

Proceso No 15111

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 74

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil dos (2.002).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de ARLEY ZULUAGA ARANGO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 16 de junio de 1.998, confirmatoria de la emitida en primera instancia por el Juzgado 16 Penal del Circuito de la misma ciudad el 27 de marzo de ese año, mediante la cual se condenó al procesado a la pena principal de 26 años de prisión como responsable de los delitos de homicidio voluntario y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos de este proceso aparecen con acierto sintetizados en el fallo del Tribunal, en los siguientes términos:

“El día 23 de mayo del año que avanza (1.996), pasadas las nueve de la noche, cuando con su padre se desplazaba en una motocicleta hacia su residencia ubicada en el barrio

San Javier de esta ciudad (Medellín), fue interceptado el joven Jorge Alberto Taborda Bedoya por tres sujetos conocidos suyos que le reclamaron un revólver que creían tenía este en su poder luego de una redada de la policía donde ellos se despojaron de tal instrumento, reclamo que él contestó aduciendo que no lo había recogido y que si querían podían buscar en su casa. Aunque tal respuesta satisfizo al parecer a los individuos en cuestión, pues no persistieron en su demanda, uno de ellos le pidió que lo condujera en su motocicleta hasta un lugar cercano donde tenían programado un trabajo, solicitud que finalmente, tras una inicial renuencia, se avino a satisfacer el joven Taborda, efecto para el cual dejó a su padre en el sitio y le entregó su mochila de estudio, permitiendo así que tal individuo se subiese como parrillero en la moto, con quien se alejó a continuación. Poco tiempo transcurrió sin embargo cuando el progenitor del joven Taborda escuchó, justamente en la dirección por la que se marchó su hijo, varios tiros que le hicieron temer por la vida de éste, por lo que de inmediato se dirigió por ese rumbo para descubrir, unos cien metros más adelante, concretamente en la intersección de la calle 39D con carrera 115 de la nomenclatura urbana, que efectivamente Jorge Alberto acababa de ser asesinado”.

Cerca a la media noche de ese 23 de mayo, el Fiscal 174 Seccional de turno en la URI, efectuó el levantamiento del cadáver de Jorge Alberto Taborda Bedoya en la Unidad Intermedia de San Javier a donde fuera llevado a fin de que se le prestaran los primeros auxilios. En desarrollo de tal diligencia, los padres del occiso manifestaron a las autoridades que la muerte de su hijo era debida al hecho de negarse a ingresar a una “banda de San Javier El Salado” y haber sido muerto por un hombre al que se conoce por el mote de “El calvo” (fl.4).

Fundada en el testimonio de Francisco Alberto Taborda, padre de la víctima (fl.11), quien mencionara por los apodos de “El calvo”, “El tuso” y “Cachetes” a quienes abordaran a su hijo la noche de autos y a quienes distinguía por ser vecinos, la diligencia de necropsia (fl.14) y dos informes de labores de investigación adelantadas por el CTI (fls. 10 y 22),

último de los cuales señaló la identificación de alias “El calvo”, como Arley Zuluaga Arango, el 25 de noviembre la Fiscalía 87 Seccional decretó la formal apertura instructiva (fl.26).

Asistido por un abogado que de oficio le fuera designado, se vinculó mediante indagatoria a ZULUAGA ARANGO, resolviéndosele su situación jurídica mediante resolución fechada el 9 de febrero de 1.997, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fl.36). Esta decisión fue notificada personalmente al imputado – quien la apeló sin sustentar el recurso, por lo que fue declarado desierto el 7 de marzo siguiente – y al Ministerio Público y por estado a los demás sujetos (fl. 40).

El 25 de febrero de 1.997 el procesado otorgó poder al abogado Javier Antonio Villanueva Meza, quien solicitó el acopio de diversas pruebas (fl.52), a cuya práctica hubo de accederse por auto del 7 de marzo (fl.60). No obstante, en relación con la diligencia de reconocimiento en fila, como quiera que ya obraba en la actuación constancia de las amenazas de que fueran objeto los familiares del occiso (fls. 41, 43 y 53), reiterando temores por su vida, el padre de aquél accedió a realizar un reconocimiento pero fotográfico, que hubo de efectuarse con resultados positivos el 11 de marzo siguiente, designándose en desarrollo de dicha diligencia a un defensor previamente sugerido por el abogado Villanueva Meza, dada su ausencia (fl.65), de cuya falta hubo de excusarse en escrito allegado al día siguiente (fl.69).

Mediante memorial del 13 de marzo, ZULUAGA ARANGO sustentó el recurso de reposición en contra de la declaratoria de desierto de la apelación, siéndole denegado el primero de abril (fl.80).

El defensor del imputado renunció al poder, según manifestó, por falta de pago de los honorarios profesionales, nombrándosele de oficio al abogado Nelson Hernán Taborda

Tamayo el 2 de mayo siguiente (fl.104).

Allegado el resultado de la valoración psiquiátrica que a solicitud de la defensa, fuera sometido Zuluaga Arango (fl.100), el 6 de mayo se decretó el cierre de la instrucción, notificándose en forma personal al defensor y al Ministerio Público y a ruego, por negarse a firmar, al imputado (fl.106 y 107). Allegado escrito de alegatos por parte de éste y reconocido como su defensor de confianza al abogado Rogelio Uribe Uribe el día 3 de junio (fl. 113), mediante resolución de esta misma fecha la Fiscalía 22 Seccional acusó formalmente al imputado por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego.

Como quiera que si bien en el acto de notificación el profesional del derecho apeló la acusación, dada la falta de sustentación del mismo, por decisión del 19 de junio la Fiscalía lo declaró desierto (fl.126). No obstante, en contra de este auto hubo de manifestar el imputado su inconformidad, solicitando además la libertad, todo lo cual fue denegado el 9 de julio posterior (fl. 134), en proveído que fue notificado por estado el 15 de dicho mes.

Ejecutoriada la acusación y remitido el proceso ante los jueces penales del circuito, la etapa del juicio correspondió al Décimo Sexto de dicha categoría, autoridad que a solicitud del defensor del procesado ordenó la práctica de abundante prueba testimonial a través de auto fechado el 15 de septiembre (fl.156).

Oídas las declaraciones de Jorge Hernán Serna Bernal (fl. 162), Lucelly Penagos García (fl.166), Francisco Alberto Taborda (fl. 171), Teresa de Jesús Arango Marulanda (fl. 176), Edwin Zuluaga Arango (fl. 179) y Josué Jurado Ospina (fl. 185), así como también ampliada la indagatoria al procesado y habiéndose reemplazado al defensor de confianza por uno nuevo de oficio, dada la renuncia de aquél (fl. 192), se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos reseñados precedentemente.

LA DEMANDA:

Primer cargo.

Por vía de nulidad, formula el defensor del imputado una primera censura contra el fallo objeto del ataque casacional, acusándolo de haberse proferido dentro de un proceso viciado, por vulneración del derecho de defensa, conforme a lo previsto en los artículos 220.3 y 304.3 del Decreto 2700 de 1.991.

Con miras a fundar la censura, retoma el demandante la actuación procesal, haciendo una reseña crítica de la misma, para relevar que si bien ZULUAGA ARANGO tuvo diversos profesionales del derecho a cargo de su defensa, tanto de confianza como de oficio, sólo el propio implicado hubo de proponer alegatos previos a la calificación, u oponerse a la decisión que declaró desierta la apelación aducida contra el pliego de cargos por su defensor – sin sustentarla –, además, si bien su procurador judicial solicitó importante prueba testimonial en la etapa del juicio, no intervino en la práctica de toda ella, a pesar de la necesidad que se tenía de contrainterrogar.

Finalmente, una vez renunció al poder el doctor Uribe Uribe, fue sustituido por el abogado Alirio Sanguino Madariaga quien, pese a la vehemente sustentación de la condena por la Fiscalía, se limitó a expresar que no había testigos directos de los hechos, por lo que no se habría demostrado la responsabilidad del procesado, pero reconociendo tácitamente que aquél pudo estar en compañía de la víctima el día de autos, lo que no le resulta aceptable.

Además, el fallo de primera instancia únicamente habría sido impugnado por el propio procesado y sustentado por él mismo, pues el defensor en lacónica intervención en tan sólo dos minutos reiteró sus alegatos de instancia y la solicitud de absolución por falta de plena prueba de responsabilidad, mientras que de nuevo el Fiscal arremetió en la solicitud de condena.

Con base en esta reseña, para el actor, no cabe duda alguna de que en este proceso se

violó el derecho de defensa, pues así el imputado hubiese contado con “eminentes defensores” que solicitaron “importantes pruebas encaminadas a favorecer al aquí procesado”, durante algunos intervalos de la actuación hay que afirmar que “quedó huérfano de defensa”.

Recuerda en concreto las dos ocasiones en que se declararon desiertos los recursos impetrados, o la falta de alegatos previos a la calificación o la manera “negligente” como el último de los procuradores judiciales asumió la defensa. Respecto de lo primero, llama la atención sobre el hecho de que tanto al resolverse la situación jurídica como en el calificadorio, se imputaron sendas agravantes para el delito de homicidio, que si hubiesen sido suprimidas en segunda instancia, habrían hecho factible que el imputado solicitara audiencia especial o a lo mejor que confesara el delito de homicidio simple, para así obtener una rebaja de la pena de la tercera parte.

Una activa intervención de la defensa, habría también posibilitado establecer, si en verdad “Nelson, a. El calvo”, fue el autor de los hechos investigados, máxime cuando Taborda únicamente se refirió en su testimonio a los alias de “calvo”, “tuso” y “carlos mario”, pero no mencionó a Arley.

El abogado que intervino en la audiencia pública y en la sustentación de la apelación, no enfatizó en la presunción de inocencia y en la duda probatoria, como ha debido hacerlo si hubiera desempeñado a cabalidad su papel, pues así “a lo mejor habría sacado adelante un fallo absolutorio”, máxime cuando el propio juzgador desechó las causales de agravación, lo que es indicativo de que la defensa tenía “muchas posibilidades de éxito frente a la decisión final”.

Acusa, así, como preceptos vulnerados, los artículos 1º, 7 y 304.3 del C. de P.P., solicitando se case el fallo, decretando la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de cierre instructivo.

Segundo cargo.

Es expuesto por violación indirecta de la ley sustancial, acusándose el fallo por errores de apreciación probatoria, derivados de errores de hecho por falso juicio de identidad (aplicación indebida del art. 323 del C.P. y falta de aplicación de los arts. 246, 247, 250, 294, 360, 362, 367, 368 y 369 del C. de P.P.).

Observa enseguida cómo la condena inferida al procesado se sustentó, principalmente, en el testimonio de Francisco Alberto Taborda, el reconocimiento fotográfico del mismo y las injuradas.

Precisamente, en relación con las atestaciones de aquél, asegura que el sentenciador habría omitido algunos aspectos importantes de la misma, como sucede con el hecho de haber señalado a alias “calvo” y “tuso”, como dos personas de características físicas muy semejantes, al igual que la referencia a que el sitio en donde habrían sido abordados era muy oscuro, pues para el actor, si se hubiesen tenido en cuenta estos aspectos de su versión, no podía, en manera alguna, inferirse que Taborda se hubiera referido a ARLEY ZULUAGA ARANGO, menos aun cuando su nombre le resultaba absolutamente desconocido.

Se ocupa enseguida de la diligencia de reconocimiento fotográfico, pero atribuyéndole a la misma error de derecho por falso juicio de legalidad, en la medida en que comporta una viabilidad supletoria, esto es, que debe practicarse siempre y cuando no exista procesado capturado, pero en este caso ZULUAGA ARANGO estaba privado de la libertad desde el 7 de febrero de 1.997, de donde procedía era el reconocimiento en fila, acorde con los artículos 368 y 369 del C. de P.P., pues si algún temor existía ha debido solicitarse protección a los organismos de seguridad, además que no se tomaron las mismas precauciones debidas para esa clase de diligencias, como una descripción previa de la persona por reconocer. De otra parte si bien estuvo presente el doctor Jair Valenzuela

Salazar, aun cuando lo hubiese sido como defensor sustituto, ningún poder presentó para el efecto, independientemente de que al folio 63 se dejase constancia sobre la autorización que el abogado Villanueva Meza diera para el efecto, lo que no exime de ser calificada como irregular la actuación de aquél. En todo caso, llama la atención el demandante sobre el hecho de que al folio 57 aparezca una foto del imputado “A reconocer”, pues “perfectamente esa foto pudo habersele enseñado al testigo” antes de la diligencia.

Todas estas circunstancias conducen al actor a afirmar que la prueba no se habría aducido legalmente al proceso y no podría, por tanto, desvirtuar la presunción de inocencia que favorecería al imputado, de donde es evidente que si no hubiese incurrido en tal yerro, el fallo tendría que haber sido absolutorio.

Por último, referido a la indagatoria del procesado, acusa la sentencia por falso juicio de identidad, debido a que en algunos de sus apartes sus dichos son calificados como mala justificación, debido a que fueron dejados de tomar en cuenta aspectos muy importantes de esa diligencia, como las características físicas del interrogado, la profesión que dijo tener, el apodo “el gordo” por el que se lo conocía, pero en ningún momento como “el calvo”.

Todos estos detalles no fueron considerados por los falladores, cuando de ellos se sigue que el imputado no tiene los rasgos físicos aducidos por el testigo de cargo, pues además no es calvo, de donde no puede tratarse como mala justificación sus exculpaciones, sino como la real manifestación de no tener responsabilidad en los hechos, todo lo cual hubiese llevado al proferimiento de una decisión absolutoria en su favor.

Por consiguiente, el fallador habría vulnerado indirectamente la ley sustancial, al incurrir en apreciación errónea del reconocimiento fotográfico, pues se acopió

ilegalmente al proceso, falso juicio de legalidad, o en las omisiones parciales del testimonio de Taborda y la injurada del procesado, falsos juicios de identidad, motivos suficientes para solicitar se case la sentencia, para en su lugar absolver de todos los cargos al imputado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL:

Primer cargo.

La aducida falta de defensa del imputado, como primer motivo para reclamar la casación de la sentencia, carece realmente de fundamento, pues, para el Procurador, no solamente estuvo formalmente asistido por un defensor, sino que la intervención de quienes desempeñaron ese cargo debe estimarse como acertada.

Observa el Delegado que el sindicado fue acompañado por un defensor de oficio en la indagatoria y a los tres días otorgó poder a un profesional de confianza. Igualmente, que si bien el procesado impugnó la resolución de la situación jurídica, una vez posesionado su defensor tuvo plena oportunidad para sustentar el recurso.

Adicionalmente, el defensor solicitó múltiples pruebas, siendo admitida su práctica, a excepción del reconocimiento en fila, que lo fue mediante reconocimiento fotográfico para seguridad del testigo dada la constancia sobre amenazas y los testimonios de la madre y esposa del sindicado, que no se evacuaron al negarse las deponentes en tanto no estuviera presente el abogado.

En todo caso, el imputado continuó siendo asistido en forma constante y permanente por un defensor y frente a la renuncia al poder de quien lo venía representando, se le designó un nuevo apoderado de oficio, quien optó por no adjuntar alegatos previos a la calificación. El nuevo defensor tomó posesión el 3 de junio, fecha de la acusación, que si bien la apeló, no quiso sustentar, lo que debe entenderse como estratégico para agilizar la nueva etapa del juicio, a donde acudió en extensa solicitud de pruebas que, sin objeción,

fueron decretadas.

Ahora bien, la falta de alegatos precalificatorios, o de sustentación de recursos, no puede equipararse con la vulneración al derecho de defensa, pues la actuación procesal permite constatar que en términos reales se mantuvo a salvo durante el trámite cumplido.

Es cierto que ante la renuncia del doctor Uribe Uribe, hubo de nombrársele al procesado otro defensor de oficio que ejerció su misión en la audiencia pública, el cual siguiendo el hilo conductor de las pruebas solicitadas por la defensa, insistió en la ausencia de testigos presenciales al momento en que la víctima recibió los disparos letales.

No existió, pues, un abandono significativo de los intereses que fueron encomendados a los diferentes defensores, por lo que el cargo debe ser desestimado.

Segundo cargo.

Al ocuparse del cargo por la vía indirecta postulado, comienza el Delegado por referirse al testimonio de Francisco Alberto Taborda, que el actor acusa como tergiversado, aun cuando se refiere a algunos apartes del mismo como omitidos. En verdad, el planteamiento esbozado no pasa de ser un esfuerzo inútil para crear una confusión que no aparece en el expediente, relacionada con las características de los iniciales agresores, a quienes pudo identificar porque vivían en su barrio y eran por él conocidos, por lo que la crítica no pasa de ser una personal apreciación de la prueba bajo la óptica de la defensa, que desde luego no admite poder reconocer que hubiera el Tribunal omitido apartes del testimonio.

Tampoco es válida la censura, en cuanto aduce que el testigo conocía a los agresores solamente por sus apodos y en esas condiciones dicha prueba no resultaba apta para

asegurar que a. “El calvo”, fuese el procesado, menos aún cuando afirmó el propio deponente que tenía características semejantes a a. “El tuso”, pues acá no se está demostrando ningún error del fallador y simplemente releva unos factores que el casacionista estima habrían podido incidir en la valoración de dicha prueba.

Lo propio acontece con las críticas que el actor hace a la indagatoria, pues la aducida distorsión de esta prueba, implica en realidad un juicio valorativo distinto al del fallo, pues sencillamente el Tribunal no otorgó ninguna credibilidad al imputado y en cambio, avalado por el reconocimiento que de él hizo, respaldó las afirmaciones del testigo.

En lo atinente con el pretendido error de derecho por falso juicio de legalidad, enfatiza el Procurador que se cumplieron con absolutamente todos los requisitos legales establecidos para su validez. Así, la presencia del doctor Villanueva en desarrollo de la diligencia de reconocimiento fotográfico, fue debida a expresa solicitud elevada por el propio profesional de confianza del procesado, quien lo autorizó al no poder hacer presencia en desarrollo de la misma.

No obstante, tal abogado cumplió materialmente con el cargo de defensor, independientemente de que el fiscal no lo haya nombrado de oficio.

Referido a la afirmación del demandante según la cual la diligencia de reconocimiento fotográfico sólo es viable de no existir procesado privado de la libertad, para el Ministerio Público se trata de una interpretación meramente gramatical del art. 369 del C. de P.P., pues nada obsta para que, ante circunstancias como las presentadas en este caso se posibilite una tal diligencia, en la medida en que obran constancias procesales de las amenazas de que fueron víctimas los familiares del occiso, que los llevaron inclusive a cambiar su domicilio. En todo caso, al margen de que no se haya efectuado una descripción de la persona por reconocer en la propia acta, ya con anterioridad el testigo la

había hecho, con lo cual debe tenerse por cumplida esa exigencia legal.

Llama la atención el Procurador, en el sentido de que la obligación del casacionista es demostrar irregularidades sustanciales derivadas de la actuación cumplida y no buscar la ruptura procesal con sustento en hipótesis o simples especulaciones, como sucede con la afirmación según la cual es perfectamente posible que el testigo hubiese visto la fotografía del por reconocer antes de efectuarse la diligencia, pues ello carece en forma absoluta de la menor demostración.

Por consiguiente, ninguno de los argumentos expuestos en la demanda fue demostrado, la diligencia de reconocimiento fotográfico no se encuentra viciada y esta prueba junto con el testimonio del padre de la víctima sustentan plenamente la condena del procesado como responsable de los delitos que le fueron imputados.

En consecuencia, para el Delegado, la demanda debe ser desestimada.

CONSIDERACIONES:

Primer cargo.

1. La primera, de dos censuras que el procurador judicial de ARLEY ZULUAGA ARANGO ha promovido en contra del fallo que es materia de la impugnación extraordinaria, ha sido encaminada por vía de nulidad, acusando la sentencia de proferirse en un proceso viciado por la presencia de irregularidades sustanciales derivadas de la sostenida vulneración al derecho de defensa técnica del procesado.

2. Acogiendo este marco de ataque, se ocupa enseguida el casacionista de efectuar un minucioso seguimiento de la actuación procesal cumplida, de cuya meticulosa observación, si bien fluye, como culmina admitiéndolo el propio actor, la verificación de que la defensa que ha dado en llamarse técnica y que comprende la asistencia letrada o profesional del

sujeto pasivo de la acción punitiva del Estado, fue por manera permanente y continua durante todo el decurso de lo actuado, a partir de muy mínimos, particulares y estrechísimos intervalos se habría visto para el censor interrumpida, sin que en forma prácticamente inmediata se produjera el relevo defensivo, pero que desde el margen del demandante, tanto por este motivo como por la actividad misma cumplida en cada caso, es identificada con una real orfandad en la que halla motivo suficiente para la invalidación reclamada.

3. En realidad, la postura crítica a que acude el actor, en el propósito de sustentar el ataque al fallo so pretexto de haberse conculcado el derecho de defensa técnica al imputado, dista por completo de los parámetros teóricos que en relación con esta clase de derecho ha decantado en detenidas y muy reiteradas oportunidades la Sala, no ofreciendo por tanto en el caso concreto la menor articulación al supuesto del decurso procesal cumplido, dentro del que, bueno es advertirlo de una vez, el derecho de defensa que se acusa lesionado no estuvo en manera alguna comprometido, pudiéndose muy al contrario entender que la constante de su salvaguarda lo hace salir indemne.

Resulta en efecto ostensible que las manifestaciones defensivas sobresalen en desarrollo de la etapa investigativa y en el juicio, de manera tal que la aseveración contraria es en forma absoluta carente de fundamento, sin que algunos episodios eminentemente aislados, que no traducen abandono defensivo o ausencia de defensa, puedan servir de explicación al cargo que bajo el argumento opuesto ha exhibido en este caso el apoderado del procesado.

4. Ha reconocido el libelista que durante toda la actuación procesal, es decir, sin solución de continuidad, ZULUAGA ARANGO contó con defensor. Bien porque se le haya designado durante algunos períodos a abogados de oficio, o porque aquél le hubiera dado poder a defensores de confianza. Como marco general, si bien es cierto que hubo algunos relevos

en desarrollo de dicha asistencia, esto fue debido en gran medida a la circunstancia de no haberse dado cumplimiento por parte del imputado a los compromisos económicos adquiridos con los diversos profesionales del derecho en cada caso, pero eso sí, con la constante advertida desde la propia sinopsis de la actuación por la Sala, que siempre tuvo acompañamiento letrado.

5. A este respecto recuérdese cómo, una vez capturado, el 7 de febrero de 1997 ZULUAGA ARANGO fue vinculado mediante indagatoria, siendo asistido por un defensor oficioso, tras manifestar que no tenía a quien nombrar. El día 9 de dicho mes se resolvió su situación jurídica, habiendo interpuesto en el acto de notificación personal recurso de apelación. Esta decisión se notificó por estado al defensor. El 25 de dicho mes el imputado otorgó poder al abogado Villanueva Meza, solicitándose de parte de este la práctica de diversas pruebas, entre ellas, la diligencia de reconocimiento en fila y abundante testimonial. Como no fue sustentado, el 7 de marzo se declaró desierto el recurso, decisión ésta que, de nuevo, fue impugnada por el procesado.

De las pruebas solicitadas, el reconocimiento en fila no fue admitido, como quiera que se dejaron en el proceso por lo menos cinco constancias sobre el hecho de que el padre de la víctima y su familia, una vez capturado ZULUAGA ARANGO, recibieron serias amenazas contra su vida, practicándose en lugar de dicha prueba, la de reconocimiento fotográfico.

Al ocuparse de esta diligencia, el libelista la censura por cuanto no habría acudido en desarrollo de la misma el abogado Villanueva Meza, sino el doctor Valenzuela Salazar. A este respecto forzoso es advertir que, acorde con la constancia obrante al folio 63, verbalmente, el abogado de confianza habría manifestado ante la propia Fiscal de conocimiento que no podría estar presente, sugiriendo de ese modo que dicho abogado lo reemplazara.

6. Y, si bien es claro que el poder otorgado al doctor Villanueva Meza lo fue por escrito, resultando así imprescindible la “expresa autorización del sindicato” para que procediese la delegación, conforme con lo previsto por el artículo 146 del Decreto 2700 de 1.991, no siendo tampoco admisible que se tratase de una suplencia, pues inclusive para el ejercicio de ella también la ley de procedimiento había prevenido la necesidad de que fuese presentado al despacho el “escrito” contentivo de su designación (artículo 144 ibídem, modificado por el artículo 23 de la Ley 81 de 1.993), de todo ello se sigue que la constancia dejada por la Fiscalía al folio 63, según la cual el abogado de confianza expresó “que ante la absoluta imposibilidad de asistir a esta (diligencia de reconocimiento a través de fotografías), se celebre con el Doctor JAIR VALENZUELA”, no puede en principio asumirse como una formalmente válida designación sustituta o siquiera, como ya se observó, en los términos enunciados, como una suplencia del titular.

7. Pese a lo anterior, comparte plenamente la Sala el criterio conclusivo del Delegado, en el sentido que, en todo caso, la presencia del abogado, como se hizo con la del Ministerio Público, avalando la ritualidad de la diligencia de reconocimiento a través de fotografías, permite afirmar muy al contrario de la vulneración del derecho de defensa su plena garantía, toda vez que correspondió a dicho sujeto observar el cumplimiento de las formalidades de ley en desarrollo de la misma, sin que se dejase constancia de ningún reparo.

8. De otra parte, si bien es cierto que al pronunciarse la Fiscalía sobre el recurso de reposición incoado por el procesado contra el auto que declaró desierta la apelación a su vez interpuesta en contra de la resolución de la situación jurídica, reiteró los presupuestos de ésta, el alcance de dicho pronunciamiento no solamente estuvo dado por el que, a su turno, se le diera al escrito respectivo, sino que en definitiva implicó la negativa para el recurso de alzada interpuesto.

Así mismo, como lo destaca el Procurador, las acciones positivas del defensor “no se desdibujan como manifestación del efectivo ejercicio de la defensa porque no se haya sustentado un recurso de apelación que interpuso el procesado contra la decisión que resolvió la situación jurídica, pues siempre quedaba a su prudente juicio insistir en la revisión de la providencia por el superior”.

9. Ahora, el defensor Villanueva Meza renunció al poder el 14 de abril, siendo reemplazado oficiosamente por el abogado Nelson Hernán Taborda Tamayo el día 2 de mayo, sin que se hubiese en ese pequeño tracto practicado prueba alguna.

El cierre instructivo lo fue el 6 de mayo y se produjo el vencimiento del término para aportar alegatos sin que dicho profesional allegara escrito alguno, como si lo hizo el procesado. Calificado el mérito de las pruebas el día 3 de junio, en esta misma fecha hubo de posesionarse el doctor Rogelio Uribe Uribe como defensor contractual quien, pese a notificarse personalmente del pliego de cargos e impugnarlo, no sustentó el recurso.

Este proceder del abogado, que es calificado por el demandante como ilustrativo del descuido que le sería imputable en el desempeño de su delicada función, con evidente menoscabo para el derecho a la defensa técnica, realmente debe en el caso concreto ser interpretado como una maniobra cumplida por el profesional del derecho con una eminente finalidad estratégica, si se toma en cuenta la perspectiva en que se abocó el amparo de los intereses del procesado en la etapa subsiguiente, como que habiéndose sometido a reparto el proceso estuvo presto el abogado a impetrar la práctica de abundante prueba testimonial que, como se observa en la reseña de la actuación, fue ordenada por el juez de conocimiento y regularmente acopiada.

Frente a esta elocuente realidad, opta entonces el casacionista por oponerse a la actividad defensiva, censurando el hecho de que el abogado no hubiese intervenido

directamente en la práctica de todas y cada una de las pruebas, pues así procedió sólo en relación con algunas de ellas, limitándose en este sentido a afirmar que su participación era imprescindible para interrogar a los testigos, pero sin respaldar con razones esta enfática aseveración.

10. Ahora bien, habiendo renunciado al poder el doctor Uribe Uribe, se designó al abogado Alirio Sanguino Madariaga, quien intervino en el rito oral y en la audiencia de sustentación del recurso de apelación incoado por el procesado.

Precisamente, sobre la intervención de este profesional en la audiencia pública, también enfila su cuestionamiento el libelista, con un arbitrario criterio subjetivo en el que hace predominar la apreciación referida al tiempo empleado en su participación por la Fiscalía, comparada con el lapso en que el defensor hubo de hacer uso de la palabra, pues a través de ella, según el actor, quedaría mal librada la actividad de éste, como si un factor semejante pudiese servir de parámetro para calificar negativa o positivamente la labor defensiva y no por los argumentos que en pro del implicado y en desarrollo de la misma hubiese expuesto, mereciendo igual respuesta por parte de la Corte la censura del casacionista que por el mismo motivo extiende a la sustentación de la apelación que fuera interpuesta por el implicado, con la simple crítica de ser extremadamente lacónica la intervención del defensor.

11. En realidad, no es explicable la razón por la cual el actor se encaminó hacia la nulidad por vulneración del derecho de defensa, cuando un seguimiento de las actuaciones procesales hace más que evidente que la asistencia letrada fue real, continua, ininterrumpida y permanente, tanto durante la etapa investigativa como en el juicio, sin que, conforme ya fue observado, la afirmación que en sentido opuesto tenga el menor sustento y asidero.

12. De nada vale al propósito de insistir en el menoscabo de la defensa, con afirmar que

la inercia de esta actividad produjo la declaratoria de deserción de aquellos recursos interpuestos por el propio imputado contra la resolución de la situación jurídica, pues resulta meridianamente claro que dadas las características de esa clase de decisiones y su formal ejecutoria, bien podía solicitarse su revocatoria en cualquier oportunidad y esta fue una opción desechada tanto por los defensores de confianza como por los que de oficio le fuesen designados, postura procesal indicativa de la forma como se quiso abocar el ejercicio de la defensa. Lo propio cabe significar frente a la ausencia de alegaciones precalificadorias, pues en esa postura como en el hecho ya considerado de no sustentarse la apelación contra el calificadorio, debe entenderse que fue asumido el discrecional ejercicio de la defensa técnica.

Tampoco es de recibo la alegación según la cual si las agravantes para el homicidio se hubiesen suprimido durante el decurso del proceso, como efecto de las impugnaciones que se dejaron de interponer o que carecieron de sustento, pese a que el fallo las desechó, este hecho hubiera hecho factible que el imputado solicitara audiencia especial o propiciado a lo mejor la confesión del delito de homicidio simple, pues evidentemente el censor se adentra por el camino de las hipótesis posibles que podía la defensa haber exhibido, lo que no puede dejar de calificarse como simplemente especulativo.

Lo brevemente expuesto, conduce a la desestimación del reproche.

Segundo cargo.

1. Esta censura ha sido esbozada por violación indirecta de la ley sustancial, acusándose el fallo de incurrir en yerros de apreciación probatoria, enmarcados en principio por el casacionista en errores de hecho por falso juicio de identidad, que ya pronto se ven desviados en su propia dinámica y desarrollo hacia un evidente conflicto en la interpretación y alcance suasorio que ha debido darse al testimonio de Francisco

Alberto Taborda y la propia indagatoria del procesado, como también por error de derecho recaído sobre la diligencia de reconocimiento a través de fotografías practicada en este proceso.

2. Siendo este el marco del ataque, se tiene que la sentencia determinó, como no podía ser de otro modo, que el mayor poder demostrativo sobre la responsabilidad que por los hechos investigados debía recaer en ZULUAGA ARANGO, radicaba en el testimonio que el padre de la víctima rindiera dentro de la investigación, por tratarse de la persona que acompañaba a Jorge Alberto Taborda Bedoya cuando fue abordado por varios hombres marchándose con uno de ellos en la moto que conducía, pues tras escuchar unas detonaciones, se habría acercado al lugar constatando la violenta muerte de su hijo.

3. El actor releva de las atestaciones de Francisco Alberto Taborda, entre otros aspectos, el hecho de que se refiriera a los sujetos que interceptaron la motocicleta en que viajaba con su hijo, por sus alias, pues ello es indicativo que desconocía sus nombres, máxime cuando el sujeto a. “calvo” parecería corresponder a otra persona, como también que la descripción física hecha de quien se entendió era del procesado, fue atribuida a otro de los mencionados por el deponente, particularmente en tanto el propio testigo manifestó que alias “tuso” tenía una cicatriz en la cara idéntica a la de ZULUAGA ARANGO, realizando finalmente el hecho de encontrarse a oscuras el sitio en el cual se desarrollaron los hechos.

4. En realidad, los aspectos a que alude el actor no fueron particularmente observados por el sentenciador al momento de analizar el referido testimonio, pero ello debido a su manifiesta insignificancia frente a la muy contundente, seria y objetiva imputación que el testigo hizo del procesado en la diligencia de reconocimiento fotográfico, coincidente, por demás, con la descripción previa que el propio deponente hizo del implicado, afianzada desde los albores de la investigación con los informes policivos que ya destacaban la identificación de la persona que en el sector en que sucedieron los

hechos era conocido por el alias de “calvo”.

No es aceptable, por tanto, la afirmación según la cual habría el juzgador tergiversado esta prueba, por el simple hecho de no encontrar a través de los aspectos más irrelevantes de la misma, que en casación pretende exaltar el demandante, razones para aceptar la duda que debería cobijar al procesado, pues por el contrario, la reivindicación de la certeza absoluta para condenar fue la constante en cada una de las instancias.

5. Lo propio debe decirse respecto de la afirmada tergiversación de la indagatoria del imputado, en la medida en que esa connotación resulta absolutamente gratuita y traduce en estricto sentido el criterio del demandante sobre el valor que debieron merecerle al fallador “los verdaderos rasgos fisonómicos del justiciable,” su “profesión” y el hecho de que el real apodo que ZULUAGA ARANGO tenía era el de “El gordo”, según lo manifestado por el propio imputado, como también que cicatriz similar a la suya era ostentada por el apodado como “tuso”, según las palabras del testigo de cargo.

Es realmente manifiesta la confusión del actor al postular tergiversación probatoria cuando lo perseguido es controvertir el valor que el sentenciador le ha otorgado a algunos elementos de convicción, dentro del mancomunado análisis que de ellos contiene el fallo.

Es que, en este caso, como frente al anterior, una vez más, el casacionista insiste en la preponderancia que ha debido darse a algunos apartes de la

injurada, los cuales son extraídos estratégicamente del contexto probatorio, a partir de considerar que podrían hacer creíble el dicho del imputado, excluyendo por esta vía el indicio de mala justificación también deducido en su contra, sin reparar en que la negativa de ZULUAGA ARANGO a encontrarse en el lugar de los sucesos la noche de autos por estar laborando en el municipio de Rionegro, en la que se perseveró probatoriamente, culminó por ser desmentida en forma contundente, como lo destacó el Tribunal al

afirmar cómo “Esta estrategia quedó sumida en el más profundo descrédito”, toda vez que los testimonios de José Jurado Ospina y algunos familiares del procesado, por el contrario de avalar la tesis defensiva argüida, contribuyeron a desecharla por completo y así también, por ende el resto de exculpaciones consignadas en la indagatoria.

7. Por último, tampoco asiste razón al libelista en el reproche que con fundamento en la misma vía pero por error de derecho ha propuesto.

En efecto, afirma el demandante que el acta que contiene la diligencia de reconocimiento a través de fotografías efectuada el 11 de marzo de 1.997 estaría afectada en su legalidad, al no cumplirse con las exigencias contempladas en el artículo 369 del Estatuto procesal penal de 1.991, bajo cuya vigencia se practicó dicha prueba, en la medida en que tratándose de un medio supletorio, sólo podía acudirse al mismo en tanto no estuviere capturada la persona que debía ser sometida a reconocimiento, de donde, al estar ZULUAGA ARANGO privado de la libertad desde el 7 de febrero de dicho año, lo que procedía era reconocimiento en fila (artículo 368 ibídem).

También aduce como vicios de dicha diligencia, el hecho de no haberse observado las mismas precauciones inherentes al reconocimiento en fila e igualmente que el procesado no habría estado asistido por su defensor, pues la presencia del abogado Valenzuela Salazar no se explica a qué título se produjo.

8. Ciertamente, el artículo 369 en mención, incluido dentro del Título II del anterior Estatuto en materia de instrucción, capítulo III sobre investigación de autores y partícipes (ahora con mejor técnica legislativa y adecuada ubicación temática, pero con idéntica regulación en el artículo 304 de la Ley 600 de 2.000 dentro de las disposiciones especiales, Capítulo VIII, del Título VI relativo a las pruebas), preveía el reconocimiento a través de fotografías, así:

“Cuando fuere el caso de un reconocimiento por medio de fotografías, por no estar

capturada la persona que debe ser sometida al mismo, la diligencia se hará sobre un número no inferior a seis fotografías cuando se tratare de un solo imputado y en lo posible se aumentarán en la misma proporción, según el número de personas a reconocer. En la diligencia se tendrán las mismas precauciones de los reconocimientos en fila de personas, deberá estar presente el defensor, el Ministerio Público y de todo se dejará expresa constancia.

Si de la diligencia resultare algún reconocimiento, las fotografías se agregarán a la actuación”.

9. Del texto de esta disposición, sin embargo, no es dable colegir que dicha prueba pueda verse afectada en su validez o eficacia, por el hecho de que la diligencia se efectúe pese a mediar procesado privado de la libertad.

Desde luego, resulta en principio comprensible que si el sindicado ha sido aprehendido, siendo necesario su reconocimiento para dilucidar las incriminaciones que eventualmente recaigan en su contra, deba ser sometido a la posibilidad de ser señalado dentro de una fila de personas por quien está en capacidad de hacerle alguna clase de imputación.

No obstante, si el funcionario judicial opta por realizar la diligencia de reconocimiento fotográfico, la sola circunstancia de mediar persona capturada, no afecta su legalidad, ya que no puede entenderse que dicho antecedente configure una exigencia ad substantiam actus sin la cual esta clase de pruebas pierdan toda su eficacia.

10. En el caso concreto, es bien sabido que el Fiscal, atendiendo y sopesando la circunstancia de que la familia de la víctima una vez se capturó a ZULUAGA ARANGO fue seriamente amenazada de muerte, a tal extremo que hubo de trasladar su lugar de vivienda y ante la angustiosa manifestación que el propio testigo de cargo hiciera de este hecho, decidió practicar la diligencia de reconocimiento pero a través de fotografías,

contando a propósito con aquella que se tomara al aprehendido para dicho cometido.

Preservó el instructor, de este modo, no solamente la integridad del testigo, pues según lo afirmó el propio señor Taborda el reconocimiento en fila habría implicado tener contacto con familiares y amigos del procesado, sino que efectuó la diligencia precaviendo todas las formalidades del acto que legalmente correspondían.

11. Sobre este último aspecto, la afirmación del actor según la cual no se observaron las mismas precauciones inherentes al reconocimiento en fila y en concreto sobre la previa descripción de la persona por reconocer, esta es una aseveración que no corresponde estrictamente a la realidad, como se desprende del propio texto del acta en cuestión, en donde, preguntado el testigo sobre las personas que habrían tomado parte en la muerte de su hijo, respondió: “El TUSO, CARLOS MARIO no se el apellido y el CALVO que se llama ARLEY, el calvo es ancho, grueso carón y tiene una cicatriz desde la boca que le sube por la mejilla no recuerdo el lado...”

Es, entonces, indiscutible, que si se hizo una descripción de la persona que eventualmente sería reconocida, como ya, en todo caso, de ello había quedado constancia en el prolijo y circunstanciado testimonio del señor Francisco Alberto Taborda.

12. Finalmente, el cuestionamiento sobre el hecho de no contarse en desarrollo de dicha diligencia con la presencia del defensor de confianza del imputado, tampoco puede afectar la intrínseca legalidad del acto, pues ya se advirtió que el propio doctor Villanueva Meza, quien fungía como tal, manifestó desde el 10 de marzo su “absoluta imposibilidad de asistir” a la misma y aun cuando la Sala tuvo ocasión al responder el anterior cargo, de observar cómo, en principio, si bien no podía tenerse al abogado Valenzuela Salazar como suplente o sustituto de aquél, es lo cierto que asumió el cargo de defensor de ZULUAGA ARANGO y en esa calidad participó en el reconocimiento a través de fotografías, cumpliéndose en dicha medida con la exigencia legal.

Este cargo, desde luego, tampoco prospera.

Por último, en razón a que dada la decisión de la Sala, el fallo no sufre modificación alguna, debe advertirse que cualquier efecto favorable que se pudiese derivar de la aplicación del nuevo Código Penal, correspondería al respectivo Juez de Ejecución de Penas, acorde con lo previsto por el art. 79.7 de la Ley 600 de 2.000.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
GÁLVEZ ARGOTE

CARLOS

AUGUSTO

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO
TRUJILLO

EDGAR LOMBANA

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR
PINILLA

NILSON PINILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria