

Proceso Nº 12231

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente :

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Aprobado acta No. 103

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciséis de junio del año dos mil.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de doce de marzo de mil novecientos noventa y seis, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a los procesados CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ y OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA por el concurso de delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir.

Hechos y actuación procesal.-

Aproximadamente a las dos de la tarde del 7 de julio de 1993 varios sujetos ingresaron a la residencia de la señora EVANGELINA CARTAGENA ubicada en la Calle 92EE No. 71 A-59, Barrio Castilla, de la ciudad de Medellín (Ant.), y le causaron múltiples heridas con arma cortopunzante, que determinaron su muerte poco después en un centro asistencial a donde fue llevada por dos de sus hijos que ocasionalmente llegaron al lugar.

El ocho de septiembre siguiente, ante la Unidad Tercera Seccional de Fiscalía concurrió a declarar el señor JHON JAIRO MONTOYA CARTAGENA, hijo de aquella, para indicar que no

obstante no haber presenciado el hecho, como antecedente del mismo señaló que horas antes de la muerte de su madre, ésta había recriminado a un sujeto a quien identifica con el alias de “coco”, integrante de una banda criminal de aproximadamente seis sujetos dedicados al expendio y consumo de estupefacientes, entre otras actividades ilícitas, precisamente por realizarlas en frente de su residencia.

Posteriormente, el 10 de octubre de ese año, en similares circunstancias y lugar perdió la vida JOHN JAIRO MONTOYA CARTAGENA a consecuencia de haber recibido lesiones con arma cortopunzante, causadas por varios sujetos que penetraron a su residencia de donde lo sacaron para darle muerte en la vía pública y en presencia de los vecinos.

El día siguiente, se recibió el testimonio de ANTONIO MORENO quien dijo haber presenciado el momento en el que dos sujetos huían luego de haber ocasionado las heridas a la señora EVANGELINA CARTAGENA, uno de los cuales identifica como “El Matón”, agregando que pertenecen a la banda criminal denominada “La Gente de Diego” de la que hacen parte los sujetos con los alias de “CLIMACO”, “PATAS”, “CONO”, “EL FLACO ALEX”, dos hermanos llamados “LOS MIAOS”, “EL MATON”, “EL JIBARO” y “EL COCO” quien falleció luego de un enfrentamiento a bala con la policía en momentos en que junto con “EL FLACO ALEX” atracaban a un taxista, siendo esa la misma organización criminal que tiene sembrado el terror en el sector donde opera, y la cual también dio muerte a JHON JAIRO MONTOYA CARTAGENA, en hecho del que se dio cuenta todo el vecindario (fls. 271 y ss.).

Dada la relación entre los dos hechos, encontrada por la Fiscalía Ciento Veintiocho Seccional de la Unidad Tercera de Investigaciones Previas, el doce de octubre de mil novecientos noventa y tres abrió la investigación y dispuso la captura a efectos de la indagatoria de los sujetos identificados con los alias de “El Matón”, “El Flaco Alex”, “Cono”, “Los dos Maitos”, “La Chiva” y “Patatas”, integrantes de la organización criminal reconocida por la comunidad en donde fueron perpetrados los homicidios, según

fue expuesto en el referido proveído (fl. 15).

En esa misma fecha, y con fundamento en la orden impartida por la Fiscalía, la Unidad Interinstitucional de Homicidios de la que hacen parte investigadores del C.T.I., DAS y la SIJIN, capturó a CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ, YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO (alias "Mono Grande"), OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA (alias "El Cono"), WILSON ADRIAN MARIN GONZALEZ (alias "El Miaito") (menor) y a HERNANDO MARIN GONZALEZ (alias "El Miaito", de catorce años de edad), quienes suscribieron el acta de imposición de derechos del capturado de que trata el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal (fl. 19).

Ese mismo día, el funcionario instructor dispuso llevar a cabo diligencia de reconocimiento en fila de personas "con el señor Antonio Moreno, quien previamente los había señalado e individualizado por conocerles ampliamente en dicho barrio" (fl. 25).

En la diligencia, previa designación por la Fiscalía de la señora BEATRIZ ELENA VEGA como defensora de oficio de los capturados, el testigo reconoció a WILSON ADRIAN MARIN como la persona a quien identifica con el alias "El Miao", YHIMJARLY RODRIGUEZ con el alias de "El Mono Grande", CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ con el alias de "Clímaco", OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA con el alias de "El Cono", y a HERNANDO MARIN con el apodo de "El Miao" (fls. 276 y ss.).

Una vez llevada a cabo la diligencia que viene de ser mencionada, en esa fecha el Fiscal Instructor dispuso el envío del expediente a la Fiscalía Regional, considerando al respecto que las personas capturadas forman parte de una organización criminal que tiene sembrado el terror en la comunidad del Barrio Francisco Antonio Zea, intimidando y atracando a sus habitantes, y dando muerte a quien hable al respecto (fl. 29).

El catorce de octubre, una Fiscalía Regional de Medellín asumió el conocimiento de las diligencias (fls. 41 y ss.) y escuchó en indagatoria a las personas capturadas. En lo que tiene que ver con el motivo de inconformidad propuesto en la demanda, se destaca que YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO designó como su defensor al doctor FRANCISCO LEON BARRIENTOS PEREZ, abogado en ejercicio identificado con la cédula de ciudadanía número 70.068.176 y la Tarjeta Profesional número 28785, quien “lo asiste solo en esta diligencia” (fl. 42).

CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ, manifestó carecer de abogado a quien nombrar, procediendo entonces de oficio la Fiscalía a designar como su defensor “y únicamente para esta diligencia”, al doctor CESAR AUGUSTO GOMEZ GOMEZ, abogado en ejercicio e identificado con la cédula de ciudadanía número 3.608.415 y la Tarjeta Profesional No. 37119 (fl. 46).

Al menor de edad WILSON ADRIAN MARIN GONZALEZ le fue designado como defensor de oficio al doctor CESAR AUGUSTO GOMEZ GOMEZ quien aceptó el encargo “para representarlo solamente en esta diligencia” (fl. 51).

A OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA la Fiscalía procedió “a nombrarle en forma oficiosa al Dr. CARLOS ADOLFO BETANCURT CANO, portador de la Inscripción Marzo cuatro (4) de 1993 del Honorable Tribunal Superior de Medellín, quien estando presente acepta cumplir bien y fielmente los deberes que el cargo le impone, sobre todo con lo relacionado con la reserva del sumario, quedando así debidamente posesionado solo para la diligencia de indagatoria” (se destaca) (fl. 53).

Previo informe sobre la captura de JOHN JAIRO ALZATE VELASQUEZ (Alias “Coco”) (fl. 57), se dispuso su vinculación mediante indagatoria, en cuya diligencia le fue designado como defensor de oficio el doctor CARLOS FRANCISCO ARIAS J., abogado en ejercicio identificado con la cédula de ciudadanía número 19.053.394 y la Tarjeta Profesional No.

14.966(fl. 60).

Un testigo bajo reserva de identidad, declaró que fueron los sujetos identificados con los alias de “El Matón” y “El Mono Grande” quienes dieron muerte a la señora EVANGELINA CARTAGENA y que aquél junto con otros integrantes de la banda mataron a JOHN JAIRO MONTOYA CARTAGENA (fls. 62).

Por resolución proferida el diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y tres, la Fiscalía Regional dispuso la expedición de copias de lo actuado y su envío al Juzgado de Menores por competencia en relación con WILSON ADRIAN MARIN GONZALEZ y HERNANDO MARIN GONZALEZ (fl. 64).

Mediante resolución dictada el veintidós de octubre, la Fiscalía Regional, invocando las previsiones del artículo 37 del Decreto 2790, adoptado como Legislación Permanente por el Decreto 2271 de 1991, dispuso “mantener como prueba reservada, las diligencias que obran a folios 15 al 19 y los folios 31 y 32 tanto del cuaderno original como del duplicado” relacionadas con la declaración de ANTONIO MORENO y el reconocimiento en fila de personas realizado por éste (fls. 77).

Por escrito hecho llegar a la Fiscalía, el procesado YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO confirió poder al doctor FRANCISCO LEON BARRIENTOS PEREZ para que lo asista en el curso del proceso (fl. 75), reconociéndosele personería mediante resolución proferida el veinticinco de octubre de ese año (fl. 76).

Por proveído de veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y tres, la Fiscalía Regional definió la situación jurídica de CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ, YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO (alias “Mono Grande”), OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA (alias “El Cono”) y JOHN JAIRO ALZATE VELASQUEZ (Alias “Coco”), afectándolos con medida de aseguramiento de detención preventiva por el concurso homogéneo de delitos de homicidio en concurso heterogéneo con concierto para delinquir (fls. 78 y ss.), en

determinación que se notificó personalmente a los sindicatos (fl. 91) y al Procurador 333 en lo Judicial (fl. 92), en tanto que respecto de los demás sujetos procesales tal diligencia se surtió mediante anotación en estado (fl. 92 vto.).

En esa fecha se recibió la declaración de un testigo bajo reserva de identidad, quien dijo que si bien no le consta directamente de los hechos investigados, sí se ha enterado de las actividades delictivas llevadas a cabo por la banda de la que hacen parte los sujetos apodados "CLIMACO", "CONO", "GUIN", "MIAOS" (fls. 93 y ss).

Por escrito presentado el 3 de noviembre de 1993, la Representación del Ministerio Público solicitó la designación de defensores de los procesados CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ y OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA y la práctica de algunas diligencias (fl. 101), pretensión que fue resuelta mediante resolución proferida el día dieciséis siguiente, en la cual "se ordena nombrarle defensor de oficio a los sindicatos que aún no se encuentren representados en legal forma, lo que se hará por intermedio de la defensoría pública" (fls. 105 y ss.).

Al proceso se allegó el protocolo de la necropsia practicada al cadáver de JOHN JAIRO MONTOYA CARTAGENA, quien falleció a "consecuencia natural y directa al choque hipovolémico por herida de corazón con arma cortopunzante y de naturaleza mortal" (fl. 116).

En la constancia secretarial que corre a folios 119, aparece que "a los procesados CLIMACO RESTREPO F. y OSCAR CRUZ ZAPATA se les nombró defensor de oficio al momento de recepcionarles sus injuradas, y a pesar de que allí se exprese que es sólo para esa diligencia, se debe tener presente lo preceptuado en los arts. 139 y 147 del C. de P. P.; igualmente se debe observar la dificultad que se presenta para conseguir defensores de oficio en estas regionales; además, la Defensoría Pública desafortunadamente no ha empezado a operar".

Por resolución proferida el trece de diciembre de mil novecientos noventa y tres, la Fiscalía Regional, entre otras diligencias, ordenó “Nombrarle defensor de oficio a los sindicatos que no estén legalmente representados, lo que se hará por intermedio de la Secretaría Común” (fl. 120).

El veinticuatro de noviembre fueron escuchados los testimonios de DORIS ISABEL CASTILLO AMAYA, LUZ AIDA VELASQUEZ DE IBARRA, ANA DELIA AMAYA DE CASTILLO, MARIA REFA HENAO DE JIMENEZ, MANUEL DE LOS SANTOS CASTILLO ZABALETA, DUVAN ALBERTO MARIN GONZALEZ y ALCIBIADES HERNANDEZ ALVAREZ (fls. 140 y ss.).

El día veinticinco, se recibieron las declaraciones de LUCILA DE JESUS ZAPATA DE CRUZ, NANCY ESTELA SUAREZ MUÑOZ, JUDITH DE JESUS FLOREZ OSPINA y LUZ IRENE CRUZ ZAPATA (fls. 148 y ss.).

El siete de enero de mil novecientos noventa y cuatro, el Jefe de la Secretaría Común de la Dirección Regional de Fiscalías de Medellín, designó al abogado ALIRIO SANGUINO MADARRIAGA identificado con la cédula de ciudadanía número 13370684 y la Tarjeta Profesional No. 53913, como defensor de oficio de los procesados OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA y CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ, tomando posesión del cargo en esa misma fecha (fl. 164).

Por escrito presentado el 8 de febrero de 1994, el defensor del procesado YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO, solicitó la clausura de la investigación “pues la misma se encuentra agotada y los términos vencidos” (fl. 181).

El veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, se oyó el testimonio de un testigo con reserva de identidad, en cuya diligencia manifestó que quienes dieron muerte a EVANGELINA CARTAGENA fueron JOHN JAIRO ALZATE alias “EL COCO” y otro sujeto a quien identifica con el alias de “El Matón”. Agregó que a JOHN JAIRO MONTOYA CARTAGENA le dieron muerte OSCAR DARIO CRUZ alias “El Cono”, Diego N. alias “La

Chiva”, Alex N. alias “El Flaco” y “dos niños que les dicen ‘los miaoos’ ” (fl. 195).

En esa fecha, igual se recibió la declaración de un testigo bajo reserva de identidad, quien dijo haberse enterado que John Jairo Alzate alias “El Coco” y otro sujeto apodado “El Matón”, fueron los causantes de la muerte de la señora Evangelina Cartagena, pudiendo apreciar a los mencionados cuando se lanzaban desde el balcón de la casa de la fallecida, alcanzando la calle, y al primero de ellos llevando en la mano un cuchillo ensangrentado. “Al instante la señora herida, desangrada y solicitó auxilio, unos vecinos la llevaron al hospital y allí murió”.

Respecto de la muerte de JOHN JAIRO MONTOYA CARTAGENA, dijo: “También me tocó ver ese homicidio, pude observar cuando John Jairo salía de su casa herido, y detrás de él, iban Clímaco Antonio Restrepo, Jhin Harly Rodríguez Castillo, Oscar Darío Cruz alias ‘Cono’, y Diego alias ‘La Chiva’ y alias ‘El Flaco’, a este ya lo mataron, y ‘Los miaoos’...”. “Vi cuando en la calle le daban puñaladas, otros le daban patadas, y le gritaban: por sapo, gonorrea, hijueputa, él trataba de levantarse pero ellos no lo dejaban, luego lo dejaron ahí tirado y salieron todos en marcha hacia arriba, como si nada hubiera pasado. La gente de miedo y de temor no hizo nada, al mucho rato, se presentaron algunos y lo llevaron al hospital donde murió, los de la banda mataron a John Jairo dizque por sapo” (fl. 196).

Por proveído de veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, la Fiscalía negó la pretensión de clausura del ciclo instructivo presentada por el defensor de YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO, ordenó “que por intermedio de la Secretaría se le nombre defensor de oficio a los sindicatos OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA, CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ y JOHN JAIRO ALZATE VELASQUEZ, ya que no se encuentran representados en legal forma, hasta el momento”, y dispuso al tiempo la práctica de algunas diligencias (fls. 197).

En la constancia secretarial que corre a folio 199, se establece que “con respecto al nombramiento de defensores, a fls 76 obra posesión del defensor de YHIMJARLEY RODRIGUEZ. A folios 164 se tiene la posesión del defensor de los procesados: OSCAR CRUZ ZAPATA y CLIMACO ANTONIO RESTREPO. En consecuencia, falta por designarle asistente judicial al procesado JOHN JAIRO ALZATE VELASQUEZ, a lo cual se intentará lo pertinente” (fl. 199).

Por decisión proferida el diecinueve de abril de mil novecientos noventa y cuatro, la Jefe de la Secretaría Común de la Dirección Regional de Fiscalías, designó a la doctora LUZ MARINA VILLA BOTERO como defensora de oficio del procesado JOHN JAIRO ALZATE VELASQUEZ (fl. 206) librándose al efecto la correspondiente comunicación, la que fue devuelta por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones al haberse establecido que el “destinatario cambió de domicilio” (fl. 212).

La misma autoridad que viene de ser mencionada, en resolución de dos de mayo siguiente, designó al doctor HERNANDO ANTONIO JIMENEZ GONZALEZ como defensor oficioso del procesado ALZATE VELASQUEZ (fl. 214), tomando posesión en esa fecha (fl. 215).

La Fiscalía Regional, mediante decisión de mayo cinco de mil novecientos noventa y cuatro, declaró la clausura parcial del ciclo instructivo, “respecto de los implicados que actualmente se encuentran privados de la libertad” (fl. 217), en decisión notificada personalmente a los procesados YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO, OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA, CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ y JOHN JAIRO ALZATE VELASQUEZ; a los defensores doctores FRANCISCO LEON BARRIENTOS PEREZ, ALIRIO SANGUINO MADARRIAGA, y HERNANDO A. JIMENEZ GONZALEZ (fl. 219); así como a la Representación del Ministerio Público (fl. 220).

Los días 10 y 14 de junio, respectivamente, presentaron alegato precalificadorio la

Representación del Ministerio Público, solicitando a la Fiscalía Regional declarar su incompetencia para conocer del asunto (fl. 258), y el defensor del procesado YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO, quien demandó la preclusión de la instrucción en favor de su asistido (fls. 262), en tanto que los demás sujetos procesales guardaron silencio.

El mérito probatorio del sumario fue calificado el quince de junio de mil novecientos noventa y cuatro por la Fiscalía Regional de Medellín, con resolución de acusación en contra de YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO, CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ, OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA y JOHN JAIRO ALZATE VELASQUEZ, por el concurso homogéneo de delitos de homicidio, en concurso heterogéneo con el de concierto para delinquir de que trata el artículo 7º del Decreto 180 de 1988, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 (fls. 246 y ss.), en determinación que fue notificada personalmente a cada uno de los procesados, quienes manifestaron interponer recurso de apelación (fls. 280) y sustentaron de modo conjunto el recurso (fl. 296), a sus defensores doctores FRANCISCO LEON BARRIENTOS PEREZ, ALIRIO SANGUINO MADARRIAGA (fl. 280) y HERNANDO JIMENEZ GONZALEZ (fl. 285) y a la Representación del Ministerio Público (fl. 281) quien interpuso recurso de reposición y el subsidiario de apelación, aludiendo la falta de competencia de la Fiscalía Regional para conocer del asunto (fls. 286 y ss.), en tanto que el defensor de YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO manifestó interponer recurso de apelación el que dijo sustentar con el escrito que corre a folios 304 y siguientes.

Por proveído de quince de Julio de mil novecientos noventa y cuatro, la Fiscalía Regional no repuso la providencia impugnada y concedió el recurso de apelación interpuesto por la Representación del Ministerio Público (fls. 310 y ss.). Similar determinación adoptó el treinta y uno de octubre siguiente respecto del recurso de apelación interpuesto por los procesados y el defensor de RODRIGUEZ CASTILLO (fl. 328).

Por resolución proferida en esa misma fecha, un Fiscal Regional de Medellín dispuso

remitir las diligencias declaradas como reservadas, “al funcionario encargado de calificar este proceso” (fl. 269).

Al parecer, pues dicho pronunciamiento no obra en el expediente, mediante providencia proferida el 15 de diciembre de 1994 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional dispuso remitir el diligenciamiento a la Oficina de Asignaciones de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín, por competencia, a lo cual procedió la Fiscalía Regional en proveído de enero tres siguiente, proponiendo al tiempo colisión administrativa negativa de competencias (fls. 332), lo que no obstante no logra enervar el pronunciamiento de fondo por la Corte respecto de las censuras que se postulan, de una parte, porque ello no ha sido denunciado, y, de otra, por cuando de dicha decisión da expresa cuenta la Fiscalía Regional de Medellín, con lo cual la existencia jurídica de la determinación echada de menos, queda establecida.

La Fiscalía Sexta Seccional de Medellín, por resolución de trece de enero de mil novecientos noventa y cinco, se abstuvo de avocar el conocimiento del asunto, aceptó el conflicto negativo de competencias propuesto y, en consecuencia, dispuso remitir el expediente ante la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema para su definición, autoridad que mediante proveído del día veintisiete siguiente, desató el conflicto adscribiendo el conocimiento del asunto a la Fiscalía Seccional de Medellín (fls. 375 y ss.).

En resolución proferida el veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y cinco, la Fiscalía Sexta Seccional Delegada ante los Jueces del Circuito de Medellín, decretó la nulidad de lo actuado en el proceso “desde el auto de cierre de investigación inclusive (fls. 217 fte.), y de todo lo que (de) ella dependa, incluida la resolución acusatoria” y concedió la libertad de los procesados, de conformidad con las previsiones del artículo 415-4 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993, por haber vencido el termino de ciento ochenta días de privación efectiva de la

libertad sin que se hubiere calificado el mérito probatorio del sumario (fls. 351 y ss.).

Por resolución proferida el veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y cinco, la Fiscalía Sexta Delegada decretó la clausura del ciclo instructivo (fls. 384), en determinación notificada personalmente a los procesados YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO, CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ y OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA (fls. 384 vto.), al defensor doctor ALIRIO SANGUINO M. y a la Representación del Ministerio Público, en tanto que los demás sujetos procesales fueron notificados mediante anotación en estado (fl. 384), ingresando al Despacho el 12 de abril de 1995.

Por proveído interlocutorio del dieciocho siguiente, el Fiscal de instrucción dispuso “rechazar” las declaraciones rendidas por los testigos de oculta identidad (fls. 386 y ss.); y, por resolución de sustanciación proferida el día 19 de ese mes, luego de “un estudio detenido de este informativo”, hace ver “la manera desajustada a la ley como ha sido adelantado” y a fin de tratar “de enderezar la etapa de instrucción” dispuso que el testimonio rendido por ANTONIO MORENO y al cual se le había mantenido como prueba reservada, “haga parte de la investigación y que como tal adquiera toda su validez jurídico-probatoria y así no quede cobijada por la providencia que decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución que clausuró la investigación”.

Dispuso, además, recaudar algunos testimonios, establecer la identidad del individuo apodado “coco” y hacer efectiva la orden de captura contra los sujetos alias “La Chiva”, “El Patas” y “El Matón” (fls. 388).

Contra la determinación proferida el día 18 de abril, la Representación del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, por considerar que los testimonios rendidos bajo reserva de identidad satisfacen los presupuestos de legalidad atendiendo su necesidad,

publicidad, intermediación, imparcialidad, fin y objeto, y que con ellos no se limita el derecho de contradicción, no siendo susceptibles de anulación por el solo hecho de haber variado la competencia para conocer del proceso ya que su mérito persuasivo corresponde establecerlo el funcionario, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (fls. 341 y ss.).

Luego de haberse surtido los traslados de rigor, por resolución sustanciatoria proferida el veintidós de mayo de mil novecientos noventa y cinco, el Fiscal instructor destacó que cuando emitió las decisiones de abril 18 y 19 de esa anualidad, el expediente había pasado a su Despacho “sin las diligencias del nuevo cierre de la investigación que se encontraban en la Secretaría General para efectos de la notificación y de las cuales por tal motivo no tenía conocimiento de su existencia” ya que solo fueron incorporadas cuando nuevamente ingresa el proceso al Despacho para resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público. Es así como, agrega, “lo que se dispuso en las anteriores providencias no tiene razón jurídica alguna para que se hubiera producido”.

Culmina declarando sin valor las providencias que corren a folios 386 y 388 y dispone que se proceda a calificar el mérito probatorio del sumario (fls. 404).

La calificación del sumario se produjo el trece de junio de mil novecientos noventa y cinco, con resolución acusatoria en contra de los procesados YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO (a. “El Mono Grande”), CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ (a. Clímaco), y OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA (a. Cono), por el delito de homicidio agravado cometido en John Jairo Montoya Cartagena, en concurso con el delito de concierto para delinquir.

Precluyó la instrucción, respecto de YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO (a. “El Mono Grande”), CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ (a. Clímaco), OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA (a. Cono), y JOHN JAIRO ALZATE VELASQUEZ en razón de la muerte de María Evangelina Cartagena Montoya “y a este último por los demás cargos que se le escuchó en injurada” (fls. 405 y ss.).

Esta determinación fue adicionada mediante providencia de junio veinte de ese año, en el sentido de revocar la libertad provisional concedida a los acusados, y ordenar la devolución de las cauciones prestadas por éstos y por Alzate Velásquez. (fls. 415 y ss).

De la resolución enjuiciatoria fueron notificados personalmente los procesados CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ, OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA, la Representación del Ministerio Público y el doctor ALIRIO SANGUINO MADARRIAGA, en tanto que respecto de los demás sujetos procesales tal diligencia se surtió mediante anotación en estado del treinta de junio de mil novecientos noventa y cinco (fls. 416 y ss.) cobrando ejecutoria en esa instancia el seis de julio siguiente, por no haber sido objeto de impugnación.

En decisión de cuatro de julio, declaró extinguida la acción penal y precluyó, en consecuencia, la investigación respecto de YHIMJARLY RODRIGUEZ CASTILLO, debido a su fallecimiento (fl. 429).

El trámite del juicio estuvo a cargo del Juzgado Veintidós Penal del Circuito, en cuya etapa de preparación de la vista pública, los procesados solicitaron ampliación de indagatoria y la recepción de los testimonios de los hermanos MAURICIO y LUZ MARINA CARTAGENA, accediéndose a ello mediante proveído de octubre cinco de mil novecientos noventa y cinco (fl. 443), en el cual, además, de oficio se decretó recibir el testimonio de YOLANDA VARGAS y TERESA MUÑOZ.

En la fase probatoria del juicio se practicaron las diligencias de ampliación de indagatoria de los procesados RESTREPO FLOREZ y CRUZ ZAPATA, quienes estuvieron asistidos por el doctor ALIRIO SANGUINO MADARRIAGA (fls. 448 y ss.), y se recaudaron los testimonios de YOLANDA DE JESUS VARGAS DE ALZATE (fls. 450), LUZ MARINA CARTAGENA (fls. 452 vto.), MAURICIO CARTAGENA (fl. 454) y GILDARDO PEREZ GARCIA (fl. 455).

A la vista pública (fls. 458 y ss.), asistió el doctor ALIRIO SANGUINO MADARRIAGA, defensor oficioso de los procesados quien intervino activamente alegando a favor de los éstos.

Culminado el acto oral de juzgamiento por sentencia proferida el veintinueve de enero de mil novecientos noventa y seis, se puso fin a la instancia condenando a los procesados OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA (a. "Cono") y CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ, a las penas principales individualmente consideradas de cuarenta y tres (43) años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de seis años, entre otras determinaciones, por encontrarlos penalmente responsables del delito de homicidio agravado perpetrado en la persona de John Jairo Montoya Cartagena, en concurso con el de concierto para delinquir, a ellos imputados en el pliego enjuiciatorio (fls. 462 y ss).

Contra esta determinación, oportunamente los procesados interpusieron recurso de apelación, y el Tribunal Superior, al desatar la alzada resolvió confirmar en lo sustancial la sentencia recurrida, con la sola aclaración relacionada con los beneficiarios de la condena en perjuicios (fls. 482 y ss.).

Contra el fallo de segundo grado, en oportunidad estos mismos sujetos procesales interpusieron recurso extraordinario de casación (fl. 495 vto.), el cual fue concedido por el ad quem (fl. 500) y dentro del término legal, el Defensor Público presentó la correspondiente demanda en nombre de los dos procesados (fls. 513 y ss.), declarándose ajustada a las prescripciones legales por la Sala (fls. 3 cno. Corte).

La demanda.-

El defensor público de ANTONIO RESTREPO FLOREZ y OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA, con apoyo en las causales tercera y primera de casación, respectivamente, previstas por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, postula dos cargos contra el fallo

del Tribunal:

CAUSAL TERCERA. CARGO UNICO. (Nulidad por violación del debido proceso y el derecho de defensa).

El casacionista comienza su discurso refiriéndose al contenido del artículo 29 de la Carta Política, para mencionar seguidamente que tal precepto comprende la garantía fundamental al debido proceso y constituye principio de obligatorio acatamiento por los administradores de justicia, cuyo desconocimiento vicia de nulidad la actuación llevada a cabo, y cita a continuación, apartes de un pronunciamiento de la Corte Constitucional en torno al tema.

Prosigue afirmando que dentro del cúmulo de garantías que comprende el debido proceso constitucional, ocupa lugar destacado el derecho de defensa, cimentado en la actividad del funcionario judicial, la defensa técnica y la defensa material, pues a su conculcamiento se puede llegar cuando el funcionario no actúa con igual celo en la búsqueda tanto de lo desfavorable como de lo favorable al procesado, cuando no se lo provee de defensa técnica o ésta incumple su misión, o cuando se le obstaculiza el ejercicio material de defensa.

Agrega que el legislador ha conferido especial importancia al derecho de defensa en aras de su protección, que su transgresión la elevó a la categoría de motivo autónomo de invalidación, para dar a entender que en el evento de llegar a afirmarse que con su desconocimiento no resultaron afectadas las bases fundamentales del debido proceso, la invalidez de lo actuado se mantiene, pudiendo incluso ser alegada por el sujeto procesal que haya dado lugar a la violación del derecho de defensa por falta de defensa técnica, con lo cual se destaca el carácter insubsanable que ostenta.

El derecho de defensa técnica, prosigue, conforme ha sido consagrado en la Carta Política, es entonces la garantía que tiene todo sindicado de contar con un abogado, nombrado por

él o designado de oficio, durante las etapas de investigación y juzgamiento, es decir, a partir de su vinculación procesal hasta el último de los actos que llegue a cumplirse en su contra, siendo, por tanto, integral durante la actuación, y no para segmentos de ella o determinadas diligencias, sin que tampoco se limite a la sola presencia material del abogado en el proceso, ya que esta debe ser efectiva y jurídica de manera que comporte un real ejercicio del derecho de defensa.

Esto sin embargo, continúa, no significa que el abogado esté obligado a llevar a cabo una actividad particularmente notoria, pues cuanto ello no acontece, la garantía se conserva incólume si aparece claro que la inactividad defensiva obedece a una estrategia planeada de modo consciente ante la espera del momento que se estima más adecuado para actuar, y en el cual podrían obtenerse mayores logros en favor de su asistido por razón de la realidad procesal y probatoria existente.

“Exigirle a ultranza a un defensor una actividad que en principio se muestra como innecesaria y hasta inconveniente para los intereses que defiende, por el solo prurito de que quede una evidencia material de su acción, sería obligar a los abogados a actuar en contra de sus principios éticos y su dignidad profesional”, según alude.

En todo caso, lo que en criterio del casacionista sí queda en claro, es que tanto la inexistencia material del abogado en el proceso, como la inactividad de éste sin un fundamento atendible, comportan vulneración grave al derecho de defensa, constituyéndose en motivo de nulidad absoluta, como igual acontece cuando al tiempo se desconocen las formas propias del proceso y el derecho de defensa del sindicado, dado que la transgresión de la norma procesal deja de ser simple irregularidad subsanable para adquirir el carácter de insubsanable.

En el caso de sus asistidos, menciona el actor que del resumen de la actuación procesal hecho en la demanda, sin dificultad se colige que desde el comienzo de la

investigación, se les vulneró gravemente el debido proceso y el derecho de defensa.

Alude al respecto que tanto la apertura de instrucción como la captura de sus defendidos, se realizaron sin haber sido establecida previamente sus identidades ya que el único dato conocido de los sindicados consistía en sus apodos, con lo cual no solo resulta transgredido el debido proceso sino el derecho de defensa de quien en tales condiciones es privado de su libertad, en cuanto que con dicha actuación se puede dar lugar a que permanezca en esa situación, “horas, días o quizás meses, sin que se haya podido establecer si es realmente a quien se quiere investigar o juzgar”, no obstante existir disposiciones legales que impiden el inicio de una investigación sin que se haya identificado, o al menos individualizado el presunto autor, lo que no se logra con conocer solamente su apodo.

Esta irregularidad, agrega, pretendió ser subsanada con la realización de un acto posterior de igual factura, puesto que la prueba en que se basó la Fiscalía para proferir los actos iniciales de la actuación, consistió en el testimonio de ANTONIO MORENO quien se limitó a suministrar los apodos de sus acusados, el cual se pretendió complementar con la diligencia de reconocimiento en fila de personas llevada a cabo al día siguiente de su declaración y una vez capturados los sindicados con los informes que había suministrado. Sin embargo, en esta diligencia también fueron vulnerados tanto el debido proceso como el derecho de defensa pues los sindicados no contaban con defensor y no se hizo ningún esfuerzo para localizarlo, de suerte que su reemplazo quedara justificado, conforme lo establece del artículo 368 del C. P. P., y evitar al tiempo la sanción de inexistencia del acto, prevista por el artículo 161 ejusdem.

Del mismo modo, según pronunciamiento de la Corte Constitucional del 8 de febrero de 1996, cuando haya necesidad de proveer el remplazo del defensor, es indispensable que la designación recaiga en un abogado, pues de no procederse así, resulta desconocido el artículo 29 de la [Constitución Política](#).

En este caso, continúa, al momento de practicar la diligencia de reconocimiento los procesados ni siquiera contaban con defensor, no dándose, entonces, el presupuesto para su reemplazo, y el que fue designado no era abogado titulado, con lo cual no solo se violó el debido proceso sino que se vició de inexistencia la diligencia y de nulidad la actuación procesal.

A ello se suma que tanto el testimonio de ANTONIO MORENO como el reconocimiento en fila de personas realizado por éste, les fueron ocultados a los procesados hasta el primer cierre de la investigación decretado por la Fiscalía Regional, obligándoseles a padecer la investigación y soportar la privación de la libertad “defendiéndose (sic) contra fantasmas”, pues en las decisiones proferidas en su contra se mencionaba la prueba que no podían conocer y que por lo mismo no estaban en condiciones de controvertir. Además, se les referían otras declaraciones respecto de las cuales se dificultaba la controversia por desconocer los nombres de los testigos.

Si bien la decisión de ocultar pruebas se hizo conforme a las previsiones del artículo 37 del Decreto 2790 de 1990, es lo cierto que, en opinión del demandante, tal disposición resulta inaplicable “por violar abierta y flagrantemente el tantas veces citado art. 29” de la Carta Política, dado que a partir de su puesta en vigencia, el sindicato tiene derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, el que solo puede garantizarse si el sindicato cuenta con la posibilidad de conocer las pruebas allegadas.

Agrega que el derecho de defensa técnica también se vio menoscabado pues los procesados en cuyo favor se impugna, no contaron con un defensor desde su indagatoria hasta el 7 de enero de 1994 cuando se vino a subsanar la falencia, debiendo enfrentarse solos por casi tres meses al poder estatal, situación agravada por la escasa actuación cumplida por el defensor designado quien se limitó a asistirlos en la ampliación de indagatoria y en la audiencia pública. “Sin entrar a criticar el trabajo de la defensa, en orden a la gravedad del hecho y de las circunstancias resaltadas, creemos que su labor

fue muy pobre y, como lo anotaron los sindicatos en su momento, 'fugaz y momentánea' " según expone.

Concluye el cargo anotando que por razón de las irregularidades que menciona, se violaron derechos fundamentales de los procesados en cuyo favor presenta la demanda, con transgresión de las bases propias del juicio, las que se tornaron trascendentes e insubsanables, imponiéndose, en consecuencia, declarar la nulidad de lo actuado desde la resolución que dispuso la apertura de instrucción, con fundamento en lo establecido por los numerales 3º y 4º del artículo 304 del C. de P. P.

CAUSAL PRIMERA. CARGO SUBSIDIARIO. (Violación indirecta de la ley sustancial).

El actor denuncia que el fallo del Tribunal es indirectamente violatorio de la ley sustancial, por haber incurrido en errores de hecho que hace consistir en falsos juicios de existencia e identidad, y en errores de derecho por falsos juicios de legalidad por conferirle mérito a un medio aducido sin cumplir los requisitos legales.

En su desarrollo comienza por aludir que la prueba soporte del fallo que ataca, es de carácter eminentemente testimonial "y más concretamente, el testimonio de ANTONIO MORENO". "Los demás testimonios obrantes en el proceso" no podían ser considerados dado que fueron aducidos ilegalmente "en virtud del trámite que se le emprimió (sic) a la actuación a partir de la nulidad decretada por la Fiscalía Seccional"; otros fueron desechados por no merecer credibilidad , "y los demás," no fueron objeto de consideración.

Si bien de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, en nuestro sistema opera "el sistema de la libre apreciación" (sic) de la prueba, ello no significa que

el juez tenga facultad para actuar a su arbitrio, puesto que ha de hacerlo siguiendo los postulados que gobiernan la sana crítica según la naturaleza de cada medio, que le otorgan sentido objetivo a la ponderación de las pruebas y la despojan de toda subjetividad, y, por tanto, arbitrariedad e irracionalidad.

Debido a esto estima que en el caso presente la prueba testimonial no puede ser valorada sin tener en cuenta “la realidad sociológica” existente en el sector donde tuvieron lugar los hechos materia de investigación y juzgamiento, pues “allí, en medio de la miseria que afecta a todos sus habitantes, se vive un clima de pavorosa violencia enmarcado por las guerras entre bandas juveniles”.

Este fenómeno, en concepto del casacionista, no resulta extraño al proceso, siendo prueba de ello “el testimonio del señor MORALES” quien, además de impreciso, dado que solo suministra los apodos de los autores del hecho, “en su afán de incriminar por incriminar”, “se muestra manifiestamente falaz” puesto que reiteradamente se refiere al “FLACO ALEX”, como uno de los autores del homicidio de JOHN JAIRO MONTOYA, cuando en verdad dicho sujeto falleció violentamente el 1º de octubre de 1993, es decir nueve días antes del homicidio, según se colige de la certificación expedida por la Unidad Primera de Reacción Inmediata, que obra a folio 240.

Agrega que el “señor MORALES” en su declaración se limitó a suministrar “los apodos de los supuestos hechos que denuncia” (sic), en falencia que se pretendió subsanar con la diligencia de reconocimiento en fila de personas, la cual, por presentar irregularidades, es inexistente. Debido a esto, cuando en el fallo se afirma que dicho testigo identificó plenamente a los autores de los hechos “se incurre por parte de la judicatura de instancia en un verdadero falso juicio de identidad”, dado que por parte alguna de su exposición hace esa precisión pues solamente suministra los apodos.

Del mismo modo, cuando en el fallo de primera instancia se afirma que en la

diligencia de reconocimiento el señor Moreno suministró los apodos y los nombres, no solo se distorsiona el sentido de la diligencia pues en ella solo repitió los apodos “y los señalados los nombres” (sic), sino que se desconoce su manifiesta ilegalidad, que la torna inexistente.

Agrega que las madres de los procesados declararon que en la fecha de los hechos sus hijos se encontraban en sus casas, no obstante dichos testimonios no fueron tenidos en consideración por los juzgadores, quienes por ese motivo incurrieron en error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, el cual, si se lo considera en relación con el yerro probatorio cometido respecto de la declaración del señor Moreno, conduce al desquiciamiento del fallo.

En el fallo también se incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia al omitir considerar el documento que corre a folio 437, que da cuenta que en el mes de septiembre de 1993 Oscar Darío Zapata fue sometido a una intervención quirúrgica, sin que se hubiere realizado el menor análisis para concluir que para la fecha del homicidio se encontraba completamente recuperado, desacierto que el actor califica como trascendente “en tanto aporta un elemento de prueba que torna poco probable que este procesado haya podido estar en el sitio de los hechos en las condiciones físicas en que se encontraba”.

De lo expuesto, infiere, la prueba en que se apoyó la judicatura para condenar a los procesados, “carecía de la virtualidad suficiente para soportar el juicio de reproche formulado contra ellos”, y con ello, violó indirectamente por aplicación indebida los artículos 247 del C. de P. P.; 186, 323, 324-6 y 7º del C. P., y por falta de aplicación el artículo 445 del C. de P.P., por lo que demanda de la Corte casar el fallo recurrido y dictar en su reemplazo uno de carácter absolutorio en favor de Clímaco Antonio Restrepo Flórez y Oscar Darío Cruz Zapata.

Concepto del Agente del Ministerio Público.-

1.- El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, frente a los diversos aspectos que integran la censura principal, conceptúa de la manera que sigue:

1.1.- Respecto de la pregonada imposibilidad jurídica para haber dispuesto la fiscalía instructora la apertura de investigación, considera la Delegada que no asiste razón al recurrente, pues si bien es cierto para entonces el único señalamiento hecho contra los sindicados era el de sus apodos, ello fue suficiente para establecer la identidad de los procesados afectados con el fallo de segunda instancia, ya que se logró su captura y la consecuente vinculación a la actuación, sin que por ello se hubiere transgredido el debido proceso, precisamente porque, dado el entorno social en que acaecieron los hechos, resultaba posible su individualización de la anotada manera, máxime si las actividades que habitualmente llevaban a cabo, y los lugares que frecuentaban, habían sido definidas de antemano.

1.2.- En relación con el motivo invalidatorio propuesto, fundado en la violación del derecho de defensa por haberse dispuesto la ocultación del testimonio rendido por Antonio Moreno y la diligencia de reconocimiento en fila de personas, la Representación del Ministerio Público es del criterio que dicho aparte del reproche deviene desacertado, en primer lugar, porque la utilización de esos mecanismos por parte del Fiscal Regional se encontraba autorizada por el Decreto 2790 de 1990, cuya vigencia no solamente prorrogó por 90 días el artículo 8º transitorio de la Constitución Política, sino que fue incorporado al ordenamiento jurídico como legislación permanente por el Decreto 2271 de 1991, y declarado posteriormente exequible por la Corte Constitucional; y, en segundo término, el conocimiento de estos medios de prueba se posibilitó con ocasión de la declaratoria de nulidad originada en la falta de competencia de la fiscalía regional.

1.3.- En cuanto hace al aparte referido a la violación del derecho de defensa técnica, la Delegada es partidaria de la prosperidad del cargo, pues no obstante la designación de un defensor para la diligencia de indagatoria “con indiscutible proyección a las subsiguientes etapas del proceso”, y haberse nombrado un defensor en la etapa anterior a la decisión de clausurar la fase instructiva, la asistencia de éste en la ampliación de indagatoria y la vista pública, en el curso del proceso no se observa ningún otro ejercicio defensivo, siendo por tanto inevitable declarar la nulidad de lo actuado, aunque no a partir del acto de apertura como se demanda, sino del cierre de la investigación.

En ese sentido sostiene que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, la garantía constitucional de defensa técnica no admite restricciones; su ejercicio, al menos mínimamente, debe cumplirse durante las etapas de instrucción y juzgamiento, de manera continua e ininterrumpida, sin que resulte admisible parcelas o segmentos, si bien no en términos absolutos.

Agrega que frente a la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el postulado de la materialización del derecho de defensa no se cumple con la sola presencia “físico-formal firmante” de un abogado inactivo en medida extrema, como ocurrió en el proceso en estudio.

El derecho de defensa, se proyecta en dinámicas independientes integradas por la defensa material y la defensa técnica, las cuales, aunque poseen igual rango de discrecionalidad en su ejercicio dentro del proceso penal, su desarrollo corresponde a modos diversos de realización, dado que mientras la primera la ejerce el procesado como opción según la facultad conferida al respecto por el artículo 137 del Código procesal; la segunda, de carácter obligatorio, se relaciona con la actividad de un

profesional del derecho, mediante la cual se supone que vierte al proceso sus conocimientos jurídicos de los que normalmente no goza el sindicato, como aquí ocurre.

De admitirse la tesis que confiere al derecho de defensa una proyección integral, implicaría reconocer la posibilidad de su ejercicio fraccionado o sectorizado, justificando con ello aquellos segmentos del proceso en donde se restringió la garantía, con el pretexto de que de algún modo en otras actuaciones del proceso se llevó a cabo, con lo cual el postulado se relativiza.

Y luego de referir el pronunciamiento de la Corte del 18 de septiembre de 1997, sostiene que para la efectivización del derecho de defensa es preciso que en el proceso existan realmente actividades defensivas, pues, como en este caso, salvo las mínimas gestiones ya destacadas, la inactividad del abogado fue absoluta, y por tanto no puede ser valorada en desmedro de los derechos de los sindicatos.

Destaca, finalmente, que cuando el actor menciona que en la diligencia de reconocimiento en fila de personas los procesados no estuvieron asistidos por un profesional del derecho, no hace cosa distinta a contextualizar la impugnación en el ámbito de la violación del derecho de defensa para relieves que en ese aparte del proceso sus representados estuvieron desprovistos de abogado, con lo cual mal podría serle atribuida la incursión de un yerro técnico bajo el pretexto de que esa alegación ha debido postularla al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, por corresponder a la hipótesis del error de derecho por falso juicio de legalidad.

2.- Respecto del cargo que por violación indirecta de la ley sustancial postula el impugnante, la Delegada estima que si bien se acierta en su enunciación al apoyar la censura en el ámbito de la causal primera de casación por errores de hecho derivados de

falsos juicios de identidad y existencia, también es manifiesto que se incurre en el desacierto de citar aisladamente los preceptos que se estiman vulnerados ya que no se los relaciona con el desarrollo del cargo.

Es así como, no logra demostrar el actor de qué manera por virtud de los errores probatorios que menciona, se dejaron de aplicar o aplicaron indebidamente los preceptos contenidos en las normas que anuncia, dejando sin comprobación dicho aspecto.

Igual acontece cuando alude la falta de aplicación del artículo 445 del C. de P.P., pues no demostró cómo a partir de lo acreditado en el proceso resultaba posible deducir la presencia de una duda insalvable en torno a la responsabilidad penal declarada en contra de los procesados, con lo que se omitió cumplir la carga de acreditar las afirmaciones hechas en la demanda, la cual no puede ser complementada por la Sala ni la Delegada, por virtud del principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario.

Con todo, sin perjuicio del desacierto que pone de presente, la Delegada destaca que la distorsión y la omisión probatoria que se denuncia como error de hecho por falso juicio de identidad y de existencia, carece de potencialidad para desquiciar el fallo que se atribuye en la demanda, puesto que los sentenciadores no tergiversaron materialmente el testimonio de ANTONIO MORENO sino que atendiendo los parámetros establecidos por la sana crítica lo evaluaron, y a partir de ello optaron por proferir el fallo de condena que es objeto de impugnación. Tanto es esto, prosigue, que el fallo de primera instancia menciona la sindicación directa que dicho testigo hizo en contra de los sentenciados y en complemento de ello acude a citar algunos apartes de los testimonios rendidos por personas que declararon bajo reserva de identidad, quienes igual implicaron a los procesados como los autores de los delitos investigados.

Y si bien en la sentencia no se hace mayor mención de las declaraciones rendidas por las madres de los procesados y el documento que corre a folio 437 del expediente, de todas

maneras dichos medios carecen de potencialidad probatoria suficiente para lograr la modificación del fallo de condena por uno de absolución, pues los testimonios de LUCILA DE JESUS ZAPATA DE CRUZ y JUDITH DE JESUS FLOREZ OSPINA, no logran demeritar las imputaciones formuladas en contra de Restrepo Flórez y Cruz Zapata. Respecto del documento, agrega, éste fue allegado al proceso en fotocopia simple sin que obre constancia sobre su autenticidad.

Con ello la Delegada resalta la omisión del actor en demostrar el grado de trascendencia del yerro probatorio en la parte dispositiva del fallo, pues debió comprobar que de haber sido considerados dichos elementos de prueba, la situación habría sido distinta, lo que aquí no se cumple. De ahí que conceptúe que el cargo propuesto está llamado a fracasar.

SE CONSIDERA:

Dado que el orden observado en la demanda para la presentación de las censuras, corresponde al criterio de prioridad lógica exigible en casación, por la mayor cobertura que en el proceso tendría de prosperar la primera de ellas, la Corte dará respuesta abordando en un comienzo el estudio de la nulidad, y al interior de ésta los distintos aspectos que componen el cargo, y seguidamente decidirá lo pertinente en relación con la propuesta impugnatoria por violación indirecta de la ley sustancial.

CAUSAL TERCERA. CARGO UNICO. (Nulidad por violación del debido proceso y el derecho de defensa).

En tratándose de la causal tercera de casación, la jurisprudencia de la Corte tiene precisado que corresponde al actor concretar la clase de nulidad que invoca, señalar sus fundamentos, las normas que estime infringidas y precisar de qué manera la irregularidad procesal denunciada repercutió definitivamente afectando el trámite surtido

que culminó con la sentencia impugnada, pues no se trata de hacer evidente cualquier irregularidad sin trascendencia, sino sólo de aquellas que inexorablemente conducen a su invalidación.

Si lo aducido es la violación del debido proceso, se debe comprobar la existencia de irregularidad sustancial que afecte la estructura del sistema que lo inspira. Por ejemplo; falta de apertura de investigación, no vinculación del procesado, no definición de la situación jurídica o ausencia de la decisión de cierre de la investigación; desconocimiento de la etapa de investigación y/o de juzgamiento; dentro del juicio: de la fase probatoria y/o de debate oral; de formulación de cargos o sentencia, o la posibilidad de recurrir en segunda instancia.

Y si lo alegado es la violación del derecho de defensa, en la demanda se debe especificar la actuación que lesionó dicha garantía y su concreta incidencia en el fallo impugnado

En todo caso, cada uno de los cargos debe contener una petición acorde con la naturaleza de la nulidad invocada, indicando el momento a partir del cual la invalidación debe decretarse y el señalamiento del funcionario al cual habría de remitirse el proceso para la reposición de lo actuado.

Del cargo propuesto por el defensor público de CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ y OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA lo primero que se advierte es confusión de los conceptos de debido proceso y derecho de defensa, puesto que si bien en ambos casos es la nulidad la solución que el ordenamiento ofrece en el evento de encontrarse transgredida cualquiera de estas dos garantías de rango constitucional, también lo es que cada cual obedece a fundamentos de distinta naturaleza, poseen diverso alcance, y por tanto ameritan postulación, desarrollo y demostración autónoma en sede de casación, en punto a estar contempladas en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, como motivos de invalidación distintos.

Aunque el casacionista no individualiza claramente los aspectos en que pretende dividir su protesta, ni establece nítidamente cuáles de ellos corresponden a la violación del debido proceso y cuáles al derecho de defensa, al exteriorizar que éste es una de las especies de aquél, entendido de modo general, y contrariar de esta manera la distinta categorización que de dichas garantías fundamentales hace la ley (art. 304 numerales 2 y 3 del C. de P. P.), reconocida por la jurisprudencia para efectos de la ineficacia de los actos procesales, si bien comporta defectuoso manejo técnico del cargo no advertido por la Delegada y que determinaría la desestimación del cargo, ello no obsta para que la Corte proceda a demostrar la absoluta falta de fundamento de los distintos aspectos en que lo subdivide el casacionista.

1.- Improcedencia de la apertura de investigación.-

Una de las finalidades establecidas para la etapa de investigación previa (arts. 319 y ss. C. de P.P.) es determinar la procedencia del ejercicio de la acción penal estatal y “practicar y recaudar las pruebas indispensables con relación a la identidad o individualización de los autores o partícipes del hecho”, ya que “cuando no existe persona determinada continuará la investigación previa, hasta que se obtenga dicha identidad”. Esta preceptiva indica, en principio, que solamente una vez establecido dicho aspecto procede la apertura formal de la instrucción. No obstante, ello ha de merecer análisis de acuerdo al sistema en que tales disposiciones se integran, dado que si la apertura de la investigación también tiene aparejada como una de sus finalidades establecer “quién o quienes son los autores o partícipes del hecho” (art. 334 ejusdem), es de entenderse que dado el carácter unitario del proceso, en los casos de ser varios los imputados la investigación no se inicia solamente en relación con los individualizados o identificados, ni continúa la actuación en etapa preliminar respecto de los restantes.

Debido precisamente a esto, como formas de individualización del imputado, la ley procesal condiciona la realización de la diligencia de reconocimiento en fila de personas

o fotográfico, a la necesidad de llevarla a cabo, en valoración que ha de hacer el funcionario judicial atendiendo las circunstancias específicas de la actuación, que es precisamente lo denotado por los artículos 367 y 369 del estatuto procesal a través de las alocuciones “cuando ello sea necesario” y “cuando fuere el caso”, respectivamente, con lo cual se libera al criterio del investigador la decisión de su práctica, según la cantidad y calidad de información que el proceso suministre.

Si a lo anterior se agrega que de conformidad con el artículo 352 ejusdem, la vinculación mediante indagatoria procede respecto de quien “en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación” sea considerado por el funcionario autor o partícipe de la infracción a su conocimiento, se ratifica la discrecionalidad que la legislación otorga a fiscales y jueces en la función de ordenación probatoria e impulso procesal, para valorar racionalmente la pertinencia de llevar a cabo una u otra diligencia.

Conforme a lo dicho, la Sala observa que en este caso no se configura el vicio que el casacionista denuncia como atentado al debido proceso, pues si bien es cierto para el momento de la apertura de la investigación no habían sido identificados los imputados, dado que para entonces no se conocían procesalmente los nombres o documentos de identificación de los autores o partícipes del hecho materia de averiguación, ello en manera alguna constituye irregularidad con entidad de incidir negativamente en la validez de la actuación, de una parte, porque la ley no exige perentoriamente como presupuesto de la apertura de investigación la necesidad de “identificar” plenamente al imputado, sino solo su individualización cuando aquella no se logre o no sea posible establecerla acorde con la información con que se dispone en el proceso, y, de otra, por cuanto, en este caso, atendiendo las circunstancias en que se produjeron las muertes de la señora EVANGELINA CARTAGENA y su hijo, de las cuales se sindicó a un grupo perfectamente delimitado de personas, por el conocimiento de sus actividades, el sector en donde se llevaban a cabo y la manera grupal de cumplirlas que tenían algunos

testigos de los hechos, éstos solo estaban en condiciones de mencionar los alias con los que se individualizan internamente los integrantes de la organización responsable de los crímenes.

Por esto, encuentra la Corte que la decisión del fiscal de abrir la investigación, disponer la captura de los imputados inequívocamente individualizados por sus alias, actividades delictivas y sector de operación, según la información válidamente recaudada hasta entonces, y, seguidamente, una vez logradas las aprehensiones dispuestas, practicar diligencia de reconocimiento en fila de personas, y posteriormente vincular mediante indagatoria a los capturados, a más de comportar manifestación de diligencia, constituye reflejo fiel del racional ejercicio de los poderes que el ordenamiento procesal confiere a los funcionarios para que la investigación criminal sea exitosa y en tal medida lograr el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las correspondientes responsabilidades penales.

Exigir, como se pretende en la demanda, que solo puede declararse la apertura de investigación cuando se tengan datos concretos sobre la plena identidad de los autores o partícipes de una conducta delictiva, a más de no corresponder a ninguna norma que así lo establezca como para suponer su transgresión, con lo cual la censura carece de fundamento jurídico, constituye apenas una condición ideal que por lo mismo solo en algunos eventos logra configuración procesal, pues tales presupuestos sólo tendrían un ámbito de validez restringido en el mundo real en el que operan algunas manifestaciones de criminalidad, de manera tal que su cumplimiento riguroso, en los términos que se postulan por el casacionista, no conduciría a otra cosa que a la impunidad generalizada, pues es bien sabido que el riesgo de desaparición de la evidencia incriminatoria, aumenta en relación directa al tiempo que corra desde ocurrencia del hecho.

2.- Violación del derecho de defensa por ausencia del defensor en la diligencia de reconocimiento en fila de personas.-

La alegación relacionada con la violación del derecho de defensa por haberse llevado a cabo diligencia de reconocimiento en fila de personas sin la presencia de un abogado, no obstante el respetable criterio de la Delegada, en opinión de la Sala tal censura ha debido postularse al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, por error de derecho por falso juicio de legalidad, dado que de llegar a demostrarse su configuración en el proceso, la solución para esos casos no consiste en la anulación de lo actuado como se pregona, sino en la exclusión de la prueba al momento de fallar, oportunidad en la que se establece el cumplimiento de las formalidades previstas para la aducción del medio en relación con el que se predica el yerro, respecto de lo cual suficiente y difundida ha sido la jurisprudencia de esta Corte.

Esto por cuanto al hacer depender la validez del proceso de presuntas irrregularidades cometidas en el proceso de formación probatoria, resultan confundidas las formas propias del juicio alegables con apoyo en la causal tercera, con los errores que dicen relación a los grados probatorios, denunciables al amparo de la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial, pues de acreditarse desacierto alguno en la práctica de una prueba distinta de la indagatoria, no tendría sentido que la Corte decretara la nulidad con fundamento en dicha diligencia por no estar vinculada la prueba en relación causativa con los restantes actos procesales no afectados de ilegalidad, ya que en las circunstancias vistas estaría en facultad de proferir el fallo de reemplazo omitiendo considerar la prueba o pruebas respecto de las cuales se presenta el vicio, todo lo cual patentiza la equivocación en que a este respecto se incurre por el censor.

La denuncia en casación de errores probatorios propios de los denominados por la doctrina vicios in iudicando, por desconocimiento de las formalidades establecidas en la ley de rito para su aducción al proceso, no solo implicaba para el impugnante reconocer la

validez del juicio, sino, además, cumplir con la carga de demostrar la trascendencia, debiendo indicar cómo de corregirse el desacierto, dejándose de apreciar el medio o medios sobre los que recaería el yerro, los demás válidamente recaudados -cuya ponderación por el juzgador no cuestiona el casacionista-, darían lugar a variar sustancialmente la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo objeto de impugnación, nada de lo cual es ensayado siquiera por el actor en este caso.

También, era obligación del censor presentar su alegación en capítulo separado bajo expresa mención de subsidiariedad del cargo que por nulidad postula en la demanda, para que en caso de no prosperar éste, la Corte se ocupara de aquél, conforme se establece del artículo 225-4 del Código de Procedimiento Penal. Al no hacerlo, equivocarse en la selección de la causal de casación para denunciar el yerro probatorio, y ubicar sus protestas en el mismo plano de igualdad con la nulidad de lo actuado, incurre en contradicción de imposible solución, pues por virtud del principio de limitación que preside el instrumento extraordinario a que se acude, no se podría optar entre suponer que el fallo fue proferido en juicio viciado de nulidad, o acudir a la conjetura de la validez del juicio para poder proferir sentencia de sustitución en la que se corrija el yerro probatorio denunciado.

Dado entonces el ostensible desacierto técnico en que se incurre por el casacionista en la formulación de este apartado de la censura, donde no solo se equivoca en la selección de la causal consustancial al tipo de error que denuncia, sino que además omite presentar un ataque lógicamente completo en el desarrollo que correspondería a la naturaleza del yerro, en cuanto hace a este particular aspecto del cargo, se enerva cualquier consideración de fondo por la Corte.

3.- Violación del derecho de defensa por ocultación de pruebas.-

El actor también postula como motivo de anulación de lo actuado el hecho de haberse

dispuesto por la Fiscalía Regional el ocultamiento de la declaración de ANTONIO MORENO y la diligencia de reconocimiento en fila de personas en que éste intervino, aludiendo al respecto que tal proceder es contrario a las previsiones del artículo 29 de la Carta Política.

A ello responde la Corte que ninguna mácula se generó en el proceso por dicha actuación dado que ella se encontraba autorizada por lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2790 de 1990, incorporado al ordenamiento como legislación permanente por el Decreto 2271 de 1991.

El artículo 37 del D. L. 2790 de 1990, modificado por el D. L. 99 de 1991, y adoptado como Legislación permanente por el artículo 4º del Decreto Extraordinario 2271 de 1991, establece que durante la etapa de instrucción, para la persona vinculada mediante indagatoria, el defensor y los auxiliares de la justicia, “el Juez podrá disponer la reserva de las decisiones o de alguna prueba concreta hasta el auto de cierre de la investigación, cuando considere que dicha medida es necesaria para garantizar el éxito de ésta o la seguridad de los participantes en el proceso”.

En sentencia C-093 del 27 de febrero de 1993, al declarar la exequibilidad del precepto en mención, dijo la Corte Constitucional:

“Sobre la parte acusada del artículo 37 que establece la posibilidad de la reserva de la prueba para la persona vinculada mediante indagatoria, para el defensor y para los auxiliares de la justicia, esta Corporación no encuentra reparo alguno puesto que se trata de la institución de la reserva de la prueba y del expediente, que encuentran fundamento constitucional en la necesidad de amparar la protección de las víctimas, los testigos e intervinientes en el proceso de conformidad con el numeral 4º del artículo 250 de la Carta. Obsérvese que esta disposición no se establece para ninguna de las autoridades responsables de la Fiscalía General de la Nación”.

“También este predicado se extiende a las partes acusadas de los inicios 4º y 5º de este artículo que de un lado contraen la facultad de expedir copias en estas actuaciones a ciertas diligencias trascendentales en el proceso, y de otro establecen como causal de mala conducta la transgresión de la prohibición anterior. Insiste la Corte en que se trata de unas medidas de carácter especial enderezadas a la mencionada protección que tiene pleno fundamento constitucional; además dicha reserva será ordenada por el Fiscal o por el Juez Regional como funcionarios de la Rama Judicial”.

Resolviendo entonces “declarar exequibles los artículos Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto del Decreto 2271 de 1991 que incorporan como legislación permanente disposiciones de los decretos legislativo 2790 de 1990, 099 de 1991, 390 de 1991 y 1676 de 1991; en las partes demandadas y en la forma como aparecen transcritos en el apartado II de esta sentencia y bajo las consideraciones en ella contenidas”.

Por esta razón, al haber actuado la Fiscalía Regional conforme a la normatividad que le autorizaba ocultar transitoriamente algunas de las pruebas recaudadas, como así procedió en las relacionadas con el testimonio de Antonio Moreno y la diligencia de reconocimiento en fila de personas, ningún menoscabo pudo haberse generado al derecho de defensa como contrariamente se alude en la demanda, máxime si con ocasión de la declaratoria de nulidad a partir del acto de cierre de la investigación proferido por la Fiscalía Regional, se posibilitó el conocimiento del contenido de estos medios de convicción, y por tanto la controversia al haberse dispuesto su publicidad mediante la incorporación al proceso, con lo cual, como atinadamente es conceptuado por la Delegada, el reparo propuesto se halla ausente de asidero.

4.- Ausencia de defensa técnica.-

En cuanto hace a esta protesta, que se afirma configurada durante una parte de la instrucción del proceso, de la reseña atrás hecha de la actuación llevada a cabo se

establece que el reproche carece de fundamento.

El artículo 29 de la Carta Política eleva a la categoría de garantía fundamental el derecho de defensa en su doble dimensión: material, a cargo del procesado, con base en la cual en desarrollo de la actuación puede presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra; y técnica, letrada o profesional, a cargo de un abogado mediante la cual se posibilita la controversia jurídica y se equilibra la situación de desigualdad a que se enfrenta al procesado por el ejercicio de la acción penal estatal.

La defensa conjunta, para que pueda entenderse como garantía constitucional, debe ser real, permanente y continua durante la investigación y el juzgamiento, según ha sido establecido por la jurisprudencia de la Sala.

En el caso de autos, ningún reparo ofrece el casacionista al ejercicio de la defensa material llevada a cabo por los procesados, y tampoco se encontraría en condiciones de alegar su vulneración dado que libre y voluntariamente expusieron sus argumentos defensivos tanto en el aspecto probatorio como con la interposición de recursos cuando lo estimaron pertinente.

La censura se orienta por el camino de la ausencia de defensa técnica, que según el impugnante padecieron los procesados quienes “no contaron con un defensor desde su indagatoria hasta el día 7 de enero de 1994 (fl. 164) cuando se vino a subsanar tan grave falencia, que había merecido, inclusive, el reclamo del Ministerio Público desde el 27 de octubre del año anterior al citado (fl. 101); es decir, que mis defendidos, durante casi tres meses, debieron enfrentarse (sic) solos, sin ninguna asistencia, al poder abasallador (sic) del Estado”, en situación que se vio agravada, “por la escasa, por no decir nula, actuación que cumplió el defensor designado” quien se limitó a asistirlos en la ampliación de indagatoria y en la audiencia pública.

La Delegada, aunque siguiendo la jurisprudencia de la Corte conviene que es el cierre

de la investigación el momento a partir del cual debe reponerse la actuación, comparte el planteamiento del censor y en tal medida estima que “refulge a lo largo del expediente la ausencia de defensa técnica, como quiera que pese a la designación de un defensor ex officio para la diligencia de indagatoria, con indiscutible proyección a las subsiguientes etapas del proceso y, al nombramiento de defensor que antecedió a la clausura investigativa, así como su asistencia a la ampliación de indagatoria y a la audiencia pública, ningún otro ejercicio defensivo se observa en el decurso del proceso, reportándose desde esta óptica su ineludible invalidación”.

La Corte, por el contrario, tiene establecido que el derecho de defensa técnica “implica que el inculpado cuente con asistencia profesional durante todo el trámite procesal, ya que sin posibilidades de contradicción no es posible concebir legítimo hoy día el proceso, pero ello no significa que si ha dejado de tenerla en un determinado momento, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advengan por ese solo motivo ineficaces, pues en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaratoria de las nulidades, solo si la anomalía afecta realmente las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable su declaración”.

“También se ha sostenido que si la irregularidad es oportunamente corregida, de suerte que el profesional designado pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudo haber realizado durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, puesto que ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a tener la oportunidad que ya tuvo (Cfr. Casación de 27 de mayo de 1999, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación junio 15 de 1999, M.P. Dr. Arboleda Ripoll), situación que es la que se presenta, justamente, en relación con el procesado.... De allí que respecto de él, la Sala no encuentre motivo para declarar la nulidad demandada” (Sentencia Casación agosto 11/99 M.P. Dr. Arboleda Ripoll).

De la reseña que se hizo de la actuación procesal, se tiene que los procesados CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ y OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA fueron indagados el 15 de octubre de 1993, y que para dichas diligencias, ante la manifestación de no contar con profesional del derecho que los asistiera, se les proveyó de defensor de oficio recayendo la designación en los abogados en ejercicio doctores CESAR AUGUSTO GOMEZ GOMEZ y CARLOS ADOLFO BETANCURT CANO, respectivamente.

Y si bien es cierto que en las actas de las mencionadas diligencias se dejó constancia expresa en el sentido de que los defensores designados de oficio actuarían únicamente en ellas, esta manifestación es inútil y carece de potencialidad para modificar el alcance del artículo 147 del Código de Procedimiento Penal en cuanto establece la obligatoriedad de aceptar y desempeñar el cargo de defensor cuando éste ha sido designado de oficio, y el contenido del artículo 139 ejusdem relativo a la vigencia del nombramiento desde la indagatoria, que “se entenderá hasta la finalización del proceso”, lo que indica de manera nítida la ausencia de sustento normativo de la afirmación hecha por el actor en el sentido que a partir de la vinculación jurídica de sus asistidos estuvieron desprovistos de defensa técnica.

Asimismo, aunque es cierto que dichos profesionales del derecho no solicitaron pruebas, estuvieron ausentes en la práctica de las recaudadas, y dejaron de notificarse de la providencia mediante la cual se definió la situación jurídica de los sindicatos, también la actuación demuestra que dicho vicio fue corregido desde antes de haberse decretado la clausura de la etapa de instrucción, con la designación del doctor ALIRIO SANGUINO MADARRIAGA quien tomó posesión del cargo y en tal medida contó con posibilidad de solicitar nuevas pruebas o ampliar las ya recaudadas, no obstante lo cual optó por notificarse personalmente del auto de clausura de la investigación y la resolución acusatoria proferidas por la Fiscalía Regional (decisiones posteriormente invalidadas por la Fiscalía Sexta Seccional Delegada ante los Jueces del Circuito); también se notificó personalmente de la clausura del ciclo instructivo y del proveído

calificatorio proferido por esta autoridad.

Es de destacar que en la nulidad se restableció la oportunidad para ejercer la defensa y el control sobre la actividad probatoria supuestamente desplegada sin la intervención del defensor, siendo éste justamente el remedio que demanda el Procurador, lo que hace inocua la objeción que presenta.

Durante el juicio el defensor asistió a la ampliación de indagatoria de los procesados CLIMACO ANTONIO RESTREPO FLOREZ y OSCAR DARIO CRUZ ZAPATA y compareció a la vista pública pregonando la ausencia de los presupuestos probatorios establecidos por el artículo 247 para proferir fallo de condena, evidenciando con ello que su silencio en el proceso obedeció a la estrategia de esperar el momento oportuno para ejercer la controversia probatoria e intervenir en pro de sus asistidos.

Al respecto, es de recordarse lo establecido por la Sala en torno al punto, en el sentido de que “la actitud pasiva del defensor no es en sí misma indicativa de ninguna irregularidad, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia, hay casos, y este podía ser uno de ellos, en donde la mejor defensa es dejar que el Estado asuma toda la carga de la prueba ante la evidencia de las que se pidan perjudican al acusado; o en donde no conviene recurrir dado el acierto indiscutible o la generosidad del fallador. Esos pueden ser también méritos de una buena defensa, y demostración de un comportamiento ético y serio de un abogado...” (Sentencia casación de agosto 11 de 1998. M.P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Rad. 13029).

Debido a esto, la Sala no encuentra motivo legal que autorice declarar la nulidad demandada, pues como se deja visto, de una parte, la pregonada ausencia de defensa durante parte de la instrucción fue oportunamente corregida, y, de otra, el posterior defensor designado de oficio, estuvo al tanto del proceso y esperó el momento que consideró oportuno para alegar activamente en pro de sus asistidos, lo que descarta que

su silencio hubiere sido el resultado del abandono absoluto de la gestión encomendada.

Entonces, dado de una parte la antitécnica formulación del cargo, y, de otro, la carencia de fundamento de las censuras postuladas, se impone su desestimación por la Corte.

CAUSAL PRIMERA. CARGO SUBSIDIARIO. (Violación indirecta de la ley sustancial).

El actor denuncia que el Tribunal incurrió en errores de hecho por falsos juicios de existencia e identidad, y en errores de derecho por falsos juicios de legalidad. No obstante, en el desarrollo que da a la censura, no logra demostrar la configuración de ninguno de dichos desaciertos, ni, su trascendencia por la repercusión que pudieron tener en la parte dispositiva del fallo y, por tanto, en la violación de la ley, sino a cuestionar el mérito persuasivo otorgado en el fallo respecto del medio sobre el que afirma haberse incurrido en falso juicio de identidad, todo lo cual hace inestudiable el cargo en tales condiciones propuesto, por apartarse ostensiblemente de la técnica que gobierna la postulación de esta clase de desaciertos.

Se nota, al respecto, cómo no empece aducir que en relación con el testimonio de ANTONIO MORENO los juzgadores incurrieron en falso juicio de identidad porque no identificó los autores de las conductas investigadas, seguidamente traslada la protesta al ámbito del error de hecho por transgresión a los postulados que gobiernan la persuasión racional en la apreciación probatoria, lo que tampoco demuestra, pues critica el mérito persuasivo otorgado en el fallo para combatir la credibilidad otorgada, ya que, según dice, además de impreciso el declarante “se muestra manifiestamente falaz”, con lo cual no logra desentrañarse el rumbo que se persigue darle a la censura, el concreto error probatorio que respecto de dicho medio pudo haberse cometido y menos su trascendencia en la

declaración de justicia contenida en la parte dispositiva del fallo.

Del mismo modo, sin exponer las razones de sus asertos, menciona solo que la diligencia de reconocimiento en fila de personas es ilegal, y, por tanto, inexistente, omitiendo demostrar en qué consiste la ilegalidad, y cómo incide ésta en la definición del asunto, llegando a variar el sentido del fallo.

Y en cuanto al falso juicio de existencia que pregona configurado respecto de los testimonios de las madres de los procesados, no indica qué dicen dichos medios, qué se prueba con ellos, cuál mérito persuasivo les corresponde, ni cómo de haber sido apreciados por los juzgadores junto con los demás válidamente recaudados y cuyo valor otorgado en la sentencia no cuestiona, darían lugar al desquiciamiento del fallo, como se alude.

Igual acontece con el reparo expuesto en el sentido de no haberse considerado en la sentencia la fotocopia del documento relativo a la atención médica dada en el mes de septiembre de 1993 a Oscar Darío Zapata, pues nada informa sobre la validez medio, y cómo el mismo conduce a desvirtuar los fundamentos del fallo de condena que impugna.

La precariedad de la censura se torna aún más evidente, cuando denuncia la falta de aplicación del artículo 445 del C. de P. P. relacionado con el principio de la duda probatoria, pues omite demostrar en qué consiste ésta, ni a cuáles de los delitos por los que se irrogó condena en las instancias, se refiere.

Entonces, al ser tantos y tan variados los defectos que la censura ofrece, y como la Corte no puede suplirlos, por prohibirlo el principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario, fundado en el carácter técnico y rogado del instrumento a que se acude,

no cabe más alternativa que su desestimación.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada. Devuélvase al Tribunal de origen.

CUMPLASE.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE JORGE A. GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO O. PEREZ PINZON NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria