

Proceso Nº 15491

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote

Aprobado Acta No. 210

Bogotá, D.C., diciembre quince (15) de dos mil (2.000).

VISTOS:

Mediante sentencia proferida el 18 de abril de 1.997 un Juzgado Regional de la ciudad de Medellín condenó a Román Argumedo Muñoz y a ORLANDO ENRIQUE MESTRA LEON y CONSTANTINO CERVANTES CEDEN a la pena principal de 30 años y 29 años de prisión, respectivamente, como coautores responsables de los delitos de doble secuestro simple, doble homicidio, hurto agravado y formación de grupos armados, como también a Félix Enrique Moreno Heredia a la pena de 2 años de prisión por el delito de encubrimiento por receptación.

El Tribunal Nacional al momento de pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta y la apelación impetrada por los defensores y los procesados, en decisión del 30 de abril de 1.998 modificó el fallo en el sentido de reducir la pena principal de CERVANTES Y MESTRA a 26 años e imponerles multa en el equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales, haciendo lo propio en relación con Muñoz en el equivalente a 120 salarios mínimos legales mensuales, confirmándolo en lo demás.

Contra la decisión del Tribunal los procesados MESTRA y CERVANTES han interpuesto y sus defensores sustentado el recurso extraordinario de casación que ahora decide la Corte.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Procedentes del sur del continente, los ciudadanos de origen sueco y finlandés Johan Ernst Gunnar Rise y Lars Michael Forsell, arribaron a la ciudad de Cartagena, dirigiéndose a Turbo (Ant.) en el vehículo Ford Bronco de color rojo y placas CLC 989 de Michigan (E.E.U.U.), a donde llegaron el 5 de abril de 1.992. En esta población se hospedaron en el Hotel Castilla de Oro, del que salieron el día 9 siguiente por la vía al aeropuerto, siendo seguidos por otro automotor y al llegar en inmediaciones del apostadero naval, fueron abordados por varios hombres provistos de armas de largo alcance, quienes después de inmovilizarlos, los mantuvieron amarrados durante algunos días para después darles muerte con sendos disparos de gracia en la cabeza, enterrando sus cuerpos en el sitio denominado “Villa María”, en jurisdicción del Municipio de Turbo, a donde los investigadores de la Fiscalía los hallaron y practicaron las diligencias de exhumación y levantamiento de los cadáveres el 7 de noviembre de 1.992, lográndose su identificación con el cotejo de las cartas dentales aportadas por las embajadas de sus países de origen.

A través de diversas informaciones y labores de inteligencia, logró conocerse que estos hechos habrían sido obra de un grupo de delincuencia común denominado “los lecheros”, “los peluzantes” o “los esperanzados”, este último apelativo por atribuirse su origen a ex integrantes del E.P.L., entre quienes habrían estado Román Argumedo Muñoz, ORLANDO ENRIQUE MESTRA LEON y CONSTANTINO CERVANTES CEDEN. Tales pesquisas permitieron igualmente establecer que la camioneta en que se movilizaban las víctimas fue desguazada, encontrándose algunas de las partes de su motor en el taller de propiedad de Félix Enrique Moreno Heredia.

Como en el hotel en que se hospedaron Rise y Forsell, éstos habían alquilado dos cajillas de seguridad, en una de las cuales depositaron, entre otros bienes, cierta suma de dinero en dólares y cheques viajeros, correspondiendo una parte de ella al ciudadano de origen español Enrique Olivares García, quien como creyera que había sido víctima de un delito por parte de aquéllos, el 10 de abril de dicho año los denunció penalmente ante la Inspección Municipal de Turbo, lográndose establecer mediante registro a la habitación del hotel en que se hospedaban y a las cajillas de seguridad, que allí se encontraban esos valores, razón por la cual el 29 de abril siguiente se puso fin a esas diligencias con decisión inhibitoria.

Sin embargo, como el día 15 de abril ante el Juzgado 27 de Instrucción Criminal de Turbo, el agregado adjunto de la Embajada de Finlandia en nuestro país, Seppo Tunturi, presentó denuncia por el desaparecimiento de estos ciudadanos europeos, se adelantaron algunas pesquisas por parte de la Policía Judicial, lográndose establecer que un grupo de delincuencia común habría sido el autor del secuestro y posterior ejecución de los ciudadanos Rise y Forsell, además de conocerse comunicados de las FARC con los cuales se aportara diversa información sobre los hechos, negándose de manera enfática su participación en los mismos.

El 20 de agosto y como quiera que ORLANDO ENRIQUE MESTRA LEON, a quien se atribuyera, entre otros, haber tomado parte en los crímenes, se encontraba detenido desde el 28 de abril por el delito de porte ilegal de armas y municiones, se le oyó en versión libre, con asistencia de un profesional del derecho. Escuchado el testimonio de la señora Nemesia Saldarriaga Ríos, el día 24 de este mismo mes la Unidad Unica de Fiscalía de Turbo declaró abierta la investigación, acopiando algunas declaraciones y remitiendo las diligencias ante la Unidad Tercera Especializada de Medellín, la cual en comisión practicó pruebas de diversa índole, principalmente testimonial.

El 7 de noviembre de 1.992, una vez efectuada la exhumación y levantamiento de los

cadáveres de los ciudadanos desaparecidos en el sitio “Villa María”, distante cinco kilómetros de la cabecera municipal de Turbo y recibida la declaración de Gerardo de Jesús Higuita López y al aporte de otros datos de destacada importancia para la investigación, pudo localizarse dicho lugar, procediéndose el 23 de noviembre por un Fiscal Regional de Apartadó a recepcionar el testimonio de un hombre bajo reserva de identidad “Clave No. 038”, quien como ex militante del E.P.L. señaló conocer a ORLANDO MESTRA, CONSTANTINO CERVANTES y Román Argumedo como miembros de los Comandos Populares de dicha organización y a quienes entre otros hechos se atribuye la retención y muerte de los referidos ciudadanos extranjeros en Turbo. Sobre las informaciones dadas por este testigo, declaró el secretario de gobierno municipal de Turbo José Miguel Cantillo Barrios.

El 17 de diciembre de 1.992 fueron escuchados en indagatoria ORLANDO ENRIQUE MESTRA LEON, habiéndosele nombrado al doctor John Fernando Marulanda para que lo asistiera y CONSTANTINO CERVANTES, a quien se le nombró a un ciudadano honorable.

Efectuada diligencia de allanamiento en el taller de motocicletas de propiedad de Félix Enrique Moreno Heredia en Turbo, allí fueron encontradas diversas partes del motor de la camioneta en que se movilizaban las víctimas, según posterior dictamen rendido por un perito, las cuales conforme a lo manifestado por aquél en desarrollo de la injurada, habrían sido llevadas a dicho lugar por Román Argumedo.

El día 19 del mismo mes fue escuchado bajo la gravedad de juramento Alberto Martínez Peña, quien narró en detalle la manera como se desarrollaron los hechos objeto de investigación y de las razones para su conocimiento, señalando directamente como partícipes a los miembros de los comandos populares exintegrantes del E.P.L., MESTRA LEON, CERVANTES CEDEN, siendo el jefe de éstos, Román Argumedo.

En estas condiciones, la Fiscalía 14 Seccional de Medellín, mediante resolución

fecha el 22 de diciembre de 1.992, resolvió la situación jurídica de los implicados, profiriendo medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de MESTRA LEON (a. Talo o Talonera) y CERVANTES CEDEN (a. Costa), por los delitos de secuestro simple, homicidio agravado y hurto calificado y agravado y contra Moreno Heredia por el punible de receptación, al tiempo que se abstuvo de adoptar cualquier medida en relación con Olivares García.

En esta misma fecha se vinculó a través de indagatoria a Virgilio de Jesús Din Valencia, respecto de quien, también se abstuvo en ente acusador de imponer medida alguna, procediendo el 11 de febrero de 1.993 a declarar persona ausente a Román Argumedo Muñoz, siéndole designado como defensor de oficio al doctor Jaír Valenzuela Salazar, resolviéndosele su situación jurídica el 8 de marzo posterior con detención preventiva bajo la misma imputación concursal delictiva de secuestro, homicidio y hurto. Capturado éste implicado, fue oído en indagatoria el 24 de marzo de 1.994 con asistencia de un profesional del derecho.

Cerrada la investigación el 9 de junio de 1.993 y habiéndoseles nombrado como defensor a los procesados MESTRA, CERVANTES y Moreno al doctor Rodrigo Alberto Restrepo Posada, se profirió la correspondiente resolución calificatoria, remitiéndose a Turbo el proceso una vez ejecutoriada esta decisión, conociendo del mismo el Juzgado Primero Penal del Circuito, el que designó como nuevo defensor de de MESTRA LEON, CERVANTES CEDEN y Moreno Heredia al doctor José Luis Echavarría Vélez y de Argumedo Muñoz al doctor Antonio José Pacheco Vargas. A la investigación se acopiaron, entonces, sendos testimonios rendidos por una persona bajo reserva de identidad y Bernardo José Guerra Genes, en los cuales se ratificaron de manera contundente las imputaciones contra los procesados, como responsables de los punibles materia de averiguación en estas diligencias.

El 16 de diciembre de 1.993, el Tribunal Superior de Antioquia dispuso el cambio de

radicación del proceso, del cual avocó entonces conocimiento el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Marinilla, abriéndose el juicio a pruebas y denegándose las solicitadas directamente por los imputados MESTRA y CERVANTES, en decisión que fue ratificada al desatarse los recursos de reposición y apelación impetrados. Se oyó enseguida en indagatoria a Argumedo Muñoz, capturado como fuera en Cartagena e investigado por los delitos de rebelión y otros, con asistencia de un abogado que enseguida fue sustituido por el doctor Alberto Roldán Salcedo. El 15 de junio de 1.994 se dejó expresa constancia de no haber sido posible la comparecencia de Alberto Martínez Peña para que ampliara su declaración. A su vez, el 11 de julio de 1.994, el proceso es remitido ante la Justicia Regional en Medellín, avocándose el conocimiento por un Juzgado de dicha categoría el 26 de julio, el que a su turno declaró la nulidad de lo actuado a partir de la resolución fechada el 9 de junio de 1.993, por medio de la cual se decretó el cierre investigativo, enviándose a continuación el expediente ante la Fiscalía Regional de Medellín.

Avocado el conocimiento y después de resolverse diversas peticiones de libertad elevadas por los sindicados Argumedo Muñoz, CERVANTES CEDEN y MESTRA LEON, con asistencia de letrados fueron oídos en ampliación de indagatoria, modificándoseles su situación jurídica el 17 de febrero de 1.995 para imputarles además de los delitos de homicidio, secuestro simple y hurto agravado, la conducta descrita por el artículo 1 del Decreto 1.194 de 1.989.

Nombrado como defensor de CERVANTES al abogado Elkin Ramírez Jaramillo y de Din Valencia, Olivares García y Moreno Heredia al doctor Fernando Masso Bejarano, la investigación fue cerrada el 12 de julio, calificándose su mérito el 7 de septiembre siguiente mediante el proferimiento de resolución acusatoria en contra de Argumedo Muñoz por los delitos de formación de grupos armados, secuestro simple, homicidio y hurto agravado y por estos mismos delitos salvo el primero, en contra de CERVANTES CEDEN y MESTRA LEON, como también por el delito de encubrimiento en contra de Moreno Heredia, al tiempo que se decretó preclusión de la instrucción en favor de Din Valencia y

Olivares García, decisión ésta que al ser impugnada por el Ministerio Público y los defensores de los tres acusados, recibió integral confirmación el 29 de diciembre del mismo año.

Una vez abierto el juicio a pruebas y practicadas algunas de las solicitadas por los defensores, el 12 de diciembre de 1.996 un Juzgado Regional citó para sentencia, profiriéndose los fallos de primera y segunda instancia en los términos que se dejaron señalados precedentemente.

LAS DEMANDAS:

Demanda presentada a nombre de Orlando Enrique Mestra León.

Primer cargo

Con amparo en la tercera causal del artículo 220 del C. de P.P., el defensor del procesado MESTRA LEON divide esta censura en dos argumentos que conducen por igual a la nulidad del proceso.

En primer término, recuerda que toda la instrucción fue adelantada por la Fiscalía 14 Seccional de Medellín, hasta la calificación del mérito de las pruebas, pero que una vez repartido el proceso al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Marinilla, éste lo envió por competencia ante los Juzgados Regionales, profiriéndose por uno de ellos auto del 26 de julio de 1.994 que decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución por medio de la cual se dispuso el cierre de la investigación.

En relación con este trámite, en criterio del actor, la nulidad decretada no debió ser parcial sino total, pues resultaba imperativo que la instrucción fuese cumplida en su integridad por la Fiscalía Regional y no por la Fiscalía Seccional, como se hizo, toda vez que, de lo contrario, se estaría incurrido en motivo de nulidad por falta de competencia,

como lo definió la Corte, según afirma, en el fallo del 17 de abril de 1.995, con ponencia del Magistrado Juan Manuel Torres Fresneda, según la extensa cita que de esta decisión hace.

De ahí que, agrega, “Ante el panorama desentrañado por la Corte y que merece especial atención en el caso que nos ocupa, podemos concluir que la declaratoria oficiosa de nulidad que realizó el Juez regional de con sede (sic) en la ciudad de Medellín, no fue suficiente para acabar con los vicios de nulidad indicados, trayendo como consecuencia ahora la anulación de toda la actuación”, puesto que la investigación no se habría adelantado por el funcionario competente ni con la plenitud de todas las garantías.

A manera de segunda inconformidad, acusa por esta misma vía la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa, acorde con jurisprudencia de la Sala que cita, toda vez que “dentro del proceso se violó el artículo 304 Código de Procedimiento Penal, ya que al momento de conocer la instrucción el FISCAL SECCIONAL 14 DE LA CIUDAD D MEDELLIN, se desconoció (sic) el hecho de que los delitos aquí mencionados es sólo de conocimiento (sic) de los FISCALES REGIONALES, quienes debieron avocar el proceso desde los preliminares, y aunque hay algunos delitos de conocimiento de los primeros, son los segundos los autorizado (sic) para conocer de ellos por romperse el factor de conexidad”.

Segundo cargo

Por error en la apreciación de las pruebas, propone el actor esta censura, haciéndola radicar en el hecho de que el Tribunal Nacional habría dado “valor de plena prueba a las declaraciones juradas” de Gerardo de Jesús Higuita López, sobre quien se opone a la consideración de tratarse de un testigo imparcial, pues sus averiguaciones habrían sido encomendadas por los familiares de los extranjeros inmolados; Nemesia Saldarriaga Rios, pese a que la testigo mintió sobre el lugar exacto en donde se encontraban los

cadáveres y la información suministrada por ella habría sido suministrada por otras personas que no depusieron en este proceso; Bernardo Guerra Genes, supuesto testigo de los hechos, pero que deja de declarar a través de los meses hasta cuando se presenta ante las autoridades, pero el fallador no tuvo en cuenta la existencia de rivalidades políticas con los implicados y además, aun cuando poca importancia probatoria dio el fallador a lo expuesto por Roman Argumedo Muñoz, éste fue contundente al imputarle participación en los delitos a dicho declarante.

Todo lo anterior, advierte, tiene directa relación con el debido proceso y el derecho de defensa, referido al in dubio pro reo, pues toda duda debe favorecer al procesado.

Ahora, referido a lo depuesto por Alberto Martínez Peña bajo juramento, llama la atención en el sentido que este testigo refirió la existencia de enemistad con MESTRA LEON, además de tratarse de la misma persona con reserva de identidad 038, como en su oportunidad lo habría puesto de presente su defendido al solicitar algunas pruebas para demostrarlo, sin que se adelantaran las diligencias pertinentes para ello, vulnerándose el derecho de defensa.

Asegura, así, que con el análisis probatorio adelantado por el Tribunal, se vulneraron los arts. 246 y 247 del C. de P.P., desconociéndose la presunción de inocencia que ampara a su representado, porque el fallo es violatorio de normas sustanciales “por aplicación indebida y por falta de aplicación de las demás”, máxime cuando si bien en el fallo se afirma no haber tenido en cuenta la declaración del testigo con reserva de identidad 038, sí se valoró la declaración de “Alberto Martínez Peña”, que no es otra persona que “a. Elviro Meneses Ruíz”, militante de las F.A.R.C., sentido en el cual amerita plena credibilidad aquello expresado por su patrocinado, pues de no ser así, se estaría frente a una irregularidad violatoria del debido proceso y el derecho de defensa.

Así, pues, para el demandante, “No puede dudarse que en este proceso la mayor parte

de las cosas inciertas expresadas por muchos testigos y haciéndolo bajo la gravedad del juramento durante el proceso, son mentiras concientes y voluntarias predeterminadas ya por un fin utilitario, por un fin de odio, ya por cuestiones políticas, lo cual deja dicho que no se encuentra probado la autoría (sic) de los hechos punibles” y existen dudas que no se han resuelto en favor del procesado.

Solicita así, casar la sentencia dictando la que deba reemplazarla, o decretando la nulidad de la actuación acorde con lo expuesto para cada causal.

Demanda presentada a nombre de Constantino Cervantes Cedén.

Dos son los reparos que por la causal tercera de casación postula el defensor de CERVANTES CEDEN contra el fallo impugnado.

Primer cargo

Afirma el libelista que dentro de la actuación se presentaron irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, en el entendido de que esta garantía se extiende en su alcance protector a todas y cada una de las manifestaciones del proceso penal, en particular en su triple consagración referida al juez competente, la preexistencia de la ley y las formas concretas del procesamiento, sentido en el cual de manera general se refiere el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los arts. 1 y 329 del C. de P.P., último precepto que en concreto alude al término para la instrucción, que en el caso concreto no obstante las solicitudes del Ministerio Público se dejó de cumplir, en la medida en que para el 7 de septiembre de 1.995 cuando se calificó el mérito de las pruebas tenía más de 9 meses de vencido.

Comienza pues por destacar, que a pesar de encontrarse agotado dicho término, el instructor procedió a ampliar la indagatoria de su defendido el 31 de enero de 1.995 y a imputar nuevos cargos, esto es el delito de “conformación de grupos armados”, cuando

ello no era dable pues cualquier actuación posterior a dicha fecha estaría viciada de nulidad.

Pero además, según criterio del actor, con la ampliación de la injurada, se pretendió avalar una pieza procesal que era de por sí nula, como lo fue la indagatoria practicada sin la presencia de un abogado de confianza ni de oficio, rendida el 17 de diciembre de 1.992.

También se vulneró el debido proceso al no dársele trámite a la apelación que fuera concedida a su defendido en relación con la providencia que negó la libertad provisional (fl. 1.694, cdno. orig. No.5).

Del mismo modo, agrega, se desconoció el debido proceso, al haberse declarado la nulidad de lo actuado a partir del cierre investigativo con el objeto de readecuar la situación jurídica de los procesados, toda vez que sobre la infracción prevista en el Decreto 1.194 de 1.989 no fueron interrogados en sus injuradas, de donde CERVANTES CEDEN no podía ser condenado por este delito.

Además, debió concedérsele al imputado la libertad provisional deprecada por vencimiento de términos para calificar el mérito de las pruebas, pues llevaba más de 360 días privado de ella, pese a lo cual se le respondió que si había lugar a la misma debía ser solicitada dentro del otro proceso por el cual estuvo detenido (fl. 999, cdno. orig. No. 3), lo que es, en su criterio, absolutamente equivocado.

Solicita, en consecuencia, se decrete la nulidad de todo lo actuado, inclusive, desde la resolución que resolvió la situación jurídica del procesado.

Segundo cargo

Se refiere enseguida al segundo motivo de nulidad que acusa por vulneración del

derecho de defensa técnica, pues a pesar de que toda persona sindicada tiene derecho a ser asistida por un abogado escogido por ella o de oficio, durante toda la investigación y el juzgamiento, es decir, que en ningún momento procesal puede estarse huérfano de la defensa letrada, en este caso CERVANTES CEDEN habría durado casi tres años sin defensor, desde la propia indagatoria en que se le designó como tal a un ciudadano, pese a ser Turbo cabecera de Circuito, hasta cuando con posterioridad se encargó al doctor José Luis Echavarría la salvaguarda de los derechos de tres sindicados que tenían además conflictos de intereses (fl. 712, cdno. orig. No.1), sin que esto pudiera en todo caso subsanar la irregularidad, pues el designado no actuó en manera alguna, renunciando el 28 de febrero de 1.994 y sólo hasta el segundo cierre de la investigación se ordenó nombrar defensores de oficio, pero para esta fecha, después de tres años, la Defensoría Pública había encargado al doctor Elkin Ramírez, quien lo único que hizo fue sustituir el poder en el doctor Fernando Masso Bejarano.

Asegura, enseguida, que al existir conflicto de intereses en la defensa múltiple se habría violado el art. 143 del C. de P.P. y con la renuncia a la defensa el art. 147 ibidem, pero además, al no haberse interrogado al procesado sobre todos los cargos por los cuales iba a versar la instrucción, también debe estimarse vulnerado el derecho de defensa, pues la solución dada por el instructor de mantener sin cerrar la investigación pese a encontrarse más que vencidos los términos, conlleva el mismo efecto, ya que la ampliación de injurada no habría sido promovida por el procesado.

Solicita, en consecuencia, se declare la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de indagatoria de CERVANTES CEDEN.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL:

Demanda presentada a nombre de Orlando Mestra León.

Primer cargo

A juicio del señor Procurador Delegado no es, en modo alguno, claro el fundamento de este reproche por nulidad, no determina ni demuestra la irregularidad que pretende y la alegación orientada a establecer que correspondía a la Fiscalía Regional adelantar la etapa instructiva, deja de lado que precisamente esto fue lo que se hizo al decretarse la nulidad a partir del cierre, sin que fuese necesario hacerlo en relación con todo lo actuado hasta dicho momento, pues lo adelantado por la Fiscalía Seccional era por completo válido, como que los delitos investigados eran de su competencia, sin poderse perder de vista que, como lo ha sostenido la Corte “el factor de conexidad fija competencia en el momento mismo en que surge o se detecte la presunta existencia de un delito diferente, que por su conveniencia deben ser investigado y fallados en un solo proceso (Auto de 1^o de diciembre de 1.987)”.

Contrariamente a lo expresado por el actor, antes que romperse la conexidad en este proceso, este factor de competencia le permitió a la jurisdicción ordinaria su inicial adelantamiento, de donde “la afirmación propuesta por el recurrente (debió decretarse la nulidad de toda la instrucción) es falsa, como falsa es la razón en que se sustenta (porque se rompió el factor de la conexidad)”.

El cargo, no debe prosperar.

Segundo cargo

Aunque está propuesto por la causal primera, así como no señala el actor si lo es por la vía directa o indirecta, tampoco indica los errores en que habría incurrido el fallador y si bien pareciera estar orientado por una equivocada valoración de las pruebas aportadas, denuncia también supuestos vicios procesales que en opinión del censor afectarían de nulidad el proceso, fusionando en forma absolutamente indebida dos disímiles vías de casación.

Pero además, los yerros denunciados se limitan a criticar el grado de credibilidad y

certeza que las instancias les dieron a los medios de convicción y el que le negaron a otros, contradiciéndose así una de las reglas básicas de la casación, de conformidad con la cual el yerro acusable es aquél que surge de la disparidad entre la sentencia y la ley y no del enfrentamiento que se presente entre el criterio del juez y el de los sujetos procesales.

Sostener que algunos de los testigos tenían interés en el proceso, o que habrían tenido dificultades de percepción, o que sus relatos fueron suministrados por versiones escuchadas, o inclusive la legalidad misma de las pruebas, por si mismo no es un alegato que conduzca a demostrar que tales factores hubieran generado una versión acomodada de los sucesos por parte de los sentenciadores. Así, respecto del testimonio rendido por Bernardo Guerra que se califica de sospechoso, o la declaración del testigo con reserva de identidad, que se afirma corresponde a quien después declaró como Alberto Martínez Peña, es decir, que habría existido “clonación”, el actor pierde de vista que el sentenciador desestimó el valor probatorio del anónimo y valoró el de éste por estar regularmente aportado al proceso.

Termina el censor invocando la duda probatoria que debió favorecer al procesado, pero omitió demostrar su existencia, por lo que el cargo debe ser desestimado.

Demanda presentada a nombre de Constatino Cervantes Cedén.

Primer cargo

En la confección de esta censura desatiende el actor las exigencias técnicas que gobiernan la causal tercera de casación, al enunciar dentro de un mismo cargo varias irregularidades, como lo son la prolongación del término instructivo, la falta de defensa técnica, la falta de trámite de una apelación y la falta de formulación de uno de los cargos en la primera indagatoria, todo lo cual hace sin finalmente demostrar la trascendencia de las irregularidades denunciadas.

De tal suerte es el alegato según el cual la instrucción se habría prolongado por un tiempo mayor del establecido en la ley, solicitándose la nulidad para que el proceso vuelva a la etapa instructiva, pues esto implicaría una mayor prologación de dicho término, por lo que “la solución solicitada es idéntica al vicio que denuncia”; además, “el mayor lapso instructivo se debió al hecho de haberse tenido que sortear diversos accidentes procesales, como el cambio de radicación, el concreto establecimiento de la competencia del instructor, la declaratoria de nulidad en la etapa de juzgamiento y la necesidad de investigar un nuevo delito, entre otros motivos, siendo lo cierto que la instrucción cumplió su finalidad por lo que el sólo quebrantamiento del término procesal no conduce a la nulidad, a la postre resultaría el remedio más dañino que la enfermedad”, toda vez que se retrotraería el proceso porlongándose aún más la instrucción.

No es cierto que la ampliación de indagatoria hubiese perseguido sanear la primera diligencia de esta índole, que entiende el actor viciado por el hecho de haber sido asistido el procesado por un ciudadano, toda vez que esto lo autorizaba el art. 148 del C. de P.P., toda vez que la misma fue declarada inexecutable hasta el 8 de febrero de 1.996 y si no está afectada de nulidad, mal podía servir al propósito de legalizarla, la prolongación de la instrucción y la referida ampliación.

Tampoco puede admitirse como nulidad procesal, el hecho de no habersele interrogado al procesado en la instrucción o en su injurada, sobre lo relacionado con la conformación de grupos de justicia privada, pues a parte de que en la primera diligencia, se le preguntó sobre la existencia de grupos armados que apoyaban la labor política del E.P.L., en la ampliación de indagatoria se le interrogó por este concreto punible, modificándose a continuación la resolución de la situación jurídica para imputarle dicha conducta, y por si fuese poco, en la resolución acusatoria también le fue atribuída, es decir que, la realidad procesal muestra una situación absolutamente contraria a la expresada por el libelista.

Tampoco es verdad que se hubiera dejado de tramitar la apelación interpuesta por el procesado contra la providencia que negó la libertad provisional, pues como se constata en el expediente, contra la resolución del 2 de octubre de 1.996 en que se resolvió dicha petición, una vez interpuesta la apelación, a la misma se dió el curso de rigor y después de correrse los traslado de ley el asunto fue enviado ante la segunda instancia con oficio del 15 de enero de 1.997, siendo desatado el recurso e 12 de febrero siguiente, confirmándose la decisión de primer grado (fls. 1.697 y ss., cdno .orig. No. 5).

Por falta de técnica y de razón, este cargo no debe prosperar.

Segundo cargo

Al igual que en el caso anterior, el casacionista acumula en un mismo cargo varias de las que considera irregularidades procesales, como lo son falta de defensa técnica, el conflicto de intereses en el defensor y no haberse interrogado al procesado en la indagatoria por todos los cargos.

Además, en relación con el aducido conflicto de intereses, no demuestra la razón por la cual la misma concurre y centra la causal de nulidad en la existencia de un sólo defensor para tres procesados. Tampoco puede afirmarse nulidad por el hecho de no haberse efectuado todas las imputaciones en la diligencia de indagatoria, pues las normas procesales no prescriben dicha exigencia y como se vió en precedencia, en relación con el cargo de conformación de grupos armados ese comportamiento fue debidamente investigado y no sólo se amplió la indagatoria por el mismo, sino que se modificó la situación jurídica para hacérsele su legal atribución.

Sin embargo, para el representante del Ministerio Público, razón asiste al libelista en la afirmada carencia de defensa técnica del el procesado CERVANTES CEDEN durante casi toda la instrucción, lo que conduce a reconocer la vulneración de la garantía constitucional prevista en el art. 29 de la Constitución Política.

Así, precisa en detalle el Procurador que el procesado fue asistido en la indagatoria por una persona sin formación de abogado (fl. 343, cdno. orig. No.1) y bajo dichas condiciones le fue resuelta la situación jurídica, notificándose de la resolución a los implicados privados de la libertad personalmente y por estado a los demás sujetos procesales “es decir a nadie, porque se insiste, los procesados carecían de defensa técnica”.

Así continuó la investigación, recaudándose pruebas de diversa índole y cinco meses después de resolverse la situación jurídica se amplió la injurada al procesado, nombrándosele entonces como “defensora de oficio” a una mujer que tampoco era abogada, pese a realizarse dicha diligencia en la ciudad de Medellín (fl. 608, cdno. orig. No. 2), situación que se mantuvo hasta cuando se decretó por primera vez el cierre de la investigación, que luego fue anulada, cuando a cargo de un defensor se dejó a tres de los procesados (fl. 628, cdno. orig. No. 2), profesional cuya única actuación fue notificarse de la resolución acusatoria, también declarada nula con posterioridad (fl. 676, cdno. orig. No. 2). Ahora que si bien cuando el proceso fue puesto en conocimiento del Juez Penal del Circuito de Turbo se designó defensor de oficio también para tres procesados, ante el cambio de radicación del asunto a Marinilla el defensor de oficio renunció al cargo (fl. 774, cdno. orig. No. 2).

Pero no obstante la declaratoria de nulidad y la fijación de competencia en cabeza de la Fiscalía Regional de Medellín, la ausencia de defensa técnica no se corrigió, pues algunas de las decisiones adoptadas se notificaron por estado a los defensores residentes en Turbo, que obviamente no intervinieron en manera alguna, pese a que durante este nuevo período se imputó el delito “de conformación de grupos de defensa privada, esto es, el de mayor pena entre todos los que se le imputaron”, lapso dentro del cual se modificó la medida de aseguramiento y se hicieron peticiones de libertad provisional.

En las postrimerías de la etapa instructiva el procesado otorgó poder a un defensor público, el cual sustituyó el poder un mes después (fl.1.163, cdno. orig. No. 3),

cerrándose la investigación a los tres meses, es decir, que bien puede afirmarse que CERVANTES CEDEN sólo contó con un defensor técnico para presentar los alegatos precalificatorios cuando todo el material probatorio que condujo al fallo condenatorio ya se había recaudado, sin haber tenido un profesional del derecho para ejercer el contradictorio.

La falta de defensa técnica, para el Delegado, se hace más notoria en casos como este, en los cuales por tratarse de un asunto tramitado por la justicia regional, se carecía de audiencia pública, lo que exigía un mayor cuidado en su protección, que según el art. 29 constitucional impone la “asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”, razón por la cual, en su criterio, este aspecto del segundo cargo está llamado a prosperar, por lo que solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada y decretar la nulidad procesal a partir de la “resolución jurídica” de CERVANTES CEDEN, haciendo extensivos los efectos de la casación a los procesados MESTRA LEON y Moreno Heredia por las mismas razones.

CONSIDERACIONES:

Demanda a nombre de Orlando Enrique Mestra León.

Primer cargo

1. Es realmente deficiente el primer cargo que el defensor de MESTRA LEON propone contra la sentencia impugnada y que sustenta por vía de nulidad, en dos motivos sólo en apariencia diversos, en el entendido que toda la actuación estaría viciada por cuanto al ser de competencia de la justicia regional el conocimiento de este proceso, como en efecto finalmente fue fallado, todo el trámite adelantado por la jurisdicción ordinaria, estaría afectado, debiéndose así retrotraer el mismo hasta el propio inicio de las averiguaciones preliminares, pero omite precisar por qué la circunstancia de haberse cumplido inicialmente la instrucción por una Fiscalía Seccional hace inválido lo

actuado, es decir, que no explica ni demuestra la razón por la cual el primer tramo de la investigación sería nulo.

2. En este sentido, el libelista da por supuesto que es suficiente con afirmar que el auto proferido el 26 de julio de 1.994, mediante el cual un Juzgado Regional decretó la nulidad de lo actuado a partir del cierre investigativo fechado el 9 de junio de 1.993, esto es invalidando la acusación de primera y segunda instancia que ya estaba ejecutoriada, debió serlo de la totalidad de la actuación, por cuanto la Fiscalía carecía de “competencia” para instruir el proceso, conforme, asegura, lo definió la Corte en decisión del 17 de abril de 1.995.

3. Es, pues, como se ve, el antecedente jurisprudencial en cita, el único argumento que encuentra el actor para acusar la supuesta irregularidad sustancial del proceso. No obstante, para comenzar, debe señalarse que el fallo al que se alude es en verdad impertinente para sustentar en él la pretensión anulatoria de este asunto, en la medida en que el mismo está referido a un problema ciertamente de falta de competencia de las autoridades que fallaron en primera y segunda instancia un proceso, pero debido a que con la entrada a regir del Decreto 2.700 de 1.991, habría operado un cambio de competencia por razón de la cuantía, que incidía sobre las autoridades que debían conocer del mismo, así los hechos hubiesen tenido ocurrencia encontrándose vigente el Decreto 0050 de 1.987, sentido en el cual y para respaldar la decisión que allí se adopta, es el fundamento teórico transcrito por el actor en este caso, que, evidentemente por tener unas características propias, plantea una problemática diversa que amerita una respuesta también diferente.

4. En efecto, es bien sabido que de conformidad con lo regulado en el artículo 250.2 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación tiene competencia para investigar y actuar en todo el territorio y que, consecuente con esta atribución, la actividad instructiva que le es propia, en principio, no supone la existencia de una

concreta y previa determinación de asuntos de los cuales deba conocer, o lo que es igual, que dada la órbita general de competencias que tiene para el cumplimiento de sus funciones dentro de dicha fase, no es viable afirmar de manera general que actos de instrucción puedan verse afectados de nulidad por no haber sido adelantados por alguna autoridad especial de dicha entidad, con la limitante referida a aquellos asuntos promovidos contra funcionarios con fuero, en relación con los cuales, dado su particular carácter, el conocimiento de los mismos debe desarrollarse por determinadas autoridades a riesgo de viciarse la actuación procesal.

5. Por consiguiente y teniendo en cuenta que en este caso ninguno de los sujetos investigados ostentaba la condición de aforado, el reparo que apunta a encontrar vicios en la instrucción, sobre la base de que la misma fue adelantada por una Fiscalía Seccional cuando debió serlo por una Regional, resulta manifiestamente infundado, más aún cuando, precisamente con el cometido de prevenir cualquier irregularidad y dada su especialidad, avizorándose la existencia de un delito conexo que era de conocimiento de la justicia regional, se declaró la nulidad de lo diligenciado a partir de la resolución que ordenó el cierre instructivo, para que fuera valorada la responsabilidad de los procesados al momento de calificarse el mérito de las pruebas, por quien dada la situación propuesta, le habría de corresponder hacerlo, sin que esta decisión pudiese influir negativamente sobre el trámite hasta dicho momento cumplido, pues el mismo, como ya se vio, no suponía el conocimiento por parte de un funcionario especial o determinado.

6. Nada pues, justifica la petición de nulidad, debiendo en cambio concluirse el acierto en el correctivo de declarar la invalidez parcial de lo actuado a partir de la clausura investigativa, para que se pudiese averiguar dentro del mismo proceso el delito conexo de formación de grupos armados de justicia privada, como en efecto así se hizo, resultando, absolutamente equivocada la afirmación según la cual para que fuese válida la actuación tenía desde un principio que haber participado en la instrucción la Fiscalía Regional, por “romperse el factor de conexidad”, que a manera de inconformidad

adicional expone el demandante, aun cuando se trata exactamente de un motivo más para respaldar el mismo reparo, pues muy por el contrario, conforme lo destaca el Ministerio Público, “existía ese factor de competencia que permitía la llamada jurisdicción ordinaria adelantar la actuación sin vicio alguno, y cuando el proceso se encontraba ya en la etapa del juicio y en el despacho del Juez Regional se consideró la estructuración del delito especial, por ello, lo procedente era decretar la nulidad para que en la etapa de instrucción se investigara la conducta punible que hasta entonces no se había incluido dentro del pliego de cargos”.

Siendo ello así, este cargo no prospera.

Segundo cargo

1. Acusa en esta censura el demandante la sentencia, por errores en la apreciación de las pruebas sin señalar con precisión y claridad, ni la naturaleza del error acusado, ni tampoco la modalidad de error que concurre. Es decir, que no se indica si el vicio in iudicando proviene de errores de hecho o de derecho, como tampoco se escoge entre los diversos falsos juicios en particular cuál se presenta.

2. Desde un comienzo el reproche es anclado por el casacionista, en terrenos propios que abren un debate pero referido a la valoración de la diversa prueba testimonial allegada, lo que, como bien se sabe, escapa a cualquier controversia por esta excepcional vía. Es así, que discrepa con el “valor de plena prueba” que asegura, le dio el Tribunal al testimonio de Gerardo de Jesús Higuera López, no obstante que para el demandante no puede tenersele por imparcial, como así lo asumiera el fallador, o lo atestado por Nemesia Saldarriaga Ríos, de quien afirma relató lo escuchado a otras personas, o, las declaraciones de Bernardo Guerra Genes, pues se dejó de lado que tenía rivalidades políticas con los implicados, o, en fin, lo manifestado bajo juramento por Alberto Martínez Peña a que no debía otorgársele la

significación probatoria que tuvo, pues el testigo fue enfático en afirmar la existencia de enemistad con MESTRA LEON, aspectos todos que no logra encasillar como es natural entender, en alguno de los supuestos del afirmado error probatorio, contrayéndose en esencia todo el alegato, a una crítica referida al grado de credibilidad dada a los distintos elementos de convicción allegados.

3. Pero además, de manera antitécnica, entremezcla indebidamente motivos de la causal primera, que aun cuando son en principio expuestos en forma errática comportan una mínima relación con esta vía, con una conclusiva vulneración del debido proceso y el derecho de defensa, al que dice se llega por desconocimiento del principio in dubio pro reo, no obstane la diversa naturaleza y repercusiones que uno y otro tema comporta y los disímiles efectos que cada una tiene dentro de la actuación penal.

4. De otra parte, el cuestionamiento de que hace objeto al testigo con reserva de identidad, que dice es el mismo Martínez Peña, lo que asegura se habría podido demostrar si se hubiesen practicado las pruebas solicitadas por el procesado, además de ser un argumento hipotético, ratifica la más absoluta confusión por parte del demandante entre las causales primera y tercera que lo llevan a exponerlas indistintamente, sin consultar el hecho de que mientras aquella supone la validez del proceso, ésta obedece exactamente a todo lo contrario, siendo su simultánea proposición incompatible, haciéndose en casos como el presente nugatoria cualquier alternativa respuesta.

5. En fin, apenas acorde con la confusión de razones para impugnar el fallo presentadas en este acápite, está la afirmación del libelista según la cual todos cuantos declararon en contra de su defendido, lo hicieron motivados por “mentiras concientes y voluntarias predeterminadas ya por un fin utilitarista, por un fin de odio, ya por cuestiones políticas”, saliendo airoso el dicho de ORLANDO ENRIQUE MESTRA LEON que refuta su participación en los hechos, o, por lo menos la duda que debería, entonces, favorecerlo, inesperada conclusión que no puede menos que ratificar la respuesta adversa

que merece el reproche, puestos de relieve los ostensibles desaciertos técnicos en que se incurre y la inescrutable mixtura de causales y proposiciones que en forma simultánea son incluídas dentro de un mismo cargo, que por lo tanto desecha cualquier contestación.

Demanda a nombre de Constantino Cervantes Cedén.

Primer cargo

Postulado por la vía de nulidad, diversos son los motivos que afirma el demandante concurrentes para deducir vulnerado el debido proceso.

1. Así, en primer lugar, alude al hecho de haberse vencido el término de instrucción sin ser calificado el mérito de las pruebas.

Esta sóla alegación, por si misma, desde luego, carece de la menor significación como para magnificarla al extremo de hacerla coincidir con los desconocimientos de las formas procesales capaces de repercutir negativamente en el proceso penal o de socavar las bases fundamentales del juzgamiento; este es, para comenzar, el defecto más notable del cargo, pues no explica, en manera alguna, cuál es la consecuencia procesalmente negativa de que se haya superado el lapso instructivo, es decir, en qué afectó al demandante en casación esta circunstancia y consiguientemente, cuál ha sido la transcendencia que este hecho tuvo en su situación frente al proceso.

2. En todo caso, no está de más recordar, que a pesar de la ley disponer unos límites temporales dentro de los cuales debe procurarse la solución de los asuntos judiciales y la adopción de las decisiones de acuerdo con la etapa por la que transite la actuación, el que ellos sean superados no puede automáticamente identificarse con irregularidades sustanciales lesivas del debido proceso.

3. Ha dicho la Sala, que si bien “es innegable que a partir de la [Constitución Política](#) de 1.991, se elevó a rango superior el principio de que el derecho a un debido proceso, lo es además ‘sin dilaciones injustificadas’ -artículo 29- ... sin intentar menospreciar en lo más mínimo esta garantía, es igualmente de recibo afirmar que no toda demora en la adopción de una determinación, ni toda prolongación de la actuación más allá de los términos legalmente establecidos, puede constituir violación a ese derecho del procesado, porque la transgresión no emana de la sola y objetiva dilación, sino tan solo de aquellas que puedan ser ‘injustificadas’, y ello conduce a la necesidad de analizar al lado de la entidad de la demora, las causas que la hayan generado, sea que radiquen en obstrucción indebida de las partes, falta de colaboración de los auxiliares de la justicia, en razones nada infrecuentes de congestión en los despachos judiciales, o en la complejidad misma del asunto o el volumen del expediente y piezas procesales objeto de valoración” (Casación 9.079, 11 de octubre de 1.996).

4. Oponerse a la legalidad del proceso, sobre la base de que se superaron los períodos fijados en abstracto en los Códigos para el cumplimiento de las actuaciones, conduce sin más consideraciones a una consecuencia paradójica que tinosamente es puesta de presente por el Ministerio Público, al señalar que si la nulidad proviene de la prolongación de la instrucción, “por un tiempo mayor al establecido en la ley, y ahora, en sede de casación por ello mismo se solicita decrete la nulidad procesal para que el proceso vuelva a la etapa instructiva”, esto “implicaría una prolongación aún mayor de esta fase del proceso. Es decir que la solución solicitada es idéntica al vicio que denuncia”, o lo que es igual, que “resultaría el remedio más dañino que la enfermedad”.

5. Por lo demás, y en el entendido de que es la trascendencia del vicio denunciado lo que posibilita observar cuándo una actuación irregular tiene carácter sustancial y conduce a la invalidación del proceso, en el asunto bajo estudio diversas situaciones concurren para explicar la extensión instructiva que en estas diligencias pudo presentarse y el hecho de que dicho lapso superara el previsto en la ley.

Así, coadyuva a explicar la superación del término instructivo en este caso, el objeto mismo de la investigación, como que se trató de un asunto que no logró una consolidación probatoria inmediata y que tuvo algunas vicisitudes procesales tales como la orden de cambio de radicación adoptada por el Tribunal Superior de Antioquia el 16 de diciembre de 1.993, cuando ya se había calificado el mérito de las pruebas en primera y segunda instancia, encontrándose inclusive tramitada la etapa probatoria del juicio por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, pues remitidas las diligencias en virtud de dicha decisión al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Marinilla, que avocó conocimiento el 17 de febrero de 1.994, por auto del 11 de julio posterior envía por competencia el proceso a los Juzgados Regionales de Medellín, uno de los cuales por auto del día 26 de este mes declara la nulidad de lo actuado a partir del 9 de junio de 1.993, esto es, de la resolución por medio de la cual la Fiscalía 14 Seccional había decretado el cierre de la investigación, por lo que regresó a su fase de instrucción.

6. Por otra parte, el hecho de haberse ampliado la indagatoria de los procesados con posterioridad al vencimiento del período de investigación, no puede entenderse, como lo hace el demandante, como una actuación viciada, pues lo único cierto es que tales diligencias se efectuaron con posterioridad a la declaración de nulidad y antes de decretarse por segunda vez el cierre del ciclo instructivo y se hizo, contrariamente a lo manifestado por el censor, garantizándoseles la posibilidad de defenderse de las imputaciones que por conformación de grupos armados se les hacía.

7. Aun cuando es notable el yerro técnico en que incurre el actor, al fusionar distintos motivos de nulidad dentro de un mismo alegato, siendo lo correcto darles la independencia que en casación es debida, tampoco tiene razón el censor en afirmar que la ampliación de indagatoria simplemente buscó avalar una pieza procesal que era de por sí nula, esto es, la injurada inicialmente tomada a CERVANTES CEDEN, toda vez que en dicha oportunidad fue asistido por un ciudadano y no por un profesional del derecho.

Se desconoce así, que para el momento en que se produjo la vinculación procesal del demandante en casación, esto es, el 17 de diciembre de 1.992, se encontraba vigente el artículo 148 del C. de P.P., cuya declaratoria de inexequibilidad data del 8 de febrero de 1.996 (Sentencia C-049/96), siendo además sus efectos hacia el futuro, es decir, que la validez de tal diligencia desde el punto de vista de la asistencia por un ciudadano honorable del procesado, no admite absolutamente ningún reparo.

8. Infundada, por completo, resulta de otro lado, la afirmación según la cual se habría dejado de tramitar el recurso de apelación impetrado por CERVANTES CEDEN contra el auto fechado el 2 de octubre de 1.996, en el que el Juzgado Regional de Medellín le negó la libertad provisional, toda vez que fácilmente se constata en el proceso que por auto del 15 de noviembre la impugnación fue concedida (fl. 1747. c.o.5) y que, el Tribunal Nacional se pronunció sobre la misma el 12 de febrero de 1.996, ratificando la negativa de primera instancia.

9. Tampoco es admisible como motivo de nulidad del proceso, la aseveración que está referida al hecho de no haber sido interrogado CERVANTES CEDEN, ni los demás imputados, sobre la infracción prevenida por el Decreto 1194 de 1.989, esto es, la formación de grupos armados de justicia privada.

Esta propuesta lleva implícita una incoherencia en el desarrollo argumentativo del cargo por la causal tercera propuesto, pues si como se vió, anteladamente el libelista reconoce que fue ampliada la indagatoria a los implicados y que se hizo específicamente para preguntárseles por algunas conductas que desde los albores de la investigación ya se les imputaban, relacionadas precisamente con su activa pertenencia a grupos armados, no es comprensible que ahora se ignore ese antecedente para sustentar una presunta omisión en tal sentido, pues mediando la aplicación de las injuradas, no solamente se posibilitó completar la medida de aseguramiento de detención preventiva, haciéndola extensiva a este delito, sino que posteriormente fue materia de

acusación y de condena.

10. Por último, en lo atinente con la libertad provisional injustificadamente negada a CERVANTES CEDEN, según el casacionista, pese a encontrarse vencido el término instructivo, que también erige como causal de nulidad, debe señalarse que esta circunstancia apenas incidental dentro del trámite penal, no puede afectar su validez, como que no constituye presupuesto de actuaciones posteriores capaz de comunicar sus efectos dañinos y viciarlo.

Pero además, no puede perderse de vista que la libertad deprecada por el procesado, conforme consta al folio 999 del c.o.3, fue negada por no encontrarse privado de ella en razón de este asunto, sino por estarlo dentro del proceso que se le adelantara por violación del Decreto 3.664 de 1.986 y a órdenes de otra autoridad, correspondiendo dicha determinación al entendimiento que de las causales contempladas en los numerales 4 y 5 del art. 415 del C. de P.P., por mayoría, tiene la Sala, en el sentido que dichos plazos para que opere en forma automática la liberación de un procesado, suponen que dentro de período en que los mismos se cuentan, exista privación física de la libertad. (Véase entre otros, auto del 7 de noviembre de 1.997, M.P. Jorge Enrique Córdoba Poveda).

Segundo cargo

Lo sustenta el demandante por vulneración de la defensa técnica del procesado durante la etapa investigativa, encontrando eco en el concepto del Ministerio Público, que en términos generales coincide en los motivos expuestos para la solicitud de nulidad sobre esta base edificada.

1. En diversas oportunidades ha precisado la doctrina de esta Sala que el derecho de defensa técnica, como garantía procesal que es, impone al Estado el deber de proveer al imputado de la asistencia de un defensor designado directamente por él mismo o

nombrado de oficio y que la salvaguarda de este derecho debe manifestarse durante todo el desarrollo del proceso, esto es, durante las etapas de investigación y causa, lo que no significa, que si se ha dejado de contar con él “en un determinado momento, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advengan por eso solo motivo ineficaces, pues en virtud del principio de trascendencia que orienta 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” (Casación 11.555, 11 de agosto de 1.999).

2. Se ha insistido en la jurisprudencia, por corresponder a uno de los principios reguladores de esta materia, que no es dable aducir la invalidez de un proceso por la invalidez misma, o lo que es igual, que siendo la nulidad la sanción extrema de una actuación, no basta la simple constatación de haberse carecido temporalmente de defensor, para estimar esta circunstancia como razón suficiente y única, demostrativa de la vulneración de esta garantía.

3. Es necesario que el demandante evidencie cuáles han sido los efectos negativos que ha tenido la ausencia de defensor letrado sobre la situación del implicado, es decir, que resulta imperativo mostrar durante dicho período qué pruebas determinantes de la condena se practicaron o allegaron al proceso, como también que en relación con ellas, no brindó con posterioridad la actuación procesal una oportunidad defensiva, toda vez que así como sería inocua la declaración de una nulidad en forma automática y por la simple verificación del vacío de profesional del derecho durante un margen del diligenciamiento penal, también carecería de sentido invalidar lo actuado si se han otorgado “oportunidades reales” para su ejercicio, caso en el cual “ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa técnica contara con una oportunidad que ya tuvo” (Casación 14.061, 10 de octubre de 2.000).

4. Así, en el caso sub júdice, para demostrar el demandante la vulneración del derecho

de defensa técnica, del que categóricamente asegura estuvo huérfano CERVANTES CEDEN durante por lo menos tres años de la instrucción, comienza por referirse a la propia indagatoria dentro de la cual se le habría nombrado a un ciudadano honorable, hasta cuando el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo le nombró al doctor José Luis Echavarría Vélez, para asistirlo a él, a MESTRA LEON y a Moreno Heredia, estando así incurso en conflicto de intereses y quien en todo caso no efectuó ninguna actuación en su favor y renunció el 28 de febrero de 1.994, hasta cuando se produjo el nuevo cierre instructivo e que se designa un nuevo defensor que salvo sustituir en el doctor Masso Bejarano, tampoco hizo nada en su favor, además de no haberse indagado al procesado sobre todos los cargos sobre los cuales iba a versar la instrucción.

5. Pues bien, como ya se anotó en acápite precedente, ningún reparo puede hacerse a la circunstancia de haberle sido nombrado como defensor para la diligencia de indagatoria que le fuera recibida el 17 de diciembre de 1.992 a CERVANTES CEDEN a un ciudadano honorable, en la medida en que para dicha fecha se encontraba vigente el artículo 148.2 del Código de Procedimiento Penal que así lo posibilitaba.

Ahora, en relación con el genérico argumento del actor, que da cuenta de la existencia de un conflicto de intereses defensivos en el abogado designado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo el 4 de noviembre de 1.993 para asistir a CERVANTES CEDEN, MESTRA LEON y Moreno Heredia, la absoluta falta de sustentación del mismo impide cualquier respuesta, trato que igual debe darse al cuestionamiento que está referido al hecho de no haberse interrogado desde la primera injurada sobre todos los cargos al imputado, pues además de ser una exigencia no contenida en la ley, como también ya se explicara anteladamente, con miras a garantizar la defensa de los imputados, no solamente se les interrogó sobre el delito de conformación de grupos armados al ampliárseles la indagatoria, sino que se entró a modificar la situación jurídica.

6. En lo atinente al alegato que sustenta la absoluta falta de defensa técnica durante la instrucción, conforme se dejará visto, no asiste tampoco razón al demandante, ni por ende a la coadyuvancia que el Procurador Delegado le da como motivo para invalidar el proceso.

Pertinente a este propósito resulta forzosamente observar, que habiendo tenido ocurrencia los hechos el 9 de abril de 1.992, desde los propios inicios de la investigación, los informes policivos ya señalaban a ex integrantes del E.P.L., como quienes habrían intervenido en la retención y posterior muerte de los ciudadanos extranjeros Johan Ernst Gunnar Rise y Lars Michael Forsell, así se hizo constar en el Informe No. 119 del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía fechado el 17 de julio de dicho año.

Como quiera que MESTRA LEON fue capturado junto con CERVANTES CEDEN a finales del mes de abril al encontrarse en su poder armamento y municiones de diversa clase, en proceso por el que fueron condenados a la pena de 40 meses de prisión, en este asunto fue escuchado en versión libre, con asistencia de un abogado. El 24 de agosto posterior se abrió la investigación que en principio estuvo dirigida contra el ciudadano español Enrique Olivares García y en la misma fecha se oyó el testimonio de la señora Nemesia Saldariaga Rios, quien indicó que la acción delictiva habría sido obra de los “esperanceros”, entre quienes se encontraba a.”Talón” apelativo que aceptó como propio MESTRA LEON en la indicada diligencia.

El 6 de noviembre declaró Gerardo de Jesús Higueta López y el 23 un testigo con identidad reservada, el cual señaló directamente a CERVANTES, MESTRA y Argumedo como los autores de los delitos, idéntico sentido en el que aestiguó el Secretario de Gobierno Municipal de Turbo, José Miguel Cantillo Barrios, el 16 de diciembre cuando rindió testimonio.

Al día siguiente, 17 de diciembre, se vinculó a MESTRA LEON, con asistencia de un letrado y a CERVANTES CEDEN con presencia de un ciudadano honorable y el 19 se oyó bajo juramento a Alberto Martínez Peña, quien por conocimiento directo de los hechos investigados narró la secuencia de los mismos, haciendo precisas imputaciones a los tres ex miembros del E.P.L.

El 26 de julio de 1.994, un Juzgado Regional de Medellín decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución fechada el 9 de junio de 1.993 por medio de la cual se dispuso el cierre de la investigación por parte de la Fiscalía 14 Seccional, quedando comprendidas dentro de las actuaciones invalidadas la resolución acusatoria y el trámite ya adelantado de la etapa del juicio.

Sin embargo, es de destacar que el 10 de junio de 1.993 la Fiscalía designó a un abogado para que asistiera a MESTRA, CERVANTES y Moreno y que una vez ejecutoriada la acusación y remitido el asunto que correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, en esta ciudad también les es nombrado un nuevo defensor, recepcionándose el testimonio de Bernardo José Guerra Genes, quien hiciera imputaciones directas contra los sindicados.

El 24 de febrero en cumplimiento de la orden de cambio de radicación impartida por el Tribunal Superior de Antioquia, el proceso es remitido a Marinilla, correspondiéndole al Juzgado Segundo Penal del Circuito ante quien renuncia el defensor de los procesados MESTRA, CERVANTES, Moreno, siendo oído en indagatoria Argumedo Muñoz, ya vinculado como persona ausente, quien atribuye el secuestro y posterior muerte de los ciudadanos extranjeros a los dos primeros mencionados.

Hasta el 11 de julio de 1.994, cuando esta última autoridad remite el proceso a la justicia regional, no se aceptó la renuncia presentada por el defensor y tampoco se practicó prueba alguna.

Retomando las diligencias en donde quedaron después de ser invalidado el ya mencionado cierre de la investigación, que lo fue por auto del 26 de julio de 1.994, avocó conocimiento una Fiscalía Regional de Medellín, escuchándose en ampliación de sus injuradas a los imputados, quienes fueron asistidos por profesionales del derecho. El 10 de febrero de 1.995 CERVANTES CEDEN otorga poder a un abogado de la defensoría pública y el día 17 se modifica la resolución de la situación jurídica de los implicados, cobijándolos también con medida de aseguramiento por el punible contemplado en el art.1 del Decreto 1.194 de 1.989, al afirmarse su pertenencia a los comandos armados del E.P.L. El 2 de marzo de 1.995 se nombra como defensor de MESTRA al mismo defensor público que para dicho momento asistía a Argumedo y el día 9 a Olivares García, Moreno Heredia y Din Valencia.

El 12 de julio se cierra nuevamente la investigación, presentándose alegatos precalificatorios por parte de los defensores de CERVANTES y MESTRA, los mismos que impugnan la resolución calificatoria.

El 19 de febrero de 1.996 se abre el juicio a pruebas y el 21 de junio siguiente se dispone la práctica de todas aquellas solicitadas por los defensores de CERVANTES CEDEN y Argumedo Muñoz y pese a librarse los despachos comisorios con miras a ampliar algunos de los testimonios de cargo y a las diligencias adelantadas con miras a dicho propósito por el funcionario comisionado, esto no es posible, recepcionándose únicamente la ampliación de indagatoria a Argumedo Muñoz, quien se ratificara en las imputaciones contra CERVANTES CEDEN y MESTRA LEON, profiriéndose el auto para citación a sentencia, para dictarse posteriormente los fallos de primera y segunda instancias.

7. Así las cosas, es cierto que, en relación con el procesado CERVANTES CEDEN al momento de su indagatoria fechada el 17 de diciembre de 1.992 le fue nombrado un ciudadano que lo asistiera y no un profesional del derecho, como también lo es que

solamente se le proveyó de uno hasta el 10 de junio de 1.993, al momento de producirse el cierre de la investigación.

Sin embargo, lo primero que debe observarse es que, como ya se advirtió, no hay lugar alguno a controvertir la designación que se hiciera de un ciudadano en asistencia de CERVANTES CEDEN para la injurada, en la medida en que dicha posibilidad estaba autorizada en la ley y tenía plena vigencia para el momento en que tal mecanismo se empleó.

Ahora, surge en relación con lo actuado entre el 9 de junio de 1.993 y el 26 de julio de 1.994, esto es, entre la resolución por medio de la cual se dispuso el cierre de la investigación y el auto que declaró la nulidad a partir de la referida fecha, un período dentro del cual quedan comprendidas diversas actuaciones en desarrollo de las cuales tampoco es dable sostener la carencia de defensor por parte del procesado.

Así como el 10 de junio de 1.993, se nombró al doctor Rodrigo Alberto Restrepo como defensor de CERVANTES CEDEN, una vez calificado el mérito de las pruebas y ejecutoriada la decisión de primera y segunda instancia y remitido además el asunto ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, el 8 de noviembre, se le nombra a un nuevo defensor, allegándose durante dicho período los testimonios del testigo con reserva de identidad y de Bernardo José Guerra Genes. Pese a que el referido letrado renunció al poder por haberse remitido el proceso ante el Juez Segundo Penal del Circuito de Marinilla, por cambio de radicación, el mismo no fue aceptado y las diversas decisiones adoptadas en ese lapso le fueron notificadas. Importa destacar dentro del referido período que luego es anulado, que el juez de conocimiento dispuso ampliar el testimonio de Martínez Peña, lo que no fue dable, al no ser posible su comparecencia.

8. Ahora, cuando se amplía la indagatoria al procesado en la nueva etapa investigativa, se le nombra a un defensor para esa diligencia y luego, el 10 de febrero de 1.995, para que lo

asista en este período instructivo, que se prolonga hasta el 12 de julio del mismo año cuando se decreta, otra vez, el cierre de la investigación y en el que se nombra un nuevo profesional, que sustituye en el abogado Masso Bejarano, quien asiste al procesado CERVANTES CEDEN hasta la sustentación de la impugnación del fallo de primera instancia ante el Tribunal Nacional.

No es, por tanto, plenamente ajustado a la realidad que el imputado CERVANTES CEDEN haya carecido en forma absoluta de defensor. Así como desde un comienzo la investigación se dirigió, entre otros implicados, en su contra, ya se advirtió que previamente a disponerse su vinculación a este asunto, ya se registraban en las diligencias adelantadas por los investigadores y las declaraciones de Nemesia Saldarriaga Ríos, Gerardo de Jesús Higueta López, un testigo con reserva de identidad y José Miguel Cantillo Barrios, imputaciones ciertamente comprometedoras para él.

Es verdad que una vez vinculado y de manera inmediata no se le nombra defensor de oficio en vista de que carecía de un procurador de confianza y que enseguida se oye el testimonio de Alberto Martínez Peña, cuyas imputaciones son esencialmente contundentes en contra, entre otros, del imputado. Sin embargo, no puede decirse que con posterioridad, como minuciosamente de ello se dejó constancia, no se hubiese solicitado en diversas oportunidades ampliar su declaración, sólo que para las autoridades judiciales, pese a las diligencias adelantadas con dicho cometido, ello no fue finalmente posible.

9. Siendo ello así y no advirtiéndose, en consecuencia, la carencia total de defensor por parte del procesado CERVANTES CEDEN, que pudiera conducir a la ruptura del proceso con miras a su protección, bien puede afirmarse que en términos generales habría existido una preservación de la integridad objetiva de ese derecho, siendo absolutamente necesario frente a esta realidad precisar que el imperativo de contarse con un defensor durante todo el desarrollo de la investigación y el juzgamiento, que es de raigambre constitucional (art. 29), impone como requisito en principio formal, el deber de

valorar cada situación atendiendo a la finalidad que el mismo persigue, esto es, siempre observando que su temporal o precaria falta no puede por si misma, suponer el desencadenamiento de consecuencias determinantes para sustentar el absoluto desconocimiento del derecho o su aniquilación, o lo que es igual, que es necesario establecer a través de un juicio de proporcionalidad, el defecto que se acusa y el reflejo real dañino que ha irrogado sobre el derecho en el cual se funda.

10. No se puede en condiciones tales magnificar episodios de temporal ausencia de defensor, o la estrategia que el designado haya seguido, como equivalentes a las situaciones de desamparo total de defensa, pues son éstas últimas las que realmente conducen a la vulneración de este derecho y no cualquiera otra que se pretenda equiparar.

11. Ya se ha dicho y debe la Sala en orden a sintetizarlo una vez más precisar, que la violación al derecho de defensa técnica o profesional que inexorablemente conduce a la invalidación del proceso es aquél absoluto estado de abandono o indefensión material o sustancial y no meramente procesal en que se deje a un imputado, de donde resulta así necesario no solamente que la falta de defensa sea efectiva, en el sentido señalado, sino además total, es decir que sea ostensible y manifiesto el vacío defensivo, que conduzca a un extremo mayor e intolerable la reducción de las posibilidades de defensa y que tal mengua sea la causa determinante de un perjuicio concreto para quien la misma debe garantizarse.

12. Siendo ello así, no resultan en este caso predicables los anteriores parámetros, en la medida en que la pasividad de los diversos defensores que le fueron nombrados al procesado CERVANTES CEDEN no puede ser valorada negativamente al extremo de deducir de dicha conducta procesal un decidido abandono de sus obligaciones o de propiciar mediante la misma el desconocimiento de los derechos inherentes al imputado para encarar su defensa.

13. Y si, como queda visto, no es en manera alguna aceptable el desconocimiento del principio de la inviolabilidad de la defensa frente al casacionista, como lo propone la demanda y lo respalda el señor Procurador Delegado en lo Penal, la abstracción que éste hace para predicar la misma situación aducida de indefensión de CERVANTES CEDEN en relación con los procesados MESTRA LEON y Félix Enrique Moreno Heredia, tampoco puede obviamente admitirse, pues además de no existir decisión que deba hacerse extensiva a aquéllos, tampoco encuentra la Sala motivo alguno para abordar su oficioso estudio, siendo éstas razones suficientes para negar la prosperidad del cargo.

En razón 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 el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria