



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado Ponente

SP823-2021
Radicación n°. 57194
(Aprobado acta n°. 57)

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve el recurso de casación promovido por el defensor contractual de **GONZALO MARTÍNEZ MÚNERA** contra la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2019 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la emitida por el Juzgado 28 Penal del Circuito de conocimiento de la ciudad y condenó al acusado por el delito de violencia contra servidor público.

HECHOS

De acuerdo con la acusación, aproximadamente a las 2:00 a.m. del 27 de mayo de 2017, los patrulleros JUAN GABRIEL NIETO GRISALES y JOHN ALEXANDER RIVERA, atendiendo la llamada que hiciera la comunidad en la que se daba cuenta sobre la perturbación de la tranquilidad en el conjunto residencial Palma 2, ubicado en la calle 132A # 89-50 de la capital del país, arribaron al lugar y encontraron a **GONZALO MARTÍNEZ MÚNERA** exaltado y bajo los efectos del alcohol.

Cuando los policiales intentaron retirarlo, aquél le propinó dos puños a NIETO GRISALES que le causaron laceración en el rostro.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El mismo día, bajo la dirección del Juzgado 53 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura y formulación de imputación en contra de **GONZALO MARTÍNEZ MÚNERA**, por el delito de violencia contra servidor público. La Fiscalía retiró la petición de imposición de medida de aseguramiento, por lo que se dispuso su libertad¹.

2. Radicado el escrito de acusación², el asunto correspondió al Juzgado 28 Penal del Circuito con función de conocimiento de la ciudad, despacho que convocó a

¹ Acta en folios 8 y 9 de la carpeta.

² El 30 de junio de 2017 (folio 10 a 13 *Id.*).

audiencia de verbalización para el 23 de octubre de esa anualidad. Sin embargo, por causas atribuibles al defensor de confianza, solo se surtió hasta el 10 de agosto de 2018, tras la designación de uno público³.

3. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 19 de octubre siguiente⁴ y la del juicio oral el 8 de febrero de 2019⁵, sesión en la que se emitió sentido de fallo condenatorio y se dispuso librar orden de captura en contra del inculcado⁶.

4. En la sentencia, que se dictó el 29 de marzo ulterior, la Juez impuso a **MARTÍNEZ MÚNERA** 48 meses de prisión e igual tiempo de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; al paso que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁷.

5. La decisión, apelada por la defensa, fue confirmada el 7 de noviembre de 2019 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁸.

6. Un nuevo abogado, esta vez de confianza, recurrió en casación y la Corte, por auto del 6 de agosto de 2020, admitió la demanda. Sin embargo, conforme a lo previsto por la Sala en el Acuerdo 020 del 29 de abril de esa anualidad -en razón de la emergencia sanitaria decretada en el territorio nacional a

³ Acta en folios 37 y 38 *Id.*

⁴ Acta en folios 42 y 43 *Id.*

⁵ Acta en folios 56 y 57 *Id.*

⁶ Esta se hizo efectiva el 8 de noviembre de 2019, luego de proferido el fallo de segunda instancia.

⁷ Folios 61 a 73 *Id.*

⁸ Folios 18 a 25 del cuaderno del Tribunal.

causa del COVID-19-, dispuso que se corrieran los traslados por escrito.

LA DEMANDA

El impugnante propone cuatro cargos, los dos primeros con apoyo en la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 y los últimos por vía de la primera. Así los sustenta:

Primero (principal) – nulidad

Se violentó el debido proceso en su estructura (cita el precepto 457 *ibidem*) porque la Fiscal 32 Seccional, que asistió a la audiencia de acusación, no estaba debidamente autorizada para el efecto.

Ello, en atención a que la Resolución 158 del 10 de agosto de 2018, por la cual se hizo esa asignación transitoria, fue firmada por la asistente de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública contra la Eficaz y Recta Impartición de Justicia, no por el Director de la misma y, con independencia de que aquella hubiese desarrollado una excelente gestión, lo cierto es que carecía de capacidad de postulación.

Se contravino el numeral segundo del artículo 116 de la Ley 906 de 2004 y, para soportar la trascendencia de esa falencia, se remite a la providencia emitida por esta Corporación dentro del radicado 35275 de 2010.

De la irregularidad descrita emerge, además, que la aludida Fiscal no podía seguir actuando en las posteriores audiencias ni en el juicio oral. Adicionalmente, no obró con objetividad, pues en el escrito de acusación consignó como abonado celular del procesado el 3208683039, pese a que en las audiencias preliminares se verifica que el correcto es el 3208683029, falencia que le impidió al defensor público designado comunicarse con **MARTÍNEZ MÚNERA** y ejercer una debida representación, en tanto habría podido buscar una salida alterna, como el principio de oportunidad.

Se infringieron los preceptos 29 de la Carta Política y 116 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y declarar la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la audiencia de acusación.

Segundo (principal) – nulidad

Se trasgredió el debido proceso en su componente de defensa material, toda vez que a su prohijado no se le notificó sobre la realización de las audiencias preparatoria, del juicio oral y lectura de fallo de primera y segunda instancia, al tiempo que el abogado de la defensoría pública nunca estableció contacto con él. Se lesionaron los artículos 29 de la Constitución y 168, 169, 170, 171, 172 y 8 -literal K- de la Ley 906 de 2004.

En la audiencia preliminar **MARTÍNEZ MÚNERA** exteriorizó sus datos para notificación –Calle 132A # 89-80 de Bogotá y teléfono 3208683029-. No obstante, la dirección que para la celebración de esa diligencia dio la Fiscalía, fue equivocada, e igual error, pero esta vez en el número de celular, cometió en el escrito de acusación.

Hay una constancia en la que figura que el Secretario del Juzgado de conocimiento se comunicó con el implicado para indagar por el paradero del defensor y le informó sobre la realización de la audiencia de acusación, instante en el que **MARTÍNEZ MÚNERA** le hizo saber su intención de terminar el litigio con una conciliación. Aunque esta no era procedente, sí se habría podido intentar un principio de oportunidad, lo cual era viable, en tanto su prohijado no canceló los honorarios al anterior defensor de confianza para invertir en los perjuicios.

El defensor público fue negligente en su gestión. No revisó la carpeta para lograr ubicar al encartado, no solicitó pruebas y, aunque apeló el fallo, no actuó con rigurosidad.

Los yerros impactaron la boleta de captura librada por el Juez Coordinador del Centro de Servicios, con ocasión de la decisión de condena, pues allí, a pesar de acertar en la dirección, se falló en el abonado celular.

Si el procesado hubiese concurrido al juicio, seguramente habría debatido lo atinente a las lesiones que sufrió.

Pide a la Sala que case la sentencia y, en consecuencia, declare la nulidad de la actuación a partir de la audiencia preparatoria, inclusive.

Tercero (principal) – violación directa

Se aplicó indebidamente el artículo 429 del Código Penal y se dejó de emplear el 11 *ibidem*.

De acuerdo con jurisprudencia de la Corte (menciona las providencias emitidas dentro de los radicados 28232 de 2008 y 40588 de 2013), no cualquier discusión da lugar a que se configure el punible por el que se procedió, en cuanto la violencia ejercida debe tener la intensidad y gravedad suficientes para afectar la libre determinación funcional del servidor y ella ha de ser demostrada.

El Tribunal no analizó la lesividad, pues sostuvo que para la materialización del reato es irrelevante que se hubiese producido una lesión, afirmación que ignora el contenido del precepto 11 del estatuto sustantivo. Como quedó probado que los policiales pudieron reducir al acusado, el bien jurídico no se afectó, máxime cuando a los uniformados los rige el principio de tolerancia frente a la comunidad y la Fiscalía no demostró las contusiones. De allí que la presunta violencia no tuvo una incidencia mayor en la actividad policial y, por ende, la conducta no fue materialmente antijurídica (cita la sentencia 30214 de 2008).

Solicita a la Corte que case la sentencia impugnada y absuelva al acusado.

Cuarto (subsidiario) – violación directa

Se interpretaron erróneamente los cánones 63 y 68A del Código Penal, lo que condujo a que se le negara a su representado la suspensión de la ejecución de la pena.

Después de recordar la postura de esta Corporación en torno a la negativa de conceder el aludido subrogado frente a estos delitos, transcribe dos fallos de los Tribunales Superiores de Pasto y Pereira, en los que se ha dado paso a ellos bajo la consideración de que no es una conducta afín al estatuto anticorrupción (Ley 1474 de 2011) y, con ese respaldo, pide a la Sala que, atendiendo el precepto 13 de la Constitución Política, reconsidere su posición, desarrolle jurisprudencia, pues la existente -menciona los radicados 53966, 47045, 40588, 35116, 11628, 12200 y 28232- no soluciona el caso y, en consecuencia, otorgue el mismo a su prohijado.

Bajo ese orden, reclama casar parcialmente la sentencia confutada y conceder a **MARTÍNEZ MÚNERA** la suspensión condicional de la pena.

LAS INTERVENCIONES

1. El *defensor* se remitió a los argumentos de la demanda, la que decidió resumir, aunque en dicha labor

presentó los cargos en orden distinto, pues comenzó por el tercero del libelo (violación directa), para continuar luego con el primero, el segundo y el cuarto del escrito inicial.

2. La *Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal* consideró que los cargos no están llamados a prosperar por lo siguiente:

Primero. No se configura nulidad porque, si bien la Fiscal Delegada en apoyo a los Jueces Penales del Circuito no fue autorizada por escrito por el respectivo Jefe de Unidad de Fiscalía para acudir a la audiencia de acusación, lo cierto es que ello sí tuvo lugar en forma verbal y vía WhatsApp, lo cual tiene plena validez, máxime en los actuales tiempos donde la tecnología sirve como herramienta de apoyo en todas las actividades, en especial, en el sector judicial. Así también se prevé en la Ley 906 de 2004, cánones 9 y 169.

Ese acto fue convalidado, en cuanto, frente a la manifestación que en tal sentido hizo la delegada, no hubo oposición de parte del defensor y menos solicitud de nulidad. Adicionalmente, la petición es extemporánea y, de cara al principio de instrumentalidad, la nulidad tampoco procede habida cuenta que el acto aparentemente irregular cumplió con la finalidad para la cual estaba destinado: el agotamiento de esa audiencia; ningún perjuicio se causó, al tiempo que no es posible hablar de una asignación del proceso, pues solo se trató de un apoyo, dado que las demás diligencias las atendió el Fiscal del caso.

Segundo. La regla general, en la Ley 906 de 2004, es la notificación por estrados. Como en esta ocasión las providencias judiciales fueron así comunicadas al defensor y, una vez capturado el procesado, se le notificó en el sitio de reclusión, no se vislumbra la irregularidad denunciada. Así mismo, la censora no probó el perjuicio causado, en la medida que el inculcado estuvo representado por un defensor y su ausencia en el estrado no condujo a la condena.

El implicado se notificó en estrados el día en que se cambió la dirección registrada y, si no acudió a la audiencia siguiente, tenía la carga de averiguar mínimamente el estado del proceso.

Tercero. Después de recordar lo que al respecto dejaron consignado los juzgadores, asegura que no puede entenderse, como lo pretende el actor, que la violencia ejercida implique, además, lesiones en la persona contra la cual se dirige el ataque, pues, si ellas se causan, lo que se genera es una mayor carga argumentativa para probar el hecho, pero, si no es así, en modo alguno vuelve irrelevante el proceder desplegado. De allí que para que se configure el reato no es imprescindible acreditar que se atentó contra la integridad personal ni demostrar las contusiones causadas, en tanto se está ante un delito de peligro y aquí es claro que el acusado agredió a un patrullero, en ejercicio de sus funciones, dándole puñetazos, lo que involucra afectar su labor.

Pese a que a los miembros de la fuerza pública se le aplica el principio de tolerancia, cuando ejercen sus funciones, ello no impide que dejen de denunciar los ataques que reciban por parte de la ciudadanía, los que en esta ocasión estaban orientados a imposibilitarles el ejercicio de su labor.

Cuarto. Los falladores interpretaron acertadamente los artículos 63 y 68A del Código Penal, toda vez que, para el efecto, aplicaron en su verdadera dimensión las reglas allí fijadas, que prevén la no concesión de los subrogados penales, tanto por aspectos objetivos como subjetivos.

Es claro que el delito por el cual se procedió está incluido dentro de los expresamente prohibidos, pues atenta contra el bien jurídico de la administración pública (cita la providencia emitida bajo el radicado 46031).

3. El *Fiscal Once Delegado ante la Corte* pidió no casar el fallo impugnado, dado que ninguna razón le asiste al defensor en sus reproches. Así lo explicó:

Primero. Acorde con jurisprudencia de la Sala, el recurrente no identificó, porque no existen, los vicios sustanciales que, a partir de la asignación interna de una fiscal Seccional para la acusación, afectaron la validez del fallo de segunda instancia ni la forma en que ello rompió con la estructura del proceso o afectó las garantías fundamentales.

En este caso, la funcionaria que actuó estaba habilitada para el efecto, no solo por tener categoría Seccional sino porque fue debidamente autorizada por el Director de Unidad, quien facultó a su asistente para que signara la correspondiente resolución y, en todo caso, la delegó virtualmente, tanto vía WhatsApp como por teléfono, tal como se dejó explícito en la sesión de la acusación.

El Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo (artículo 53 y ss.) permite la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo en aras de asegurar la efectividad y celeridad en la administración pública. De allí que los trámites de distribución interna de los fiscales pueden desarrollarse a través de esos medios.

De igual manera, existió convalidación por parte de la defensa, en cuanto no hizo observación alguna en su momento.

Segundo. El diligenciamiento muestra que el Secretario del Juzgado de conocimiento informó directamente al procesado las actuaciones que se iban programando y procuró que estuviera siempre representado. Por ende, el inculcado sabía de la existencia del proceso, estuvo enterado de las actuaciones y, si en realidad tenía deseos de indemnizar, había podido acercarse a la Fiscalía, a la víctima o de alguna manera concretarlos, pero lo que aquí se evidencia es su intención de alargar el asunto.

De otra parte, aquél contó con un abogado debidamente asignado por la Defensoría del Pueblo, quien cumplió con su deber legal y constitucional de asistencia y en los alegatos conclusivos pidió absolución bajo argumentos razonables y similares a los que ahora exhibe el casacionista. Pese a que no solicitó pruebas, ello pudo obedecer a una estrategia en aras de salvaguardar los intereses de su representado.

Aunque se advierte falta de cuidado en la nomenclatura a la que fuera citado **MARTÍNEZ MÚNERA**, la misma se suplió con las llamadas telefónicas que se le hicieron, obteniendo una comunicación efectiva.

Tercero. Se demostró que **MARTÍNEZ MÚNERA** agredió a un policía en ejercicio de sus funciones, quien, por ello, dejó de ejercer adecuadamente su labor, toda vez que el escándalo que afectaba la convivencia ciudadana no alcanzó a ser contenido, por el contrario, se maximizó.

La falta de introducción al juicio del dictamen de lesiones no constituye razón suficiente para concluir que la violencia no ocurrió, en la medida que los testigos dieron cuenta de ellas y las exigencias del artículo 405 del Código de Procedimiento Penal se predicen del delito de lesiones personales, para así ubicar la conducta en alguno de los artículos del estatuto sustantivo.

Cuarto. Por virtud del principio de legalidad, el juzgador no posee la facultad discrecional de imponer una u otra sanción, como tampoco de reconocer un beneficio al

cumplimiento de la misma, sino que ha de ceñirse a la norma, tal como lo ha señalado esta Sala de Casación (trae a colación las sentencias dictadas dentro de los radicados del 45634 y 53966, de 2015 y 2018, respectivamente).

La postura personal del censor es ajena a las disposiciones legales y a la jurisprudencia.

CONSIDERACIONES

1. La Sala abordará el estudio de las censuras en el orden propuesto en la demanda, toda vez que el recurrente ninguna explicación ofreció para alterarlo durante el curso de la sustentación, al tiempo que, ante la eventual verificación de la infracción al debido proceso, se tornaría innecesario verificar la idoneidad de las demás.

2. Con el propósito de abordar el examen de las críticas iniciales, en las que el jurista postula el quebrantamiento de la estructura del debido proceso y del derecho de defensa, respectivamente, que en su criterio involucra la declaratoria de nulidad de la actuación, importa recordar que, para la prosperidad de esta clase de reproches, es ineludible que el impugnante observe los principios que rigen su decreto.

De allí que (i) solo la puede alegar por los motivos expresamente previstos en la ley (*taxatividad*); (ii) debe especificar la causal invocada y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (*acreditación*); (iii) es preciso que la irregularidad delatada no haya sido

convalidada con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, siempre a condición de ser observadas las garantías fundamentales (*convalidación*); (iv) no la puede invocar si con su conducta dio lugar a la configuración del error invalidante, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica, (*protección*); (v) no hay lugar a invalidar un acto anómalo cuando el mismo cumpla la finalidad que previó el legislador, en tanto las formas no son un fin en sí mismo (*instrumentalidad*); (vi) debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento y que la magnitud del defecto tiene incidencia en el sentido de justicia incorporado a la sentencia (*trascendencia*); y, (vii) ha de asegurarse que no existe otro remedio procesal para subsanar el error (*residualidad*).

Primer cargo

3. El letrado considera que se atentó contra la estructura del debido proceso porque la Fiscal 32 Seccional, que verbalizó la acusación, no estaba debidamente autorizada para actuar, habida cuenta que la Resolución 158 del 10 de agosto de 2018, por la cual se hizo esa asignación transitoria, no fue signada por el Director de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública.

4. Lo primero que evidencia la Corte es el desacato a los principios que gobiernan la ineficacia de los actos procesales, pues, tal como se reconoció en la demanda, nuestro

ordenamiento penal no prevé nulidad por falta de competencia del fiscal. Por ende, a la luz del artículo 458 del estatuto adjetivo penal, no es posible anular la actuación por una causal distinta a las señaladas en el Título VI *ejusdem*. Así lo ha sostenido la jurisprudencia:

En lo referente a la declaratoria de nulidad por falta de competencia del fiscal, la Corte considera que la solicitud del recurrente es improcedente de cara a los principios que orientan la declaración de las nulidades, dentro de cuales se destacan el de taxatividad y de trascendencia, previstos en la Ley 600 de 2000, cuyas normas son aplicables en este caso por virtud del principio de integración regulado en el artículo 25 del C. de P.P.

Así las cosas, si se examina la causal de nulidad formulada por la defensa, se puede advertir a primera vista que su fundamento corresponde a un presupuesto fáctico diferente al que alega el impugnante, ya que el artículo 456 del Código de Procedimiento Penal establece con claridad que:

“Será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales del circuito especializados.”

Según se advierte, la norma contrae este motivo específico de nulidad a la incompetencia por el factor subjetivo cuando se trata de procesado aforado y por la naturaleza del asunto, siempre que corresponda a un juez penal del circuito especializado y se ventile ante uno de inferior categoría. La ausencia de otros factores determinantes de la competencia no conduciría por tanto a la degradación del proceso.

*En efecto, el artículo 116 Superior señala quienes administran justicia incluyendo a la Fiscalía General de la Nación. Por otra parte, el artículo 228 *ibidem* determina que la jurisdicción es la función pública de administrar justicia, de lo cual surge que mientras la jurisdicción es general y abstracta, la competencia es la distribución de la jurisdicción en asuntos concretos, por lo que es singular y determinada por disposición de la ley.*

Para discutir la competencia y determinar el juez natural, el Legislador estableció mecanismos de definición, artículo 54 de la Ley 906 de 2004, que permiten precisar el juez competente cuando no se tiene certeza acerca del funcionario que debe conocer del juicio. De igual manera, legislaciones anteriores incluían

instituciones como la colisión de competencias para resolver similares asuntos.

A diferencia de la Ley 600 de 2000 el nuevo Código de Procedimiento Penal no contempla las competencias de los distintos fiscales que conforman la estructura de esa entidad, pues el sistema acusatorio que viene desarrollándose en el país a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, prevé un proceso de partes, dentro del cual la Fiscalía debe rogar la justicia que antes dispensaba, de manera que las determinaciones importantes del proceso, que implican limitación o afectación de derechos y garantías fundamentales las profieren los jueces, ante los cuales acuden las partes, siendo ésta la razón básica por la cual el Legislador deliberadamente omitió asignar competencias a los diferentes fiscales delegados, como si lo hizo en el sistema anterior.

(...)

En consecuencia, no es posible que la definición de competencia, prevista para determinar el juez natural cuando el mismo está en disputa, sea utilizado para seleccionar al fiscal investigador, sino que es exclusiva para los jueces. De la misma manera, cuando se vulnera el principio del juez natural en el trámite del juzgamiento, con trascendencia en la estructura del proceso o de las garantías de las partes, el mecanismo procesal de saneamiento idóneo es la nulidad. Pero ésta no es la institución adecuada para discutir si el fiscal o el defensor eran o no los indicados para intervenir en la actuación, sino que ello envuelve un problema propio del rol que desempeña cada sujeto procesal.

(...)

Esto, desde luego, con la excepción de lo mandado para los funcionarios que ostentan fuero constitucional, quienes de acuerdo con el numeral 4° del artículo 235 de la Carta Política, solamente pueden ser investigados y acusados por el Fiscal General de la Nación; siendo los restantes justiciables susceptibles de ser investigados y acusados, tanto por el Fiscal General de la Nación como por sus delegados, designados de conformidad con la reglamentación propia de la Fiscalía y discutible al interior de dicha institución, sin que los desacuerdos o inconformidades que se susciten en torno de tal designación puedan permear el proceso penal, que, de acuerdo con los principios de la Ley 270 de 1996, debe regirse por la celeridad y la eficiencia; sin menoscabo también del derecho de defensa.

De manera pues, que el principio del juez natural protege al ciudadano sometido al proceso penal, a fin de que quien lo juzgue sea el sentenciador previamente definido por la Constitución o por la ley; pero dicha garantía no puede extenderse a los litigantes del proceso.

De todas maneras, para la Corte es claro que la estructura de la Fiscalía General de la Nación, orientada a asegurar la transparencia de la función, la racionalidad del reparto y el éxito de las investigaciones que debe atender, apunta también a que las

mismas se adelanten por fiscales que integran la unidad delegada ante el juez de conocimiento frente al cual actúan, dinámica que se conoce desde los orígenes de la institución.

Pero no es la ley la que establece en la actualidad qué asuntos en concreto conocen los fiscales delegados de cada unidad, sino las disposiciones reglamentarias que rigen al interior de esa entidad.

De lo anterior cabe concluir que por regla general el fiscal llamado a instruir un asunto ha de ser el delegado ante el juez de conocimiento correspondiente, sin perjuicio de la facultad que el artículo 251.3 de la Constitución Política confiere al Fiscal General de asignar libremente en uno de esos delegados una investigación o un proceso determinado, mediante orden motivada conforme precisa el artículo 116.2 del Código de Procedimiento Penal.

Se insiste en que si la ley es la que determina la competencia, no hay lugar a predicar su falta entre los fiscales porque el Legislador no se las otorgó, por consiguiente lo que se debe establecer en este sujeto procesal es la legitimidad que le asiste para intervenir en un asunto concreto, lo cual dependerá de la jerarquía que le corresponda en virtud de la unidad a la que pertenece. Así por ejemplo, el fiscal delegado ante los juzgados penales municipales está legitimado para instruir o intervenir en procesos de competencia de esa categoría de jueces; el seccional en los asuntos que corresponden al juez penal del circuito, y el fiscal delegado ante el tribunal, en los casos que son propios de esa colegiatura, con lo cual se preserva la jerarquía institucional y la condición subjetiva de la persona investigada o sometida a juicio. (CSJ AP, 14 ago. 2008, rad. 30261).

5. Ahora, en criterio del casacionista, de lo expuesto por la Sala en el auto CSJ AP 35275, dic. 9, 2010, emerge que se violenta el debido proceso y, por ende, se genera nulidad, cuando, como en esta ocasión, la resolución de delegación no cumple con las exigencias legales por carecer de la firma del Fiscal General de la Nación o del Director de Unidad.

La Corte, luego de examinar el contenido de esa providencia, no encuentra que se hubiese hecho una afirmación en tal sentido.

En dicha ocasión se examinó, en sede de apelación, un caso en el que la defensa alegaba que, como el procesado era un aforado legal y la imputación la hizo un fiscal local delegado, la actuación estaba viciada de nulidad. La Corporación no le halló razón al impugnante porque, tras revisar su jurisprudencia, concluyó que no hay nulidad por falta de competencia del fiscal, al paso que no se estaba ante una investigación o acusación propia del Fiscal General de la Nación.

Si bien aclaró que tampoco avizoraba irregularidad en la delegación que para ese efecto se hizo, en tanto ella se materializó a través de resolución motivada, tal como lo permiten los artículos 251 numeral 3 de la Carta Política y 116 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, lo cierto es que con dicha acotación pretendió destacar que se actuó conforme a la normatividad existente, pero no dejar sentado que ello comportaría una eventual nulidad. Obsérvese:

Con ese entendimiento, se tiene que en el esquema consagrado en la Ley 906 de 2004, la nulidad por falta de competencia, sólo está prevista para ser invocada en relación con los jueces, y no respecto de los otros sujetos procesales.

Afirmación que no es absoluta, como lo entendió el tribunal, porque excepcionalmente también se puede plantear: i) la incompetencia por el factor subjetivo cuando se trata de personas aforadas, caso en el cual el fiscal competente para investigar y acusar es el Fiscal General de la Nación⁹, y ii) en aquellos asuntos donde el conocimiento esté asignado a los jueces penales del circuito especializados¹⁰.

Como la normatividad invocada por el recurrente, no contempla la invalidez de la actuación por la “falta de competencia

⁹ [cita inserta en texto transcrito]Artículo 116 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

¹⁰ [cita inserta en texto transcrito]Artículo 456 Ibidem.

del fiscal”, resulta incontrovertible que las diligencias no están afectadas de nulidad.

En este contexto, tampoco converge irregularidad en la Delegación que hiciera el Fiscal General de la Nación, para que un Fiscal Delegado ante los Jueces Penales Municipales hiciera la imputación, pues tal y como lo establece el artículo 251 numeral 3 de la Carta Política, aquél está facultado para asignar libremente un proceso determinado a uno de sus Delegados, siempre que se haga mediante resolución motivada, como lo indica el artículo 116 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal.

Como al revisar el registro magnético de la audiencia de imputación claramente se constata que la Delegación para asistir a la diligencia cumplió con las exigencias legales¹¹, no hay lugar a corrección, y en todo caso, además de resultar improcedente la pretensión, el defensor no demostró irregularidad alguna.

No se puede admitir como único argumento la vulneración indeterminada del artículo 29 de la Carta Política, pues tal y como se puede constatar en el audio, resulta tan precaria la argumentación que al invocar la nulidad considera quebrantado el artículo 456 de la ley 906 de 2004, y al sustentar el recurso, después de escuchados los argumentos del Tribunal, dirige su ataque en el mismo sentido, pero por violación al artículo 457 del mismo estatuto, al concluir que el proceder de la Fiscalía atenta contra el debido proceso.

La irregularidad descrita conduce a que incluso la aludida Fiscal no podía haber seguido actuando en las posteriores audiencias ni en el juicio oral, lo que conduce a que se retrotraiga la actuación hasta antes de esa audiencia. (cfr. CSJ AP 35275, 9 dic. 2010).

6. Si el demandante pretendía convencer que con dicho acto se afectó alguna garantía, ha debido exhibir argumentos suficientes que demostraran el motivo por el cual se tornaba forzoso invalidarlo, dado que el mismo cumplió con la finalidad prevista en la ley, en cuanto la formulación de acusación se realizó en debida forma, sin que, en su

¹¹ [cita inserta en texto transcrito] Cfr Record 10:36:40 cd 1. Interviene la Fiscal Olga Lucia Pérez Castro, fiscal adscrita al grupo de trabajo para la investigación de funcionarios de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, quien fue destacada para actuar en la diligencia como Fiscal 54 Delegada ante el Tribunal, mediante Resolución 086 del 31 de agosto de 2010.

momento, la defensa presentara objeción; a la vez que tampoco acreditó el impacto que pudo tener frente a las etapas subsiguientes, en las que, opuesto a lo sugerido en el libelo, no actuó la Fiscal 32 Seccional, como tampoco la incidencia en el sentido condenatorio del fallo que discute.

Es más, aunque el censor le atribuye a dicha servidora equívocos en el escrito de acusación, que contribuyeron al inadecuado ejercicio del derecho de defensa técnica, lo cierto es que en el plenario aparece que quien lo elaboró no fue ella, sino el Fiscal 41 Especializado¹², lo que derruye su planteamiento.

7. De modo accesorio, la Sala debe dejar claro que ninguna inconsistencia vislumbra en el acto administrativo en comento, pues, revisado el registro del video contentivo de la audiencia de acusación, se constata que la doctora DOLLY RODRÍGUEZ BLANCO se acreditó como Fiscal 32 Seccional Adscrita a la aludida Unidad y aclaró que actuaría como Apoyo de la Fiscal 223, para lo cual allegó la Resolución de delegación transitoria 158 del 10 de agosto de 2018.

La Juez, luego de leer de viva voz el contenido de ese acto administrativo, indagó si la firma allí plasmada era del doctor OSCAR MAURICIO AMAYA VARGAS, Jefe de Administración Pública, a lo cual la doctora RODRÍGUEZ BLANCO explicó que era de la *«asistente del despacho, DIANA PAOLA, toda vez que el doctor OSCAR MAURICIO AMAYA VARGAS no se encuentra»*¹³, y

¹² Folio 10 de la carpeta.

¹³ Minuto 02:15 y ss. del registro de video contentivo de la audiencia.

precisó que este último tenía conocimiento del asunto, solo que, como no estaba en la oficina, facultó a su asistente, vía telefónica y por WhatsApp, para que lo firmara por él, situación que ella misma verificó¹⁴.

Pues bien, como con acierto lo destacaron los delegados del ministerio público y del ente persecutor, tal situación no comporta irregularidad, no solo porque es claro que la doctora RODRÍGUEZ BLANCO ostentaba el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces del Circuito, sino porque quien signó la resolución de asignación transitoria estaba debidamente facultada por el Jefe de Unidad. De las diligencias surge que este último autorizó a su asistente, tanto telefónicamente como por WhatsApp, para que firmara en su nombre, lo que se refleja en el texto de la Resolución¹⁵, donde, sobre el nombre de «OSCAR MAURICIO AMAYA VARGAS, Jefatura de Administración Pública», figura una “X” y en seguida la rúbrica de su empleada.

Pese a que lo usual es que ese tipo de documentos sean suscritos por quien aparece en la antefirma del mismo, lo cierto es que, ante su ausencia, es perfectamente admisible que otro lo haga siempre que, obviamente, cuente con la autorización respectiva de aquél, lo que efectivamente se verificó en este caso. Los medios tecnológicos y digitales resultan ser de gran utilidad en eventualidades como la presente, tanto por su eficacia como por su aptitud de transmitir y compartir mensajes de manera rápida.

¹⁴ Minuto 03:10 *Id.*

¹⁵ Folio 36 de la carpeta.

Por consiguiente, el reproche no prospera.

Segundo cargo

8. El casacionista alega violación del derecho de defensa con apoyo en que: (i) **GONZALO MARTÍNEZ MÚNERA** no fue notificado -en realidad sería un asunto de comunicación- de la programación de las audiencias preparatoria y del juicio oral, como tampoco de las de lectura de los fallos de primera y segunda instancia; y (ii) el defensor público designado para que lo asistiera nunca estableció contacto con él, al paso que mostró negligencia en su gestión.

9. Para empezar, conviene recordar que el canon 29 de la Constitución Política dispone que quien sea procesado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento.

El Pacto Internacional de Derechos y Civiles y Políticos, en su artículo 14, numeral 3, literal d), prevé:

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

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;

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su precepto 8, numeral 2, estatuye:

2. Toda persona inculpada de 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 inculcado 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 inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal de 2004 establece, en el artículo 8, que el imputado tendrá derecho a

e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;

(...)

g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades;

k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;

Esa codificación, en el canon 125, impone al defensor el deber de

1. Asistir personalmente al imputado desde su captura, a partir de la cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él.

Y, en el 138, asigna a todos los servidores públicos, funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal la obligación de *«respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso»*.

10. Han sido múltiples los pronunciamientos de la Sala en torno a la protección del aludido derecho y, concretamente, en la sentencia CSJ SP154-2017, rad. 48128, sostuvo:

Jurisprudencialmente¹⁶, se ha reiterado que el derecho a la defensa «constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial,...», que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente. La intangibilidad se predica de su carácter de irrenunciable, por cuanto debe el procesado designar un abogado de confianza y, en caso de que éste no pueda o no quiera, es obligación ineludible del Estado asignarle un defensor de oficio o público.

Es real o material cuando el actuar del defensor corresponde a actos tendientes a contrarrestar las teorías de la Fiscalía en el marco de un proceso adversarial, amparado por el principio de igualdad de armas, de manera tal, que no es garantía del derecho a la defensa la sola existencia nominal de un profesional del derecho¹⁷.

Se predica que el derecho a la asistencia letrada es permanente, pues debe ser ininterrumpido durante el transcurso del proceso, es decir, tanto en la investigación como en el juzgamiento. Por tanto, la no satisfacción de cualquiera de estas características, al ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido e impone la declaratoria de nulidad, una vez evidenciada y comprobada su trascendencia.

La violación al derecho a la defensa real o material, se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en

¹⁶ [cita inserta en texto transcrito] CSJ. SP. de 19 de octubre de 2006, Rad. 22432, reiterado en SP. de 11 de julio de 2007, Rad. 26827.

¹⁷ [cita inserta en texto transcrito] *Ibidem*.

el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho.

11. En ese contexto, el derecho de defensa no se contrae tan solo a la tarea que realiza el abogado (defensa técnica), sino también a las actividades de autodefensa que corresponden al mismo implicado (defensa material), las cuales «confluyen con la labor desplegada por el abogado con el mismo objetivo: defender al imputado» (cfr. CC SU-014/01).

Debido a que la defensa técnica se materializa a través de actos de contradicción, impugnación, solicitud probatoria y alegación, es necesario que el jurista que la tenga a su cargo no se limite a una mera presencialidad, sino que despliegue acciones -cuando ello sea posible, dadas las particularidades de cada caso- orientadas a llevar al juez la verdad de lo acontecido, así como a evitar arbitrariedades e impedir una condena injusta. Para tal fin, es imperioso que procure mantener una comunicación continua con su representado, en tanto será éste quien le brinde insumos para elaborar su estrategia y, eventualmente, lograr algún beneficio. Obviamente a ello habrá lugar siempre que sea posible, pues hay eventos en los que el procesado, pese a conocer sobre la actuación, se margina voluntariamente de ella.

Por ese motivo, para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, es preciso que al implicado no solo se le haya enterado sobre la existencia de la actuación penal seguida en su contra, sino que se le hayan comunicado y notificado en

forma efectiva las audiencias, las actuaciones y las decisiones judiciales adoptadas.

12. Como con acierto lo indicaron los delegados de la Procuraduría y de la Fiscalía General de la Nación, la regla general, en los procesos seguidos bajo la égida de la Ley 906 de 2004, es la notificación en estrados, así lo dispone el artículo 169 de ese estatuto, lo que resulta acorde con el principio de oralidad que gobierna la actuación penal.

En armonía con la aludida norma, si quienes hubiesen sido citados oportuna y en debida forma no asisten a la audiencia respectiva, *«se entenderá surtida la notificación salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito. En este evento la notificación se entenderá realizada al momento de aceptarse la justificación»*. Ese precepto también establece que si el imputado o acusado está privado de la libertad, las providencias notificadas en audiencia le deben ser comunicadas en el establecimiento de reclusión y que las decisiones adoptadas con posterioridad al vencimiento del término legal habrán de ser notificadas personalmente a las partes que tuvieren vocación de impugnación.

Adicionalmente, el artículo 171 y siguientes del mismo ordenamiento regulan lo atinente a las citaciones, que tienen lugar, en lo que interesa a este caso, cuando se convoque a la celebración de audiencias, en tanto están dirigidas a las personas que deban intervenir en ellas. Sobre sus formas, el precepto 172 prescribe:

Las citaciones se harán por orden del juez en la providencia que así lo disponga, y serán tramitadas por secretaría. A este efecto podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación.

El juez podrá disponer el empleo de servidores de la administración de justicia y, de ser necesario, de miembros de la fuerza pública o de la policía judicial para el cumplimiento de las citaciones.

Sobra decir que dichas labores deben realizarse con especial cuidado y esmero, de manera que se verifique la exactitud de las distintas direcciones, números telefónicos o correos electrónicos que obren en la actuación, para que se logre enterar en forma idónea a los interesados sobre las diligencias que se han de surtir y las determinaciones que se adopten, a efectos de garantizar así a plenitud el derecho de defensa y contradicción de las partes y de los demás intervinientes en el proceso.

13. En el caso concreto, tras revisar los registros de audio y video, así como la foliatura del expediente, la Sala encuentra lo siguiente:

13.1. En la audiencia de imputación **MARTÍNEZ MÚNERA** se presentó y suministró la dirección -Calle 132A # 89-80- y el número del teléfono móvil -3208683029- a los cuales podía ser contactado.

13.2. En el escrito de acusación, que, se insiste, no suscribió la Fiscal 23 Seccional a que se aludió en párrafos precedentes, se plasmó, en los datos del *acusado*, la

nomenclatura correcta de la residencia, pero no así el abonado de su celular, pues se cambió un “2” por un “3”, por lo que quedó: 32086830**39**.

13.3. En las planillas para citación a la audiencia de acusación, elaboradas en el Juzgado de conocimiento, se reprodujo la información antedicha, con idéntica incorrección¹⁸, aunque en la segunda de ellas se hizo un enmendado a lápiz cambiando el 3 por el 2, así: 32086830**29**¹⁹.

Cabe anotar que en todas ellas se lee al final un letrero «*NPD: Notificado personalmente por el Despacho. No librar citaciones*».

13.4. En ese interregno, el Secretario del despacho dejó dos constancias: una sobre su comunicación efectiva con **MARTÍNEZ MÚNERA** al último número referido -32086830**29**- para enterarlo sobre la audiencia que se surtiría el 15 de enero de 2018²⁰ y otra para dilucidar que la dirección era Calle 132A # 89-80²¹.

El implicado, finalmente, acudió a la programada para el 18 de abril de 2018²², pero, como no se pudo realizar por ausencia del defensor -aquél reclamó la designación de un defensor público-, la Juez la reasignó para el 10 de agosto

¹⁸ Folio 15 de la carpeta

¹⁹ Folio 17 *Id.*

²⁰ Folio 22 *Id.*

²¹ Folio 28 *Id.*

²² Folio 31 *Id.*

sucesivo, lo que quedó en el acta que fue suscrita por **MARTÍNEZ MÚNERA**.

A pesar de ello, éste, sin justificación, dejó de asistir ese 10 de agosto, data en la que la diligencia se cumplió en presencia del defensor público designado.

13.5. En la planilla para la preparatoria, planificada para el 19 de octubre de 2018, aparece el número de celular correcto de **MARTÍNEZ MÚNERA**, pero la dirección equivocada, pues se olvidó incluir la letra “A”, después de la Calle132²³.

Contrario a lo afirmado por el Fiscal Delegado ante la Corte, no hay anotación alguna sobre notificación personal por parte del Secretario del despacho.

13.6. En la planilla para convocar al juicio oral el 8 de febrero de 2019, figura el número acertado del celular del inculcado, pero la misma incorrección anterior en la dirección²⁴.

Al inicio de la sesión²⁵, la Juez afirmó que se citó al acusado a la dirección que aparece en las diligencias -la cual, como se vio, estaba errada-, pero no acudió²⁶.

13.7. En las citaciones para la lectura de los fallos de primer y segundo grado se visualiza el número de abonado

²³ Folio 41 *Id.*

²⁴ Folio 44 *Id.*

²⁵ Minuto 2:19 del registro de video respectivo.

²⁶ Acta en folio 57 de la carpeta.

celular tal cual lo exteriorizó **MARTÍNEZ MÚNERA** en la audiencia preliminar, pero no la dirección correcta -de nuevo faltó la letra “A” en la Calle 132-²⁷.

13.8. En la orden de captura, librada el 18 de febrero de 2019, sí se insertó con exactitud la dirección del procesado²⁸, pero ello, a diferencia de lo que sugiere la Procuradora Delegada para la Casación, ocurrió luego de proferido el fallo de segunda instancia.

14. El recuento hecho no deja duda en torno a que **MARTÍNEZ MÚNERA** conocía sobre la existencia del proceso, así como de la fecha en que se llevaría a cabo la formulación de acusación, a la cual no asistió sin causa justificada. Sin embargo, pone de manifiesto falencias trascendentes que frustraron su efectiva ubicación y le impidieron asistir a las audiencias preparatoria y del juicio oral, conocer las decisiones allí adoptadas y ejercer a cabalidad su derecho a la defensa material.

En efecto, aunque para la audiencia de acusación consta que el Secretario del Juzgado se comunicó telefónicamente con el inculcado, no ocurrió lo mismo en las siguientes ocasiones. Las citaciones para la preparatoria y el juicio oral se hicieron a la dirección que figura en la carpeta, la cual, tal como se expuso, estaba equivocada, pues las planillas suministradas por ese despacho judicial

²⁷ Folios 58 *Id.* y 12 del cuaderno del Tribunal.

²⁸ Folio 60 de la carpeta.

contienen la Calle 132 # 89-80, cuando la que correspondía a **MARTÍNEZ MÚNERA** era Calle 132A # 89-80.

Idéntico dislate se constató en las convocatorias para asistir a la lectura de los fallos de instancia.

15. Ahora bien, en lo que atañe con la defensa técnica el panorama no es distinto. Recuérdese que, **MARTÍNEZ MÚNERA**²⁹ puso de presente al Juzgado de conocimiento que su abogado de confianza no continuaría por falta en el pago de honorarios, lo que condujo a que se oficiara a la Defensoría del Pueblo, Regional Bogotá³⁰ para lo pertinente. Fue entonces como el profesional así designado asistió a la formulación de acusación y continuó con la representación hasta la lectura de fallo de segunda instancia.

Tras el examen de los registros de video de esas audiencias, la Sala pudo evidenciar que el jurista fue reiterativo en exteriorizar su imposibilidad de entablar comunicación con el implicado. Obsérvese:

15.1. Al inicio de la sesión donde se verbalizó la acusación, indicó que ha llamado al abonado «3208683039» donde le dijeron que está equivocado³¹.

15.2. En la preparatoria adujo que no pediría pruebas por falta de comunicación con **MARTÍNEZ MÚNERA**, dado que

²⁹ Folio 31 de la carpeta.

³⁰ Folio 33 *Id.*

³¹ Minuto 0:04:00 del registro de video respectivo.

en el número de teléfono al que llama -no lo identificó- le contestan que está equivocado³².

15.3. Al finalizar el juicio oral, cuando se corrió el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, aseveró no tener mucho que decir por falta de contacto con el acusado, debido a que en el número de teléfono le replican que está equivocado³³.

16. Así las cosas, es claro que el abogado y el procesado no tuvieron la más mínima comunicación en orden a organizar mancomunadamente la defensa y, eventualmente, reclamar algún beneficio.

Aquí hay que subrayar que esa falla del jurista obedeció, evidentemente, al equívoco que cometió la Fiscalía General de la Nación en el escrito de acusación frente al número de celular de **MARTÍNEZ MÚNERA**, en cuanto anotó «3208683039», pese a que el exacto era 32086830**29**, el que tampoco corrigió a lo largo de la actuación. El delegado de dicho ente dejó de lado su obligación de hacer una puntual descripción de la información sobre la individualización e identificación del acusado, incluyendo los datos que sirvan para librar las citaciones correctamente.

Sin embargo, la falta de diligencia del defensor no puede excusarse solamente en ello, pues, aunque su actuación dentro del proceso penal no es oficiosa en punto de localizar

³² Minuto 02:01 del registro de video respectivo.

³³ Minuto 01:21:11 del registro de video respectivo.

a su representado, bien pudo remitirse a la carpeta, en donde -se expuso en precedencia- aparecía un número de celular distinto al que él poseía. De haberlo hecho, habría hallado, además, las constancias dejadas por el Secretario del Juzgado de conocimiento respecto de los datos correctos de su representado.

De igual forma, tuvo la posibilidad de remitirse al registro de la audiencia de imputación, en donde con nitidez se escucha al procesado suministrar sus datos exactos de contacto.

17. Lo descrito en precedencia denota una clara negligencia del delegado de la Fiscalía y apatía por parte del abogado de la Defensoría Pública, de la Juez cognoscente y aun de la agente del ministerio público que asistió al juicio³⁴.

17.1. El representante del ente acusador porque soslayó la obligación que le impone el artículo 337 de la Ley 906 de 2004 de incluir, en el escrito de acusación, la *«individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones»*.

En un sistema adversarial, es absolutamente imprescindible el cumplimiento exacto de tal compromiso, en tanto la acusación

³⁴ No acudió a las demás audiencias.

...constituye la pieza procesal que sirve de marco de delimitación al juicio, al tiempo que se erige en garantía del derecho a la defensa, como quiera que en ella se establecen los sujetos, hechos jurídicamente relevantes, sus circunstancias y delitos que estructuran la teoría del caso que la fiscalía se compromete a demostrar en el juicio, y con base en este conocimiento la defensa planeará y trazará su línea defensiva, razón por la cual debe garantizársele que no se le sorprenderá con una sentencia que no guarde correspondencia con la acusación. (CSJ SP1392-2015, rad. 39894)

17.2. El profesional del derecho, en cuanto, al parecer, se contentó con el dato del abonado telefónico que del imputado consignó la Fiscalía, el cual, se itera, estaba equivocado en el penúltimo dígito, pues aparecía **39**, pese a que en realidad era **29**, y no revisó la carpeta donde aparecía el abonado correcto.

17.3. La Juez, por su parte, no cumplió a cabalidad con su obligación de salvaguardar los derechos y las garantías del procesado y velar porque se le garantizara su derecho a una defensa técnica.

Llama la atención de la Sala que la funcionaria, en ninguna de las audiencias, hiciera comentario alguno frente a la dificultad que exponía el defensor, ni se detuvo a comparar con el Secretario del despacho el número del abonado que allí se tenía, el cual, como se vio, era correcto.

17.4. La representante del ministerio público, en la medida en que, por disposición de los artículos 277-7 de la Constitución Política y 109 del estatuto adjetivo penal, tiene la función de intervenir en el proceso penal en defensa del

orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

Tampoco hizo observación alguna frente a la inasistencia del acusado a las audiencias y a la evidente falta de comunicación entre éste y el defensor.

18. Ahora, aunque podría argüirse que el defensor público cumplió con su gestión porque estuvo pendiente de la actuación, no faltó a las sesiones para las que fue convocado y recurrió el fallo de primera instancia, ello es fragmentario, pues, aun de contar con la información que obraba en la carpeta, no desplegó acción orientada a comunicarse con **MARTÍNEZ MÚNERA** y elaborar mancomunadamente una estrategia, pedir pruebas, controvertir con suficientes elementos de juicio las llevadas por la contra parte, hacer un adecuado pronunciamiento frente al traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 o buscar algún tipo de beneficio.

Claro, la situación sería distinta si, pese a haber procurado su localización, el inculcado se hubiese negado a atender sus llamadas, a prestarle colaboración o a asistir a los estrados.

Ha de recalcarse que, si bien en ciertas ocasiones no pedir pruebas o guardar silencio en la audiencia del 447 puede corresponder a una estrategia defensiva, lo cierto es que en este caso no fue así, en tanto la razón para ello fue, justamente, la imposibilidad de comunicación con el cliente.

19. No hay duda que el derecho a la defensa está estrechamente ligado a la facultad de probar, a la posibilidad de pedir pruebas y a controvertir las que se decreten a la contra parte. Por ello, la audiencia preparatoria es esencial para desplegar tal tarea y, en el *sub examine*, el defensor no pudo cumplir tal misión por su desidia en contactar al acusado y por las evidentes irregularidades del Juzgado de conocimiento en las citaciones a **MARTÍNEZ MÚNERA**.

Se impone recordar que, frente a la trascendencia de esa audiencia, la Sala, en la sentencia CSJ SP154-2017, rad. 48128, sostuvo:

El derecho a la defensa se halla inescindiblemente vinculado con el derecho a probar, por ello, la justeza y la legitimidad de la sentencia es inconcebible al margen de la existencia de una posibilidad real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos; en este sentido, el derecho que le asiste a la defensa a solicitar y a que le decreten las pruebas requeridas, constituye un presupuesto inexcusable del derecho al juicio justo.

La audiencia preparatoria es, justamente, el acto procesal por excelencia para realizar las solicitudes de las pruebas que habrán de practicarse en el juicio oral. Por tal motivo, la legislación exige que el procesado deba estar asistido durante esta diligencia por un profesional del derecho, que, como se ha dicho en el apartado anterior, debe ser idóneo para la representación de los intereses que se le confían, lo cual implica, entre otras cualidades, que sea depositario de los conocimientos y las habilidades necesarias para asegurar que el juicio será un escenario contradictorio, en el que su representado pueda ejercitar plenamente el derecho a la defensa, bien sea por medio de la práctica de la prueba postulada y admitida en la audiencia preparatoria o, confrontando y contradiciendo las arimadas por su contraparte.

En la misma providencia se reiteró que el derecho a la asistencia letrada «*debe tenerse como cercenado cuando la defensa ejercida en concreto se revela determinante de*

indefensión, puesto que su estatus fundamental impide reducirlo a la simple designación de un abogado que represente los intereses, si redundando en una manifiesta ausencia de asistencia efectiva». (CSJ SP154-2017, rad. 48128)

20. La descripción precedente revela que el acusado no pudo ejercer su derecho a la defensa material y tampoco contó con defensa técnica.

La Sala debe insistir en que, aunque en otras oportunidades en las que ha visualizado pasividad en el jurista durante las distintas etapas, no ha declarado nulidad, en el *sub examine* emergen notables particularidades: la ostensible falencia de la Fiscalía en consignar los datos del imputado, la apatía del defensor, que no se comunicó con el procesado, pese a que el plenario le ofrecía los datos para hacerlo efectivamente, y la inactividad de la Juez, que no desplegó acción alguna orientada a prestar apoyo para esos efectos.

El sistema procesal penal es de partes, pero los jueces no pueden ser simples espectadores y tienen la carga de salvaguardar los derechos y las garantías de todos los que en él intervienen. De allí que la funcionaria cognoscente tenía la obligación de interesarse por la constante manifestación del abogado defensor sobre la imposibilidad de comunicarse con el cliente e intentar prestar colaboración para que ello pudiera realizarse. Sin embargo, su actitud fue totalmente pasiva.

Cabe agregar que la infracción del derecho de defensa constituye la excepción al principio de convalidación de actos irregulares. De allí que, si se constata su vulneración, no opera la convalidación, al punto que para subsanarla solo se impone la invalidación de lo actuado (*cf.* CSJ SP, 1 ago. 2007, rad. 27283; CSJ SP, 3 dic. 2002, rad. 11079)

21. Así las cosas, el cargo prospera y, por su impacto en la actuación, se releva a la Sala de ocuparse sobre los demás reproches.

En consecuencia, se declarará la nulidad a partir de la audiencia preparatoria, inclusive, a efectos de que se rehaga la actuación con plena observancia de la garantía de defensa, al tiempo que se prevendrá a los jueces para que procedan de manera pronta a fin de evitar la ocurrencia de la prescripción.

22. Teniendo en cuenta que en el plenario obra que **GONZALO MARTÍNEZ MÚNERA** se encuentra privado de su libertad por razón de este proceso -fue capturado el 8 de noviembre de 2019³⁵, se dispondrá su libertad inmediata, siempre que no tenga requerimientos por parte de otras autoridades judiciales.

³⁵ Folio 109 del cuaderno del Tribunal.

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,

RESUELVE

Primero. CASAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la dictada por el Juzgado 28 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la ciudad y condenó a **GONZALO MARTÍNEZ MÚNERA** por el delito de violencia contra servidor público.

Segundo. Declarar la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, inclusive, celebrada el 19 de octubre de 2018.

Tercero: Ordenar la libertad inmediata de **GONZALO MARTÍNEZ MÚNERA**, en tanto no tenga requerimientos pendientes por parte de otra autoridad.

Cuarto. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Quinto. Remitir de inmediato el expediente al Juzgado de conocimiento para que rehaga la actuación con prontitud.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERSON CHAVERRA CASTRO



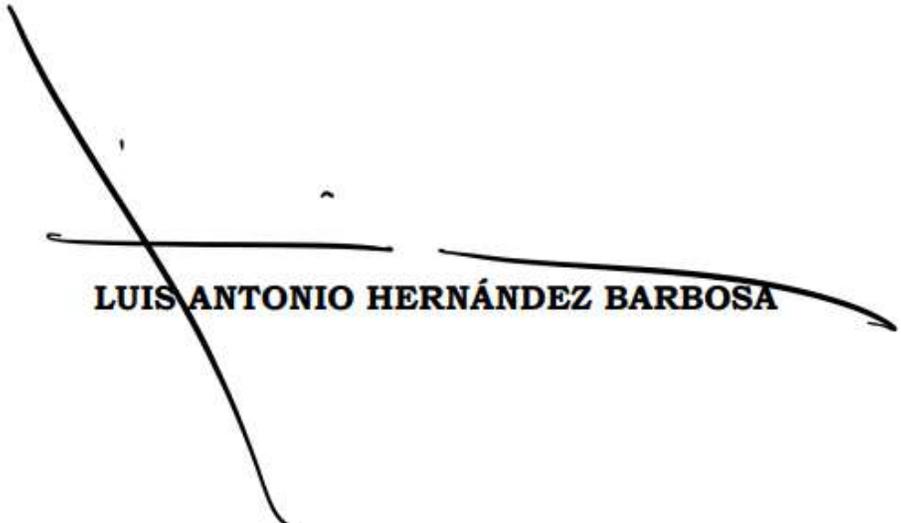
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA

Sala Cas

021



HUGO QUINTERO BERNATE

Salvamento de voto



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal 2021