravada por el uso, y por las mismas conductas punibles el 29 de octubre de 2010 fueron vinculados como personas ausentes los aquí enjuiciados, luego era perentoria la definición de la situación jurídica de éstos, ya que la detención preventiva era viable respecto de dos de esos comportamientos conforme al artículo 357 de la Ley 600 de 2000. Respecto del primero, pues según la última legislación sustantiva durante el periodo de materialización de los efectos de esa conducta[45], para el mismo está prevista una pena mínima de seis años de prisión (numeral primero de la citada norma), lo mismo que frente al segundo por ser superior su cuantía a cincuenta salarios mínimos[46] (numeral segundo del aludido precepto).

Dado que la fiscalía omitió adoptar el pronunciamiento de rigor, se estructura la vulneración al debido proceso reconocida por la jurisprudencia y demandada en sede de

---

[44] CSJ AP 4 mar. 2009, rad. 27539 (única instancia) y AP 22 abr. 2009, rad. 26708 (única instancia), entre otros.
[45] Entre el 15 de junio de 2004 y el 9 de febrero de 2009, fecha en la que se extendieron los efectos de la acción fraudulenta, el artículo 453 de la Ley 599 de 2000, fue modificado por el artículo 11 de la Ley 890 de 7 de julio de 2004, el cual modificó los límites de la pena de prisión, fijándolos de seis (6) a doce (12) años.
[46] El bien raíz objeto material de la estafa imputada lo avaluó la Parte Civil en una suma superior a $400'.000.000 (Cuaderno de la Parte Civil, folio 3).

casación por el aquí impugnante en el segundo cargo.

12. Recapitulando se tiene entonces que por falta de cuidado y rigurosidad del instructor, se dio la vinculación en ausencia de los procesados, lo que permitió el adelantamiento del proceso a sus espaldas, sin que pudieran ejercer el derecho de defensa material, y además, tampoco fue el Estado capaz de garantizar que en todo el trámite procesal, contaran los incriminados con una defensa técnica, real, eficaz y permanente.

La Sala destaca que el proceso penal, en esencia, es un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejerce su derecho de investigar, juzgar y sancionar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico; empero, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, pues la ley establece las reglas de su adelantamiento y a ellas debe sujetarse la actividad del fiscal, el juez y las partes.

Esa manera en la que se halla ordenado el debate procesal, adicionalmente, debe estar de manera permanente ceñida a los principios impuestos por la Constitución Política, como condición de validez de los actos judiciales. El derecho del sindicado a la defensa durante toda la actuación judicial y como expresiones de éste los de contradicción e impugnación, hacen parte de esas garantías, que de no cumplirse tornan inconstitucional el diligenciamiento, debiendo acudirse al mecanismo jurídico de la nulidad como forma de saneamiento de la respectiva violación.

Reconocido por la Carta el derecho de defensa con carácter de fundamental, su ejercicio está regido por ella y por la ley, y la condición de sujetos procesales tanto del sindicado (para su defensa material) como del defensor (responsable de la defensa técnica), dentro de la actuación penal cobra una especial significación, en la medida en que éste cada vez mas evoluciona, como corresponde a la organización Constitucional del Estado social de derecho, hacia un trámite caracterizado por la participación activa de los sujetos intervinientes.

Por lo tanto, esta categoría (sujetos procesales) reconocida por la ley, no es una definición vacía de contenido sino que, al contrario, se nutre de obligaciones y derechos, cuya precisión y alcance se define por la fase del rito en la que se actúa y las características de la diligencia en la que se interviene.

A partir de tales caracterizaciones del proceso penal, en un sistema como el colombiano, en el cual la función de acusación está en cabeza del Estado, el ejercicio de esos derechos sólo es posible si al procesado se le ofrecen las garantías e instrumentos necesarios para su ejecución, y se le brinda la oportunidad de enfrentar en condiciones de igualdad a su contraparte: el Estado, el cual debe permitirle, sin cortapisas, desarrollar a plenitud su derecho fundamental de defensa, en su carácter dual, esto es, tanto material, como técnica.

La definición del proceso penal como un trámite caracterizado por su bilateralidad, no es simplemente teórica,

sino que constituye una acepción llena de contenido por cuanto esa es la única naturaleza que permite considerar ajustado el proceso penal a la Constitución y la ley. De ahí que sea obligación del Estado establecer esa relación jurídica bilateral y generar los actos para que si llega a ocurrir el extrañamiento personal del procesado, sea fruto de su decisión voluntaria o de la física imposibilidad de hacerlo comparecer, sin que ello licencie el descuido de su derecho a la asesoría técnica, aún en su ausencia.

Por lo tanto, si como aquí ocurre, no se construyó un proceso que garantizara la controversia entre el sujeto procesal que acusada (Fiscalía) y el sujeto pasivo receptor de la imputación penal (procesado), pues éste último no tuvo la oportunidad de ser escuchado como tal, y quienes lo representaron abandonaron el deber de representar de manera eficaz, real y permanente los intereses encomendados, mostrándose, por el contrario, indiferentes a la pretensión punitiva de la Fiscalía, se trató entonces, no de un proceso, sino de la actuación unilateral del Estado, encarnado en el aparato judicial, en contra del sindicado ausente y sin asistencia técnica idónea.

Esa unilateralidad injustificada pone de presente un desbalance de la actuación penal, en cuanto se estableció deficientemente la relación jurídica que caracteriza el proceso penal, única forma en que la Constitución y la ley reconocen como válido y auténtico el ejercicio del derecho de defensa. Es allí, en la oportunidad de construcción de ese balance procesal, Estado - defensa (material y técnica), donde se define la medida y límite del deber estatal de establecimiento de la relación jurídica procesal.

La decisión de la Fiscalía, de declarar personas ausentes a los procesados, sin antes agotar de manera razonable, por todos lo medios a su alcance, su localización para que rindieran indagatoria, limitó de manera severa e irreparable su derecho a una defensa material e incluso les impidió designar defensor técnico de confianza, sumándose a lo anterior la injustificada inercia y abandono de los deberes profesionales de los abogados designados de oficio para representarlos, profesionales que en su momento no advirtieron la ausencia de acciones para garantizar la comparecencia de los implicados, así como la pretermisión de actos estructurales sustanciales.

Las anotadas irregularidades proyectan sus consecuencias en la garantía de defensa, en su doble concepción material y técnica, debiendo ser restablecida la misma desde un momento procesal oportuno, motivo por el que, de acuerdo con la pretensión de la defensa, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá será removida en sus efectos de cosa juzgada, y en su lugar esta Sala declarará la nulidad de lo actuado a partir de la vinculación como persona ausente de los procesados, dispuesta mediante auto de 29 de octubre de 2010.

No sobra precisar que aun cuando la demanda fue interpuesta en nombre de HERRERA HERRERA, puesto que la vulneración de la garantía fundamental de defensa, en sus componentes material y técnico, afectó también al procesado Luna Guerrero como quedó explicado en las consideraciones que anteceden, la Corte hará extensiva la decisión invalidante

también respecto de éste.

13. Con ocasión de la nulidad de la actuación en los términos atrás precisados y, por contera, debido a la consecuente remoción de la providencia calificatoria, es obligatorio revisar la incidencia del transcurso del tiempo frente a la potestad punitiva del Estado en los delitos objeto de este proceso.

13.1. En lo que respecta a la conducta de fraude procesal, de acuerdo con inveterado y vigente criterio jurisprudencial, como ese comportamiento es de efectos permanentes, sólo a partir de cuándo esos efectos cesen es posible empezar a computar los términos de prescripción de la acción penal, en armonía con lo previsto en los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 599 de 2000.

Pues bien, en este caso el fraude se concretó con el acto de inscripción de la espuria Escritura Pública 1471 de 10 de junio 2004, hecho ocurrido el 15 de junio del mismo año, empero tal conducta fraudulenta se prolongó en el tiempo hasta **el 9 de febrero de 2009**, fecha en la que se canceló el anterior registro, en cumplimiento de la providencia de 20 de enero anterior, en la cual se ordenó el restablecimiento del derecho de la víctima[47].

El artículo 453 de la Ley 599 de 2000, fue modificado por el artículo 11 de la Ley 890 del 7 de julio del mismo año, el cual estableció para la conducta punible de fraude procesal

[47] Cuaderno # 1, folios 6 vto., 198-203, 207-209, y Cuaderno ejecución de penas, folio 242 vto., (anotación # 20 del respectivo certificado).

una pena de prisión que oscila entre seis (6) y doce (12) años[48]; luego entre el 9 de febrero de 2009 y la fecha de la presente decisión es evidente que no ha transcurrido el tiempo necesario para que se consolide la extinción de la acción penal por prescripción en la fase instructiva, ya que tal fenómeno vendría a materializarse el 9 de febrero de 2021.

13.2. Por lo que respecta al delito de estafa, tal conducta punible se perfeccionó cuando a través el medio fraudulento, esto es, la escritura pública de venta falsa 1471 de 10 de junio de 2004, se sustrajo del patrimonio de la víctima un bien raíz estimado en $400'000.000, hecho cumplido también mediante el acto de inscripción del instrumento apócrifo, es decir, el 15 de junio de la citada anualidad.

El delito de estafa, de conformidad con el artículo 246 de la Ley 599 de 2000, vigente para ese entonces, se encontraba reprimido con una pena máxima de ocho (8) años, empero, este guarismo debe incrementarse, con base en el artículo 267 de la misma codificación, en la mitad por razón de la cuantía, lo cual arroja como resultado una pena máxima de doce (12) años de prisión.

Consecuente con lo anterior, para que se configure el fenómeno extintivo de la acción penal por prescripción en la etapa instructiva ha de transcurrir un lapso igual al últimamente indicado, el cual vendría a cumplirse el 15 de junio de 2016, luego tampoco se ha materializado el

[48] CSJ AP 4 dic. 2013, rad. 42552; AP1712-2014, 2 abr. 2014, rad. 42762; AP3809-2015, 8 jul. 2015, rad. 46204; AP885-2016, 24 feb. 2016, rad. 47484, entre otros.

decaimiento de la potestad punitiva frente al punible de estafa.

13.3. Finalmente, en el auto de apertura de investigación se advirtió la configuración del delito de falsedad material en documento público, agravada por el uso.

Sin embargo, atendiendo el devenir fáctico y los resultados de las pruebas técnicas practicadas, la Sala observa la configuración de un concurso material de conductas de falsedad en documentos.

En primer lugar, falsedad material, agravada por el uso (Ley 599 de 2000, artículos 287, inciso primero, y 290) respecto de la cédula de ciudadanía del señor Mafioly Cantillo, exhibida el 26 de diciembre de 2003 en la Notaría 56 del Círculo de Bogotá para obtener el falso poder general del que da Cuenta la Escritura Pública 3569 de esa fecha.

A su vez, en segundo término, obtención de documento público falso, agravada por el uso (ídem, artículos 288 y 290), en cuanto tiene que ver, justamente, con la expedición del falso poder a través de la Escritura Pública 3569, la cual fue usada el 10 de junio de 2004 para la tramitación de la Escritura Pública 1471 en la Notaría 11 del Círculo de Bogotá.

Y por último, en tercer lugar, obtención de documento público falso ante la Notaría 11 del Círculo de Bogotá por la expedición de la Escritura Pública 1471, con la que de manera falaz fue vendido el inmueble de propiedad de Mafioly Cantillo.

Sin embargo, atendida la fecha en que se concretaron las

respectivas conductas y las penas de prisión que a cada una de ellas corresponde (9 años para las dos primeras y 6 para la última), es evidente que frente a esos comportamientos la extinción de la acción penal se configuró, en su orden: el 26 de diciembre de 2012, el 10 de junio de 2013 y el 10 de junio de 2010, motivo por el que respecto de tales comportamientos la Corte adoptará la consecuente decisión de cesación de procedimiento.

13.4. Como consecuencia de la extinción de la acción penal por prescripción frente a los reseñados comportamientos delictivos, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 599 de 2000, es forzoso para la Corte declarar la extinción de la acción civil derivada de esas conductas punibles respecto de los penalmente responsables, como así lo puntualizará en la parte resolutiva.

14. Para terminar, no está de más aclarar que como los aquí procesados se encuentran en libertad no hay lugar a adoptar pronunciamiento alguno al respecto.

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

RESUELVE:

1. CASAR la sentencia impugnada con base en los cargos primero y segundo propuestos por el recurrente.

2. DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir, inclusive, del auto de 29 de octubre de 2010, mediante el cual se ordenó la vinculación de los procesados ÁLVARO HERRERA HERRERA y JUAN NEPOMUCENO LUNA GUERRERO como personas ausentes.

3. DECLARAR LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN respecto de las conductas punibles de falsedad documental reseñadas en la parte motiva de esta providencia (supra 13). En consecuencia **CESAR PROCEDIMIENTO** en favor de los implicados HERRERA HERRERA y LUNA GUERRERO en relación con los mismos comportamientos.

4. DECLARAR LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL POR PRESCRIPCIÓN respecto del concurso de delitos de falsedad indicados la parte motiva de esta providencia (supra 13), en relación los procesados HERRERA HERRERA y LUNA GUERRERO.

5. REMITIR la presente actuación, una vez cumplido el trámite de notificación de esta providencia, al Tribunal de origen para que el expediente en su totalidad sea enviado a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que proceda de conformidad con lo aquí decidido.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
PRESIDENTE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria