

Proceso No 17667

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 72

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil cuatro (2.004).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los procesados FREDY ALFONSO MIRANDA GONZÁLEZ, GERARDO ANTONIO PALACIO y VIRGILIO CONRADO PÉREZ contra el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Especial de Descongestión, en noviembre 19 de 1.999, por medio del cual -revocando lo referido a la indemnización de perjuicios- confirmó el que en primera instancia profiriera un Juzgado Regional de Medellín en abril 26 del mismo año, condenando a cada uno de dichos acusados a la pena principal de 60 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por lapso de diez años al hallarlos responsables de la comisión de un concurso de 18 delitos de homicidio consumados y uno tentado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

En horas de la noche del 12 de agosto de 1.995, en el Municipio de Chigorodó (Antioquia), hizo presencia en la discoteca El Aracatazo un grupo de hombres

armados que anunciándose como exterminadores de la subversión dieron muerte a Héctor Tascón Duque, Luis Alberto Guisao, Antonio Moreno, Julio Alfonso Ríos, Willinton Tascón, Misleida Pérez, Jorge González, Julio Oviedo, Libia Úsuga Barrientos, Luis Aurelio Sánchez, Manuel Ballesta, Francisco Panesso, Rodolfo Ramos, Pedro Úsuga, Leonardo Mosquera, Jorge Julio Cárdenas, Mérida Jiménez y Jorge Zúñiga e hirieron gravemente a José Luis Ciro Galeano, algunos de los cuales pertenecían al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Agropecuaria, Sintrainagro o al Partido Comunista Colombiano.

Asumió entonces la correspondiente investigación la Fiscalía Regional de Medellín quien tras practicar una serie de diligencias preliminares decidió en agosto 29 de 1.995 abrir sumario y vincular a él mediante indagatoria a Juan Carlos Gómez Pérez o Fredy Alfonso Miranda González, Gerardo Antonio Palacio o Asdrúbal Jiménez Borja, Hoover Silgado Rivas o Hoover Salgado o Francisco Silgado Ríos o Francisco Salgado y a Virgilio Arturo Conrado Pérez, quienes, señalados por algunos testigos como los autores materiales de los sucesos antes reseñados, se encontraban privados de libertad por razón de otra investigación que simultáneamente les adelantaba la Fiscalía.

En tal virtud el 6 de septiembre de 1.995 rindió injurada Fredy Alfonso Miranda González asistido por una defensora de oficio “quien manifiesta que se encuentra prestando este servicio solo por esta diligencia”, la cual se suspendió a solicitud de la misma profesional “por motivos de trabajo”.

En esa fecha se escuchó también en indagatoria a Gerardo Antonio Palacio asistido por defensor que él designara y al día siguiente a Virgilio Conrado Pérez igualmente asesorado por su defensor contractual, el mismo de aquél.

Seguidamente -a través de resolución de septiembre 18 de 1.995- el instructor les definió a los anteriores y a otro indagado la situación jurídica afectándolos con medida de

aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio agravado, porte ilegal de armas y lesiones personales, de lo cual fueron enterados personalmente el Ministerio Público, los sindicatos -quienes en el acto de notificación expresaron apelar- y la defensora de Miranda González y por estado a los demás sujetos procesales, no obstante que al defensor de los otros sumariados se le remitió oficio para dichos efectos.

En esas circunstancias, mientras se surtían por secretaría los correspondientes traslados en razón de los recursos interpuestos que los sindicatos Palacio y Miranda dijeron sustentar, la citada defensora de oficio solicitó se le relevare del cargo, resolviendo la Fiscalía en proveídos de octubre 26 de 1.995 declarar desiertos aquellos por considerar que ciertamente no habían sido sustentados a la vez que dispuso la práctica de algunas otras pruebas, entre ellas las solicitadas por el detenido Gerardo Palacio, siendo de todo lo anterior enterado personalmente el 31 siguiente el defensor de éste y de Virgilio Conrado Pérez, a la vez que a la defensora de oficio -sin que se le hubiere decidido su petición de relevo- se le remitió comunicación al respecto.

Por lo mismo, a dichos abogados se les citó para que se notificasen de resolución de mayo 22 de 1.996 a través de la cual se puso en conocimiento de los sujetos procesales la prueba trasladada y algunos dictámenes periciales, providencia de la que fueron personalmente notificados los procesados quienes manifestaron recurrirla en apelación, mas constatando el instructor su improcedencia se negó a concederla en proveído de julio 19 de dicho año considerando además que “por la falta de técnica en esa interposición parece que no hay asistencia togadil para los sindicatos nombrados. Deberá llamarse la atención de quienes representan sus intereses procesales y, en caso que lo fueran solamente para las injuradas -usanza que va contra lege- se procederá a nombrársele de modo oficioso quien los defienda”.

Se requirió entonces para esos efectos al defensor contractual de Palacio y Conrado

Pérez, mientras que en relación con Miranda González se solicitó la designación de un defensor público, respondiendo aquél que las actitudes de sus defendidos se salían de su control “puesto que mi papel en estos eventos se limita a brindar una asesoría técnica y jurídica sobre los medios de defensa y a garantizar el debido proceso en las actuaciones que adelante la Fiscalía en relación a los hechos que se investigan ... lo anterior para que conste en el proceso, pues no puedo permitir que en un acto de ligereza del señor Fiscal, se pretenda cuestionar mi integridad profesional en el ejercicio y cumplimiento de mis funciones y deberes como abogado” y seguidamente renunció al poder que dichos sindicatos le habían conferido desde la indagatoria.

Por su parte Miranda González nombró un defensor público quien, posesionado en agosto 26 de 1.996, solicitó de inmediato copias del expediente aunque no obra proveído o constancia de que se le hubieren ordenado o entregado. Mientras tanto en resolución del 13 de septiembre de 1.996 se dispuso poner en conocimiento de los procesados Palacio y Conrado la renuncia de su defensor a fin de que designaran uno nuevo, pero como aquellos expresaran el 16 de dicho mes la imposibilidad de hacerlo se demandó por el instructor la designación de un defensor público.

En dichas condiciones se cerró la investigación en marzo 7 de 1.997 y de ello se notificó personalmente también al defensor de Miranda González, presentando en tal virtud alegatos de conclusión el agente del Ministerio Público quien solicitó se profiriera resolución acusatoria por un concurso de delitos de homicidio agravado -18 consumados y uno tentado- con fines terroristas y porte ilegal de armas.

Transcurrido el término para alegar y encontrando sin embargo el instructor que los sindicatos, específicamente Gerardo Palacio y Virgilio Conrado, carecían de defensor declaró en resolución de mayo 26 de 1.997 la nulidad de la actuación y a fin de reponerla dispuso que se proveyera de la debida defensa a dichos procesados lográndose que en julio 2 y 7 del citado año se posesionaran sendos defensores

públicos para seguidamente -el 14 de ese mes- cerrar el instructivo a consecuencia de lo cual alegaron de conclusión el agente del Ministerio Público y los defensores de Palacio y Conrado.

Se calificó entonces el sumario en resolución de septiembre 26 de la mencionada anualidad acusándose -entre otros- a Fredy Miranda González, Virgilio Conrado Pérez y Gerardo Antonio Palacio por los delitos de “homicidio plural y tentativa de homicidio de manera agravada”, de la cual se notificó personalmente a todos los sujetos procesales, con excepción del sindicado Palacio -quien al parecer se fugó- y su defensor, acto en el que los sumariados dijeron apelar.

Designaron luego los acusados un defensor que se posesionó el 22 de octubre, esto es, dos días antes de que empezara a correr el término para sustentar la impugnación propuesta; mas como ni aquéllos ni éste lo hicieran, fue declarada desierta en resolución del 23 de diciembre de 1.997 y de ello fueron personalmente enterados los enjuiciados y su abogado.

El asunto pasó por tanto a un Juzgado Regional de Medellín quien abrió el juicio a pruebas por el término legal pero cuya suspensión fue solicitada por los acusados aduciendo quebrantos de salud en su abogado que le impedían cumplir adecuadamente con la defensa técnica y como en efecto se constatará no sólo dicha situación sino el fallecimiento del profesional se les requirió a aquellos para que designaran uno nuevo, pero como no lo hicieran y a cambio de eso demandaran la práctica de una serie de pruebas, se les nombraron sendos defensores públicos a quienes se les corrió el respectivo traslado para que solicitaren los medios de convicción que consideraren, haciéndolo solamente la defensora de Gerardo Antonio Palacio y a cuya práctica, así como a las solicitadas por los acusados, accedió el juzgado en auto del 21 de septiembre de 1.998.

Adjuntadas en lo posible las pruebas decretadas se citó para sentencia en auto del 4 de enero de 1.999 y formulados alegatos por el Ministerio Público, la defensora de Gerardo Palacio y el abogado de Fredy Miranda y Virgilio Conrado se dictó fallo el 26 de abril de dicho año condenando a cada uno de los acusados a la pena principal de 60 años de prisión por la comisión de los 18 homicidios y una tentativa del mismo, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por lapso de 10 años y a pagar solidariamente los perjuicios causados con las infracciones.

Notificados personalmente de esa sentencia el Ministerio Público, los procesados y la defensora de Palacio y por edicto los demás sujetos procesales, aquellos y ésta interpusieron recurso de apelación en virtud del cual la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá profirió la suya en noviembre 19 de 1.999 confirmando -en lo que hace a los acusados en mención- integralmente la del a quo, excepto en lo que se refería a los perjuicios, cuya condena revocó.

Los procesados impugnaron la sentencia del ad quem y para efectos de que presentara las correspondientes demandas de casación concedieron poder a un mismo abogado.

LAS DEMANDAS:

Como en términos generales las sendas demandas formuladas en nombre de cada uno de los tres procesados lo fueron por el mismo abogado y cargo que se sustenta en similar argumentación, se reseñarán como sigue sin perjuicio de destacar las particularidades de cada una de ellas.

Con fundamento en la causal 3ª de casación acusa el defensor haberse dictado la sentencia recurrida en un proceso viciado de nulidad en la medida en que éste se adelantó en ausencia absoluta de defensa técnica, como en su concepto lo evidencian los siguientes hechos:

1. A Fredy Miranda se le designó en la indagatoria una defensora de oficio quien desde el primer momento expresó que el servicio sólo lo prestaba para dicha diligencia y aunque pudiera afirmarse que tal expresión resultaba jurídicamente inadmisible lo cierto es que la abogada nunca estuvo en capacidad de ejercer el cargo.

Casi un año después de recibida la indagatoria, es decir en agosto 26 de 1.996 se posesionó un defensor público, pero hasta entonces y aún después, ninguna decisión de las muchas que adoptó la Fiscalía le fueron notificadas personalmente a los defensores, ni éstos solicitaron pruebas, ni presentaron alegatos, tampoco interpusieron recurso alguno, ni sustentaron los que interponía su defendido; en fin -agrega el casacionista- la defensa técnica encargada a la defensora de oficio y posteriormente a un defensor público no ejecutó una sola actuación.

Y aunque posteriormente Miranda designó uno de confianza por cuanto su interés era que sustentara el recurso de apelación que había interpuesto contra la resolución acusatoria, aquél sufrió quebrantos de salud y falleció sin que ninguna actividad hubiera desplegado en pro del sindicado, por lo que designó uno nuevo al que por la premura de los términos, dado que su posesión se produjo pocos días antes de que se venciera aquél dispuesto para que sustentara el referido recurso, nada tampoco pudo hacer, menos cuando no se le notificó personalmente la acusación, ni después el auto de apertura del juicio a pruebas.

Frente a semejante inactividad de la defensa, finalmente en julio 15 de 1.998 se designa un nuevo defensor público al que tampoco se le notifica de manera personal ninguna decisión y quien del mismo modo omite, a excepción de las alegaciones pre-sentencia, cualquier acto defensivo en pro del procesado, mucho menos apeló el fallo, ni sustentó el recurso interpuesto por su prohijado.

La defensa técnica -por las repercusiones mismas de los hechos- resultaba necesaria en

este asunto -sostiene el defensor- máxime que los reconocimientos fotográficos, no obstante que el procesado se hallaba privado de libertad, que hicieron varios testigos lo fueron en condiciones que vulneraban todas las garantías previstas para ese tipo de diligencias: no se decretaron previamente, no se fijó fecha para su realización de modo que pudieran intervenir los sujetos procesales y tampoco participó el procurador judicial.

También era necesario un defensor técnico activo -añade- que llamara la atención ante una irregularidad sistemática derivada de la ausencia de firma del Fiscal instructor en diligencias tan importantes como las indagatorias, que exigiera la práctica de una completa prueba de balística que permitiera establecer si alguna de las armas halladas a los procesados había sido utilizada para ejecutar la masacre y que contrainterrogare a los testigos de cargo en aras de cuestionar a fondo sobre sus motivaciones y fuentes de sus dichos.

2. Si bien Gerardo Palacio y Virgilio Conrado en su ignorancia y carencia de recursos económicos -sostiene el demandante- designaron un defensor, la inactividad absoluta de éste también salta a la vista al punto que la Fiscalía hubo de requerirlo en julio 19 de 1.996 motivándolo así a que renunciara al cargo y a que las razones expuestas por el procesado Palacio sobre sus antecedentes de pertenencia a la guerrilla y desertión a la misma quedaran sin profundidad alguna y sin posibilidad de que ellas se establecieran con el interrogatorio a aquellos miembros del ejército con quien supuestamente salía a patrullar en su condición de informante.

Ahora, mientras dicho sindicato aseguró que para la fecha de la masacre se encontraba privado de su libertad en el Comando de Policía de Carepa y Conrado que se hallaba con su esposa quien se encontraba embarazada, la ausencia de defensa impidió establecer unos tales asertos frente a las muchas inconsistencias y extrañezas que se presentaron en contrario, las que en manera alguna pudieron explicarse con las pruebas

que escasa y tardíamente se aportaron en el juicio.

Tampoco el defensor de estos procesados -afirma el casacionista- interpuso recurso alguno, ni sustentó los que aquellos deprecaron a quienes además les declararon desiertos algunos de los propuestos precisamente por carencia de técnica.

Por esa misma razón ninguna posibilidad defensiva fue planteada frente a exámenes de balística que se hacían procedentes en tanto recuperados en las necropsias seis proyectiles, ausente se hizo cualquier confrontación con las armas halladas en poder de los acusados a fin de determinar si con alguna de ellas se había perpetrado el hecho, ni tampoco se desplegó actividad de esa naturaleza frente a testigos como Franklin Bolívar, Héctor Rivera y Domingo Velásquez o el de identidad reservada rendido en agosto 28 de 1.995 que permitiera establecer la ciencia de sus dichos y la posible animadversión contra los sindicatos o ante las graves irregularidades cometidas en relación con los reconocimientos fotográficos.

La ausencia de defensa técnica -asegura el libelista- se hizo aún más patente cuando los sindicatos interpusieron un recurso contra la resolución que les daba a conocer una prueba trasladada y otra pericial, pues declarándose su improcedencia se requirió a la vez al abogado que contractualmente la ejercía, pero éste reaccionó con la renuncia y esa fue prácticamente su única actuación en un término de más de seis meses contado desde que el imputado rindió indagatoria.

Y a pesar de que se aceptó dicha manifestación nada se hizo por proveerlos de defensor al punto que dictada resolución de cierre de la instrucción hubo de declararse su invalidez precisamente por carencia de abogado que en nombre de dichos acusados ejerciere la defensa jurídica de sus intereses. Sólo hasta julio de 1.997 se les designó defensores públicos, pero de hecho no se les permitió actividad alguna pues escasos siete días después se cerró nuevamente la investigación en cuya virtud los profesionales

presentaron alegatos precalificatorios -el de Gerardo Palacio lo hizo en un escrito de media página- siendo esa su única actuación, toda vez que tampoco los nuevos defensores se notificaron personalmente de la acusación, mucho menos la recurrieron, ni sustentaron la impugnación propuesta por sus defendidos.

De allí en adelante, corrieron estos sindicados la misma suerte de Miranda González con la diferencia que el defensor de Palacio sí solicitó pruebas -fue el único que lo hizo y la única petición al respecto- pero cuando ya habían transcurrido más de tres años de investigación.

Solicita por todo lo anterior se declare la nulidad del proceso adelantado en contra de los acusados a partir de sus indagatorias y consecuentemente se ordene remitir la actuación a los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Medellín.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Advirtiéndolo responder en forma conjunta las demandas formuladas y previo análisis de la función constitucional que le concierne al Ministerio Público en defensa de las garantías procesales, encuentra el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que aquellas resultan no solamente ajustadas a la técnica, en cuanto el censor refiere la vulneración de la garantía fundamental respecto de cada uno de los procesados, señala las actuaciones procesales y probatorias que habrían podido desarrollarse en su favor e indica las consecuencias lesivas que se derivaron de la ausencia de defensa precisando además el nexo entre la inactividad defensiva y la sentencia desfavorable a los intereses de los acusados, sino también fundadas en cuanto el proceso evidencia el quebranto del derecho a la defensa alegado.

En efecto -sostiene el Delegado- al imputado Fredy Alfonso Miranda para fines de su indagatoria se le designó una defensora de oficio quien advirtió que el servicio sólo lo prestaba para esa diligencia sin que la Fiscalía planteara oposición alguna no obstante

los claros términos del artículo 139 del Código de Procedimiento Penal vigente para esa época, y en esas condiciones el indagado refirió una serie de hechos susceptibles de prueba que podían conducir a una resolución más adecuada de su situación jurídica, como por ejemplo su doble identificación al momento de su captura, o su presencia en casa de algunos amigos en compañía de su esposa en instantes en que ocurrían los hechos, sobre todo porque ya en el proceso obraban declaraciones de testigos que bajo reserva de identidad lo involucraban en los delitos y sobre cuyo contenido nada se le interrogó.

En relación con tales hechos y exculpaciones la defensora no demandó ninguna prueba y aunque se notificó personalmente de la resolución de la situación jurídica del sindicado nada manifestó a pesar de que éste la había recurrido, todo lo cual motivó al agente del Ministerio Público allí destacado a solicitar se proveyera una defensa adecuada al sumariado, lo que se hizo más patente cuando días después la profesional solicitó se le relevare del cargo y en consonancia con ello jamás volvió a aparecerse en el asunto.

Así se declaró desierto el recurso que Miranda había interpuesto, mientras que en julio 19 de 1.996 se indicaba improcedente otro que había propuesto contra el proveído que le daba a conocer unas pruebas y aunque en este momento el instructor advirtió que los investigados al parecer carecían de defensa técnica sólo hasta el 26 de agosto de ese año se le designa a Miranda González un defensor público, al paso que el contractual de Palacio y Conrado al ser requerido presentó renuncia al cargo.

En esas condiciones y sin que el defensor de Miranda hubiere hecho nada diferente a pedir copias del expediente, la Fiscalía cerró la investigación notificando personalmente a aquél para seguidamente invalidar dicha decisión al advertir que los demás procesados carecían de defensor, del cual finalmente se les proveyó para luego, el 14 de julio de 1.997, clausurarse nuevamente el sumario sin que el de Miranda hubiere alegado, ni después hubiere recurrido la calificación de la cual fue notificado

personalmente con los demás sujetos procesales a pesar de que su defendido -al igual que los otros sindicatos- sí la impugnó.

Interesados los procesados en sustentar los recursos designaron otro defensor, mas vencido el término para aquello sin que los mismos o éste lo hicieran, la Fiscalía los declaró desiertos y en esas circunstancias se inició la etapa de juzgamiento en cuya fase de solicitud de pruebas dos de los acusados solicitaron su ampliación o la designación de un defensor dado que el nombrado por ellos había enfermado y como se constatará el fallecimiento de éste se les proveyó de otro a quien se le surtió nuevamente el traslado para petición de pruebas.

Decretadas entonces las que pidieron los procesados y un defensor se practicaron las que fueron posible, se citó para sentencia, todos los abogados presentaron alegatos y se dictó sentencia contra la cual los procesados y dos defensores interpusieron apelación que éstos sustentaron en oportunidad para finalmente, una vez dictada la sentencia de segunda instancia, impugnarse la misma de manera extraordinaria.

Contrasta con la anterior actitud defensiva -dice el Delegado- la ingente actividad de la Fiscalía en el recaudo probatorio y del Juzgado de conocimiento en el cumplimiento de sus deberes, mas ello no puede dar por sí mismo origen a un reproche porque no se trata de establecer si hubo o no un desequilibrio entre acusación y defensa cuando las autoridades actuaron en cabal ejercicio de su funciones, sino de constatar si los procesados estuvieron o no asistidos en todo momento importante del proceso de un profesional del derecho que orientara su defensa, los asesorara en esa actividad y contribuyera con sus conocimientos técnicos a enfrentar de la mejor manera posible las acusaciones que se consolidaron en su contra.

En ese orden -añade el Ministerio Público- el proceso permite constatar que los acusados Miranda, Palacio y Conrado fueron en ese sentido abandonados especialmente en la

fase instructiva cuando interponían recursos que eran improcedentes o no sustentaban o cuando en la etapa de juzgamiento en un gran esfuerzo personal presentaron solicitudes de pruebas sin asistencia profesional de ninguna clase.

Los defensores designados en lugar de asumir las obligaciones propias del cargo, se limitaron a figurar esporádicamente en el proceso, algunas veces inclusive solo para justificar su inactividad y en esa medida ningún esfuerzo hicieron por oponerse a las acusaciones -no obstante que los sindicatos negaron su participación en los hechos- o por generar condiciones que favorecieran la situación de los implicados, o por presentar argumentos jurídicos adecuados que permitieran una menor asignación de pena o pusieran en tela de juicio las bases de la responsabilidad penal que se les dedujo.

En fin, para el Delegado la desatención de que fueron víctimas los procesados por parte de sus defensores es evidente: ninguno participó en la práctica de pruebas y salvo los esfuerzos de último momento que realizó el defensor demandante, tampoco se tomaron el trabajo de enterarse del contenido de las decisiones judiciales de modo que sucesivamente se fueron turnando en ese abandono, del que apenas tímidamente el agente del Ministerio Público y la Fiscalía se dieron cuenta y trataron de solucionar sin resultados efectivos.

De esa forma -asevera el delegado- la investigación se adelantó a espaldas de los sindicatos, quienes ninguna oportunidad material tuvieron de enterarse del contenido de las pruebas, máxime que se hallaban privados de su libertad, a lo que indudablemente debe sumarse no sólo la inactividad de los defensores expresada igualmente en la ausencia de controversia probatoria o en el impulso de una verdadera investigación integral, sino también los prolongados espacios de tiempo en que aquellos no tuvieron representación jurídica alguna, bien por renuncia o fallecimiento del respectivo profesional o porque no hubo la designación oportuna de uno público o de oficio.

En esas condiciones a pesar de que cada uno de los acusados, especialmente Palacio y

Conrado, dieron una explicación acerca de la actividad que desarrollaban y el lugar donde se encontraban para el momento de ejecución de los hechos acá investigados, tales datos no fueron contrastados ni en relación con ellos se desarrolló una verdadera actividad defensiva que intentara demostrar su inocencia, por eso la inactividad de la defensa no puede considerarse en este asunto como una estrategia, mucho menos cuando los datos así aportados podían ser corroborados y algunos de hecho lo fueron, tales como la presencia de Palacio en la estación de policía de Carepa el día de la masacre, por manera que en ese sentido se causó en concepto del Delegado un grave perjuicio a la defensa de los procesados que lo motiva a solicitar se case el fallo recurrido y se declare la nulidad de la actuación a partir de la indagatoria de los imputados.

CONSIDERACIONES:

Formulado técnicamente el único cargo propuesto en las tres demandas y sustentado en similares términos en cada una de ellas, se referirá la Sala a él de modo conjunto a fin de establecer si -como lo denuncia el censor con el aval del Procurador Delegado- la sentencia impugnada fue proferida dentro de un asunto viciado de nulidad en cuanto en el decurso procesal se habría conculcado el derecho de defensa de los procesados.

En esas condiciones se parte de considerar la garantía invocada en su doble concepción de material y técnica como posibilidad -aquella- para que la persona inculpada le suministre directamente a la justicia su versión sobre los hechos que se le imputan, o de que participe solicitando la práctica de pruebas, o elevando peticiones en su beneficio o impugnando las decisiones que estime adversas y ésta -la técnica- como el imperativo de proveerse de un profesional del derecho -directamente por el procesado o de oficio- a quien concierne en forma plena, continua, ininterrumpida y real velar por la protección de los intereses de quien actúa como sujeto pasivo de la acción penal, lo que supone no solo una seria y permanente vigilancia del proceso sino además el activo ejercicio del cargo a través de los mecanismos procesales previstos en el ordenamiento

en aras de que la prerrogativa constitucional tenga cabal concreción.

Es que -ha dicho la Sala- “esta función-deber por parte de la defensa, implica, entonces, una constante e imprescindible vigilancia actuarial de la actividad procesal en concreto, a partir de la cual se espera la puesta en marcha de los medios defensivos que la normatividad positiva habilite, bajo el entendido que no obstante reconocerse, como no puede ser de otra forma, que las dos actividades deben compenetrarse y ponerse en práctica ante un marco teórico de defensa, un tal ideal no puede fatalmente condicionar una ‘estrategia defensiva’, que por no ser otra cosa que la planificación de los medios de que se vale la defensa para lograr los fines propuestos en beneficio del procesado, no necesariamente puede equipararse a la manifiesta actividad memorialística o impugnadora, o de confrontación probatoria en el momento de su práctica, ya que, si bien puede así suceder y en no pocas veces considerarse como la más apropiada, igualmente puede tener la misma idoneidad para el objetivo previsto, la sola prudente y racional vigilancia del proceso, la latente supervigilancia de la actividad estatal que con pleno respeto de los límites formales y materiales del Estado de Derecho dinamiza su ius puniendi para establecer la verdad que ha motivado el inicio de la acción penal.

“Pero aquí, igualmente, viene observando la jurisprudencia, que necesario es distinguir entre esta vigilancia racional con el abandono de la defensa, como que corresponden a polos opuestos no sólo de la argumentación jurídica sino de la realidad: el ser y el no ser, pues si el reconocimiento de la defensa técnica tiene como razón de ser el asesoramiento al procesado para que una persona que se presume idónea en el ajetreo jurídico saque adelante sus derechos, es evidente, que el dejar de hacerlo, esto es, cuando la dialéctica revisión de la actividad procesal permite inferir que la no actividad positiva del defensor no corresponde a una estrategia defensiva sino a una clara manifestación de voluntad de ‘no defensa’, ésta no ha existido, es decir, que el rito procesal de su reconocimiento con capacidad para actuar carece de trascendencia jurídica en cuanto no se ha suscitado de ella la función inherente a la postulación reconocida por el Estado

para que estratégicamente se ejerza la contradicción 'acusación-defensa' mediante los medios de prueba pertinentes, las argumentaciones esclarecedoras de la labor interpretativa de la ley y sobre todo, el reconocimiento de los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos a favor del procesado.

"Esta distinción entre la vigilancia defensiva y el abandono de la defensa, que claro debe quedar, no se trata de abandono del proceso visto, debe insistirse, cuantitativamente por las manifestaciones escritas que un determinado defensor presente, sino observado como abandono de la defensa, esto es, que valorada en su conjunto la actuación procesal se pueda concluir, sin dubitación alguna, o que la actuación vigilante del desarrollo probatorio del proceso no constituye el supuesto de las finales alegaciones, es decir, que no fue un medio estratégico sino que simplemente se cumplió con un formalismo al aceptar el cargo, pero que nunca existió compromiso defensivo, pues, -como agudamente se ha advertido-, bien puede suceder -y con no poca frecuencia sucede- que el objetivo esté dirigido, porque así se presente la dinámica probatoria, a buscar una absolución fundamentada en el in dubio pro reo, y en estas condiciones, ante las inconsistencias en los medios de convicción allegados al proceso, sea lo pertinente no dinamizarlos para que precisamente por carencia de prueba, pueda en últimas, alegarse la duda, es evidente que en esta clase de casos, el silencio es más que elocuente, siempre y cuando la argumentación oportuna así lo demuestre; pero si ese no ejercicio de la postulación se traduce en una diáfana manifestación de no defender, el desconocimiento de este derecho, así mismo, se impone colegirlo.

"Y, aquí, también debe ser enfatizado, la función del juez es trascendental, ya que superada la discusión doctrinaria sobre las categorías de las personas intervinientes en el proceso penal, en el sentido de que ante el contradictorio 'acusación-defensa', el juez, como titular de la jurisdicción, ya no es sujeto procesal primario, ni tercero

imparcial, ni nada parecido, sino el representante del Estado, no del gobierno, designado para que administre justicia, que por tanto, está por encima de los intereses de las partes, debe, es su imperativo, dirigir el proceso, estar atento a que los participantes en el mismo, como sujetos procesales propiamente dichos, como testigos, como auxiliares de la justicia, como asesores, excepción hecha de la parte civil en aquellos eventos en que su omisión no implique el puro ejercicio de la pretensión privatista sino en lo que incida en la dinámica procesal, y conminarlos al cumplimiento de sus funciones, desde luego dentro de los límites en que deba y pueda hacerlo, recurriendo a los mecanismos que la misma ley le concede para ello, pudiendo inclusive llegar a las acciones correccionales y disciplinarias o penales, a que haya lugar, pues su obligación es adelantar un proceso debido, no un conjunto de ritos procesales carentes de trascendencia jurídica, ilegales e ilegítimos.

“Es que, precisamente, un debido proceso no puede concebirse sin defensa, no sin defensor, pues aquí, lo que importa es la función que cumpla, y no simplemente la formalidad del reconocimiento de personería, ya que la defensa no puede comprenderse, hoy en día, sino con contenidos materiales proyectados dialécticamente hacia el reconocimiento jurídico de un supuesto probatorio concreto a favor del acusado, lejos de que puedan recibir reconocimiento por parte del juez o no, pues esa ya es otra problemática, ya que, el contenido del proceso pasa de ser pura forma para convertirse, a través de ella, en la concreción de una realidad histórica, no entendiendo ‘lo histórico’, únicamente, como la memorización del pasado, sino como la contradictoria actualización de hechos que valorados ex ante nos permitan vivenciarlos y con base en ellos darles la trascendencia jurídica que de acuerdo con el ordenamiento positivo y los postulados hermenéuticos aplicables, corresponda.” (Sentencia de 24 de junio de 2.002, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

Sobre tales premisas y siendo indudablemente plausibles las consideraciones previas que hace el Ministerio Público acerca de la protección de las garantías fundamentales aún en

casos de la gravedad del que se examina, donde la búsqueda de que su comisión no quede en la impunidad no puede en manera alguna desconocer las que constitucional y legalmente le corresponden a cualquier sujeto pasivo de la acción penal y en general a todo sujeto procesal, la confrontación de aquellas exigencias que hacen viable el derecho de defensa con las circunstancias que pretendieron dinamizarlo en este asunto no permiten sino reconocer la razón al demandante y al Ministerio Público pues -como fácil es colegir de la reseña de la actuación procesal hecha en precedencia y de la que hizo el Delegado- se advierte al rompe que los procesados carecieron de defensa, no sólo por ausencia del defensor sino por el abandono que a dicho encargo significó su palpable inactividad.

En efecto, aunque en principio -esto es en la indagatoria- y cuando ya por medio de la investigación previa se había recaudado una serie de importantes pruebas que incriminaban a quienes posteriormente fueron sindicados, éstos fueron asistidos por sendos defensores -una de oficio para Miranda González y otro designado por los propios Palacio y Conrado- es lo cierto que su participación no fue más allá de la pasiva presencia en dicha diligencia pues a pesar de que en efecto -como lo señala el Delegado- la dinámica probatoria impresa por la Fiscalía permitía y obligaba a una acuciosa actividad de la defensa, máxime que los procesados habían expuesto las razones que los señalaban ajenos a los acontecimientos, ninguna acción desplegaron los abogados en aras de los intereses de sus protegidos.

Así, aunque como lo reconoce el propio casacionista resultara inadmisibles la advertencia de la oficiosa defensora de que su función sólo la cumpliría en la indagatoria de Miranda González y por ello se concluyere que en ese inicial estadio no hubo ausencia de defensor, no puede decirse lo mismo -dadas las premisas sentadas- respecto a la ausencia de defensa pues indudablemente la profesional asumió una actitud de absoluto abandono frente a las obligaciones que legalmente le habían sido deferidas en términos del artículo 139 del decreto 2700 de 1.991 entonces vigente y no sólo en actitud sino que mediante

escrito expresó su indisposición para ejercerlas, de modo que lo único que hizo fue enterarse personalmente de la resolución de situación jurídica, pero no demandó la práctica de ninguna prueba, no recurrió dicha decisión y mucho menos asesoró a su prohijado en la sustentación de la apelación que contra la detención preventiva había propuesto y que en consecuencia le fue declarada desierta.

La misma actitud debe predicarse del defensor designado por Palacio y Conrado pues a pesar de la dialéctica probatoria que era factible dinamizar, si bien puede afirmarse formalmente su presencia es indudable que no la materializó en acto de defensa alguno toda vez que incurriendo en igual conducta omisiva que la defensora de oficio se limitó simplemente a notificarse del proveído de octubre 31 de 1.995 a través del cual se declaró la deserción de los recursos de apelación que los sindicatos interpusieron contra la resolución de su situación jurídica y nada más, hasta cuando en julio del año siguiente -advertido el instructor de que la garantía de defensa no se estaba satisfaciendo- fue requerido para que ejerciera sus funciones pero entonces aduciendo su ingente carga laboral y profesional y la imposibilidad de visitar a sus clientes en la cárcel su intervención fue para expresar su renuncia.

Consciente sin embargo el instructor de que a los así sindicados se les debía garantizar la asistencia real y permanente de un asesor técnico-jurídico proveyó en aras de que a los mismos se les designara un defensor público, lo que en efecto ocurrió en relación con Miranda González el 26 de agosto de 1.996 pero su participación se limitó entonces a pedir copias -sin que exista constancia de su expedición y entrega- y a notificarse del auto de cierre de investigación que posteriormente fue declarado nulo al percatarse la Fiscalía que los procesados Palacio y Conrado -ante la renuncia de su defensor contractual- carecían de asistencia profesional y a quienes por tanto también se les asignaron en julio 2 y 7 de 1.997 sendos defensores públicos los cuales en una nueva muestra de inactividad se restringieron a presentar alegaciones de precalificación -las del defensor de Palacio fue en efecto un escrito de media hoja- ante el nuevo cierre decretado el 14

de julio siguiente y a notificarse de la acusación proferida en septiembre 26 de 1.997.

Es decir, si bien la oportunidad resultó escasa para estos defensores, es lo evidente que ni ellos ni el de Miranda ejercieron ninguna actividad que positivamente tendiera a la defensa de los procesados: no solicitaron pruebas, tampoco recurrieron las decisiones que durante su formal presencia en el proceso se dictaron y mucho menos asesoraron a sus defendidos en la sustentación de los recursos de apelación interpuestos contra el calificadorio y en lo que ciertamente estaban éstos muy interesados pues así lo expresaron al instructor demandando se les enterara sobre el término de que disponían para eso, tanto así que proveyendo a su propia garantía designaron en conjunto a un abogado más que asumiendo su cargo dos días antes de que feneciera el término de sustentación de las citadas impugnaciones omitió su uso y en consecuencia motivó a que a éstas fueran declaradas desiertas para así dar paso al juzgamiento en cuya fase de solicitud de pruebas sólo los procesados ejercieron la correspondiente facultad, no así su defensor de quien se supo afrontaba quebrantos de salud que produjeron su deceso y la orden judicial de provisión de un nuevo profesional, lográndose entonces que a cada uno de los acusados se les designase un abogado a quienes a pesar de que se les corrió nuevamente traslado para pruebas sólo la defensora de Palacio deprecó la práctica de algunas y sólo ella en su oportunidad recurrió la sentencia de primera instancia.

Por ende, también en esta etapa y salvo por la restringida actuación de la defensa de Palacio no queda duda alguna del abandono a que en su garantía fundamental de defensa técnica fueron sometidos los acusados.

El análisis de las anteriores circunstancias permite constatar -como lo sostiene el Delegado- no solamente la falta absoluta de defensores durante ciertos períodos del proceso en los que nunca dejó de recaudarse pruebas, sino además el abandono de todo acto de defensa en pro de los intereses de los procesados y ambas situaciones concurren a producir los

efectos invalidatorios que habrán de declararse por cuanto tal ausencia de defensores y de defensa resultó trascendente en la medida en que ante la acuciosidad de la investigación ninguna actuación que tendiera a corroborar los dichos de los procesados o a plantear alguna tesis o situación que jurídicamente les representara una adecuada defensa de sus intereses fue desplegada por los distintos o alguno de los defensores que formalmente hicieron presencia en la actuación.

La ausencia en el proceso de profesionales del derecho que asistieran a los procesados y la sostenida inactividad defensiva que se evidenció a pesar de su formal participación en el asunto, son las que producen las consecuencias perseguidas por el demandante con el respaldo del Ministerio Público más aún cuando el proceso ofrecía la posibilidad de establecer una alternativa de defensa que frente a circunstancias objetivas podrían haber auscultado la veracidad o no de los asertos justificativos que expusieron los acusados y tornaban imperativa la necesidad de ejercer activamente el cargo de defensor que condujera al empleo y agotamiento de todos los medios procesales con los que se contaba, sin que en manera alguna pudiera pensarse que tal pasividad obedeció a una estrategia defensiva cuando ciertamente la primera defensora de oficio de Miranda y el primero contractual de Palacio y Conrado simple y llanamente se rehusaron a ejercer sus facultades defensivas y a cumplir sus obligaciones de la misma índole bajo el inusitado pretexto de sus ocupaciones laborales, mas no porque hubieren escogido consciente y válidamente la vía del silencio como práctica defensiva legítima en otros casos, pero no en éste donde el decurso de la investigación demandaba la permanente, real y vigilante intervención del profesional del derecho, o cuando los demás defensores no obstante la actividad de sus prohijados ningún respaldo ofrecieron, pero tampoco ninguna oposición mostraron ante ella que permitiera inferir que habían acudido a una estrategia de ese estilo.

En tales condiciones es patente la vulneración del derecho de defensa de los enjuiciados en su concepción técnica y en consecuencia -como lo señala el Ministerio

Público- el cargo formulado por senda de la causal tercera debe prosperar, por manera que -casando el fallo recurrido- se declarará la nulidad parcial de lo actuado en relación con los procesados en mención a partir, no de las diligencias de indagatoria -pues de lo analizado se infiere que en ellas no se faltó a una tal garantía fundamental, como quiera que en su desarrollo los sindicados estuvieron asistidos por defensores técnicos en los términos en que la ley lo preveía y prevé- sino de la resolución de cierre de la investigación proferida el 14 de julio de 1.997.

Finalmente como obra constancia en el expediente que los procesados se hallaban privados de libertad purgando pena que les había sido impuesta en otro proceso, mas ninguna acerca de que ya la hayan cumplido o que por razón de la misma se les haya concedido la libertad y puesto a disposición de este asunto, se abstendrá la Sala de proveer sobre su eventual excarcelación, sin perjuicio de que lo haga el funcionario instructor -la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Antioquia- en caso de que constate que están dadas las condiciones para ello.

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:

1. Casar el fallo impugnado en el sentido de declarar la nulidad de lo actuado en el presente proceso en relación con los procesados FREDY ALFONSO MIRANDA GONZÁLEZ, GERARDO ANTONIO PALACIO y VIRGILIO ARTURO CONRADO PÉREZ, a partir de auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación.
2. Por las razones expuestas en la parte motiva, abstenerse de proveer sobre la libertad de los procesados, sin perjuicio de que lo haga el funcionario instructor al que habrán de remitirse las presentes diligencias, en caso de que los procesados sean puestos o se hallen a disposición de este asunto.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, cúmplase, notifíquese y devuélvase al Tribunal Superior de Antioquia.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria