

Proceso No 20103

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No.059

Bogotá D. C., tres (3) de agosto de dos mil cinco (2005).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de la procesado STELLA OSORIO RUEDA, contra el fallo del 26 de junio de 2001, por el cual el Tribunal Superior de Bucaramanga confirmó en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, el 2 de junio de 2000, condenando a dicha procesada por el delito de homicidio agravado, a la pena principal de veinte (20) años de prisión. Además condenó a FELIPE GÓMEZ LOZANO, MIGUEL ANTONIO DURÁN CÁCERES y JULIO ERNESTO PRADA, como coautores de homicidio agravado en concurso, a la pena principal de treinta (30) años de prisión. A todos impuso la sanción a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez (10) años, les impuso la obligación de indemnizar los perjuicios; y les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

La Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación adelantó

una investigación sobre los acontecimientos delictivos que empezaron a presentarse a comienzos de 1991, cuando algunos miembros de la “Red de Inteligencia No. 7 de la Armada Nacional”, con sede en Barrancabermeja (Santander), con el apoyo de varios civiles, conformaron “grupos de sicarios” o “escuadrones de la muerte”, que incurrieron en varios crímenes, homicidios y “masacres”, so pretexto de contrarrestar el terrorismo desatado por los grupos subversivos¹.

“Aprovechando la infraestructura de la red de inteligencia que operaba en Barrancabermeja, y sus vínculos con algunos de los integrantes de esa organización, STELLA OSORIO RUEDA, por razones de orden pasional y económico, ordenó la muerte de su esposo LUIS FERNANDO LEÓN CÁCERES², hecho que consumaron sicarios al servicio de la mencionada red de inteligencia el día 18 de mayo de 1.992, en inmediaciones del hospital San Rafael de Barrancabermeja”³

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con base en la denuncia instaurada ante el Fiscal General de la Nación, en diciembre de 1993, por los suboficiales de la Armada Nacional, Saulo Segura Palacios y Carlos David López Maquilón, sobre la existencia de un grupo al margen de la ley en la Red Fluvial de Inteligencia No. 7, con sede en Barrancabermeja (Santander), y la pluralidad de crímenes cometidos por sus integrantes, el Grupo Investigativo del Cuerpo Técnico de Investigación adelantó gestiones de inteligencia y rindió un informe de verificación que dio origen al presente asunto. (Folio 3 cdno. 1)

2. Atendiendo a la evolución del acopio probatorio, y con la plena identificación de varios implicados, paulatinamente fueron vinculándose a la investigación, unos a través de indagatoria y otros en ausencia. De igual manera se definieron las situaciones jurídicas de cada uno y se decretaron cierres parciales y la consiguiente ruptura de la unidad procesal.

3. La Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación dispuso vincular mediante indagatoria a STELLA OSORIO RUEDA -por el homicidio de compañero Luis Fernando León Cáceres-, expidiendo para el efecto orden de captura. No obstante, como la aprehensión no se materializó, fue emplazada y luego declarada persona ausente, designándosele defensor de oficio a través de la Secretaría de la Unidad Nacional de Derechos Humanos. (Folios 1, 114 y 156 cdno. 11)

4. Al resolver la situación jurídica provisionalmente a varios vinculados, la Fiscalía instructora, con resolución del 9 de octubre de 1996, afectó a STELLA OSORIO RUEDA con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin excarcelación, por el delito de homicidio agravado.

Se indicó que en este caso particular el móvil era pasional, puesto que la implicada mantenía, a su vez, una relación sentimental con el coprocesado JIMMY ALBERTO ARENAS ROBLEDO, sindicado de pertenecer al grupo armado ilegal y de la comisión de múltiples homicidios con fines terroristas. (Folio 7 cdno. 12)

La medida de aseguramiento no fue impugnada.

5. Recaudadas las pruebas necesarias, el funcionario instructor cerró parcialmente la investigación con relación a STELLA OSORIO RUEDA y otros procesados, el 16 de mayo de 1997. (Folios 133 cdno. 13)

No se presentaron alegatos de conclusión en nombre de la mencionada.

6. Un Fiscal adscrito a la Unidad Nacional de Derechos Humanos calificó el mérito del sumario, el 4 de agosto de 1997, profiriendo resolución acusatoria en contra de STELLA OSORIO RUEDA, por el delito de homicidio agravado⁴, de conformidad con el artículo 324 numeral 4° del Código Penal, Decreto 100 de 1980. (Folio 220 cdno. 13)

En la misma oportunidad se emitió resolución de acusación contra GERARDO ÁLVAREZ AGUIRRE por concierto para delinquir; y contra FELIPE GÓMEZ LOZANO, MIGUEL ANTONIO DURÁN CÁCERES y JULIO ERNESTO PRADA por homicidio agravado y concierto para delinquir.

7. La resolución de acusación, en cuanto concierne con la fue confirmada mediante resolución del 27 de octubre de 1998, por la Unidad de Fiscales ante el extinto Tribunal Nacional. (Folio 87 cdno. Fiscalía de segunda instancia)

8. Adelantada la fase de la causa, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, mediante sentencia del 2 de junio de 2000, decretó la nulidad exclusivamente en lo relativo al ilícito de concierto para delinquir; condenó a STELLA OSORIO RUEDA, a la pena principal de veinte (20) años de prisión por el delito de homicidio agravado, y a los coprocesados, a la pena de treinta (30) años por homicidio agravado en concurso. (Folio 128 cdno. 17)

9. Al desatar la apelación interpuesta en nombre de JULIO ERNESTO PRADA, MIGUEL ANTONIO DURÁN CÁCERES y FELIPE GÓMEZ LOZANO, y en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta, el Tribunal Superior de Bucaramanga, en fallo del 26 de junio de 2001, confirmó íntegramente la decisión de primera instancia. (Folio 41 cdno. Tribunal)

10. El defensor de STELLA OSORIO RUEDA interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación que resuelve la Sala en este proveído.

LA DEMANDA

Cinco cargos contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga propone el libelista. Cuatro con base en la causal prevista en el numeral 3° del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), aduciendo que el fallo proviene de un juicio

viciado de nulidad por diversos motivos; y el último, invocando la causal primera ibídem, por violación directa de la ley sustancial.

PRIMER CARGO. Principal. Nulidad por indebido emplazamiento y declaratoria de persona ausente, con vulneración del debido proceso y del derecho a la defensa.

Aunque el censor acepta que se aplicaron formalmente los artículos 356 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) y 34 del decreto 2790 de 1990, referidos al procedimiento para emplazar antes de vincular a una persona en ausencia. Sin embargo, dice, “teniéndose conocimiento que mi defendida se encontraba residiendo en Barranquilla, en esa ciudad no se le buscó, no se adelantó ninguna labor de localización, fácil, cuando bastaba simplemente entrar a indagar en la sección de pensiones de ECOPETROL la ciudad en donde se cobraban las mesadas correspondientes a la pensión del hoy occiso a favor de sus menores hijos, quienes convivían con su señora madre”.

Menciona unos informes de inteligencia del C.T.I. (Folios 239 y s.s cdno. 10) donde se comunica que STELLA OSORIO RUEDA era propietaria de un inmueble, que arrendó a través de la oficina Ogliastri, que le consignaba los cánones en una cuenta a su nombre en la ciudad de Barranquilla, por lo cual no puede pensarse que ella se ocultó; generándose entonces una nulidad generó una ostensible nulidad, según lo entiende la Corte Constitucional en la sentencia C-488 del 26 de septiembre de 1996.

La vinculación así realizada cercenó la oportunidad a la implicada de concurrir a la actuación par explicar su conducta, máxime cuando ella no dio lugar a la declaratoria de ausencia, pues no existen pruebas de que ella supiera que cursaba una investigación penal en su contra.

Recuerda que el defensor de oficio fue designado por “una Técnica Judicial II”, siendo esa función indelegable y exclusiva del Fiscal o del Juez, de acuerdo con el artículo 34 del decreto 2790 de 1990. Por tanto, el yerro en que se incurrió fue triple: por la

designación sin competencia para ello, porque siguió adelante la actuación con el defensor ilegalmente nombrado, y porque éste sustituyó en otro que lo reemplazara, vulnerando el debido proceso y el derecho a la defensa de STELLA OSORIO RUEDA.

Solicita a la Corte declarar la nulidad a partir de la resolución del 2 de septiembre de 1996, que dispuso el emplazamiento; pronunciarse con relación a la libertad; y remita el expediente a la Fiscalía para que rehaga el trámite.

SEGUNDO CARGO. Subsidiario. Nulidad por violación del derecho a la defensa, por inactividad de los defensores de oficio.

Asegura el libelista que STELLA OSORIO RUEDA “careció de una defensa propiamente dicha, por cuanto los abogados que se le designaron para su representación oficiosa jamás asumieron esa defensa, por lo que debe decretarse la nulidad de lo actuado desde la designación del primer apoderado de oficio”.

Observa que la primera defensora de oficio no desarrolló gestión alguna.

Luego, advierte que el Juez Segundo Especializado de Barrancabermeja, en la fase de la causa, reemplazó el defensor de oficio a los implicados Miguel Durán Cáceres, Julio E. Prada, Gerardo Velásquez y ESTELA OSORIO RUEDA, el cual solicitó pruebas a favor de todos sus defendidos menos de ella.

Como en contra de la procesada sólo obraba el testimonio de Jimmy Arenas, era imprescindible citar a esta persona a la audiencia pública para despejar múltiples dudas sobre el presunto vínculo de ESTELA OSORIO RUEDA con los señalados por aquél como autores materiales del homicidio; sobre la forma como el testigo se enteró de la muerte de León Cáceres; los motivos de ella para eliminar a su compañero; la forma en que consiguió el dinero, el modo en que lo canceló, a quiénes y qué otros intereses existían en su muerte; si los autores materiales del homicidio obraron por cuenta de la Red de

Inteligencia No. 7 de la Armada Nacional, o de la señora OSORIO.

Sobre el defensor de oficio que la asistió en la audiencia pública, resalta que abandonaba el recinto sin explicación alguna, por lo cual el Juez le designar otra defensora, quien presentó un alegato escrito donde la crítica probatoria fue nula o inexistente; no realizó ningún esfuerzo; se redujo a analizar leves contradicciones de algunos declarantes; no realizó un análisis probatorio, critico, serio, ponderado y argumentativo, como era de esperarse frente al testimonio de Jimmy Alberto Arenas; y tampoco interpuso recurso de apelación contra el fallo de primer grado.

Para el libelista, la implicada no contó con una defensa real, permanente, continua e ininterrumpida, como se señaló en la casación 9906 del 10 de octubre de 1999, con ponencia del Magistrado Fernando E. Arboleda Ripoll.

En general, dice, los defensores no fueron notificados, no intervinieron en las diligencias, y no realizaron ninguna labor con excepción de la débil intervención de la defensora en la audiencia pública.

Solicita a la Sala decretar la nulidad para retrotraer la actuación “a la etapa procesal pertinente.”

TERCER CARGO. Subsidiario. Nulidad por indebida notificación de la providencia que cerró la investigación y de la resolución acusatoria.

El libelista señala que, de conformidad artículos 438 y 440 Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, era obligatoria la notificación personal tanto del cierre de investigación como de la resolución de acusación; exigencia que continúa vigente en el régimen de la Ley 600 de 2000.

En el presente caso, acota, tales decisiones no se notificaron personalmente al defensor

la procesada. Tal omisión desconoció el debido proceso, menguándose las posibilidades de la defensa y de impugnar dichas providencias, especialmente porque se trataba de una persona ausente.

Ese defecto procesal implicó que el defensor no pudiera presentar alegatos de conclusión, ni impugnar la resolución de acusatoria, aunque las pruebas no permitían más que la duda acerca de la calidad de determinadora del homicidio atribuida a STELLA OSORIO RUEDA, por la supuesta existencia de un romance entre ella y Jimmy Arenas, versión que obedece “a las consejas urdidas por los familiares del interfecto”, señor León Cáceres, reconocido por la Red de Inteligencia No. 7 como auxiliador de un grupo subversivo, siendo ésta otra eventual causa del crimen, que acrecienta las dudas.

Así las cosas, solicita se case el fallo impugnado con el objeto de que se decrete la nulidad de la actuación.

CUARTO CARGO. Subsidiario. Nulidad por violación del principio de investigación integral.

Indica el casacionista, que luego de perpetrado el homicidio de su compañero y de haber obtenido el pago del seguro y de las mesadas correspondientes a sus menores hijos, STELLA OSORIO RUEDA se radicó en Barranquilla, desde 1995 hasta 1999 y, posteriormente en Cartagena, donde fue capturada. Nunca tuvo la intención de ocultarse. Sin embargo, pese a que era fácil localizarla “se falseo la verdad objetiva y llego a sostener en los informes respectivos que había sido imposible su captura”, cuando con mediana diligencia la hubieran podido ubicar, para dejarla a disposición del competente y que el proceso no se adelantara a sus espaldas.

Para el censor el “hecho de concurrir a la Sección de Pensiones de la Empresa Colombiana de Petróleos ‘Ecopetrol’, y el pasar el correspondiente certificado de supervivencia cada tres (3) meses a la Oficina de Pensionado de Barrancabermeja, les

hubiera permitido a los cuerpos encargados de esta labor e incluso a la Administración de Justicia determinar el número de la cuenta en donde se estaba consignando la pensión correspondiente, así como la entidad bancaria y la ciudad en donde la beneficiaria retiraba de su respectiva cuenta el valor de las mesadas para los gastos de manutención y crianza de sus menores hijos. De esa manera se desconoció flagrantemente el principio de la investigación integral y se colocó a mi representada en imposibilidad de defenderse”.

Solicita se case el fallo impugnado, por nulidad de lo actuado.

QUINTO CARGO. Subsidiario. Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del principio in dubio pro reo

El censor asegura que el Ad- quem reconoció la existencia de duda probatoria y, no empece, condenó como si existiera certeza acerca de la responsabilidad penal de STELLA OSORIO RUEDA.

Transcribe los siguientes aparte del fallo de segundo grado:

“... la existencia de un doble motivo para matar al sindicalista, pues el deseo de su muerte provenía de dos intereses diversos, y el fondo, aunque le parezca, no antagónicos o irreconciliables, pues de una parte iba a la carga la Red de inteligencia No. 07, una de cuyas visiones apuntaba al exterminio de los sindicalistas o colaboradores de la guerrilla y el occiso LUIS FERNANDO LEÓN CÁCERES ostentaba la primera condición, mientras que de otra, latente estaba el interés de la compañera permanente del posterior occiso, el que bien podía ser -lo que no extraña a la Sala- de índole económico, conforme lo promulgaron los hermanos del desaparecido, así como la presunta existencia de un amante, para el caso JIMMY ALBERTO”.

...

“...Y es que si se observa con detenimiento el propio comienzo de la investigación y en particular la primera denuncia formulada por SAULO SEGURA, en ella se hace referencia al pago de \$ 3.000.000.00 que STELLA ‘la esposa’ ofreció por la muerte de su compañero, adicionándole a tal información lo ya anotado en precedencia, esto es, que la Red de igual forma había ordenado la muerte de LEÓN CÁCERES, combinación de intereses y de objetivos que sin duda facilitó las cosas, alcanzando sus protervos propósitos tanto la organización criminal que eliminaba a un -por ellos odiado sindicalista-, como la hoy acusada que por siempre se alejaba de su compañía con lo que seguramente soñó: Una buena suma de dinero, dinerario que -por otra vía y en forma extra recibirían los sicarios-.”

Lo transcrito, dice el censor, enseña que el Tribunal Superior admitió el estado de duda, ante la posibilidad que confluyeran los dos intereses mencionados en la muerte de León Cáceres, siendo el de su compañera no más que una presunción carente de prueba. Aún así, desconoció la presunción de inocencia a su favor y la condenó.

Pretende que la Corte case el fallo impugnado y, en su lugar, absuelva a STELLA OSORIO RUEDA.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal encontró los reproches adecuadamente postulados, en orden de prioridad y en forma subsidiaria, por lo cual los analiza siguiendo la misma secuencia. Pese a ello, advierte que el libelista no tiene razón en el fondo de sus planteamientos, y por ende solicita a la Corte no casar el fallo materia de impugnación.

Sobre el primer cargo. Nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa

En cuanto a la irregularidad por haberse declarado persona ausente a la implicada, por

no buscarla en Barranquilla donde residía, y por no indagar en la sección de pensiones de ECOPETROL donde cobraba las mesadas pensionales, expresa el Delegado que tal irregularidad no se verifica en este caso porque se desplegaron adecuadas gestiones para dar con ella, sin lograrlo, siendo pertinente la declaratoria de persona ausente.

En este caso, es verdad, no existían -ni existen- elementos de juicio que indicaran que la procesada se ocultaba, pero también es una realidad que se llevaron a cabo todos los mecanismos tendientes, al alcance del operador jurídico, para obtener la comparecencia sin que se lograra, por lo que se debe inferir que se procedió correctamente cuando se le declaró persona ausente, ya que la actuación no se puede suspender so pretexto de una vinculación personal que se hace inviable, en los términos del artículo 356 del anterior estatuto procesal (Decreto 2700 de 1991), y del 344 de la Ley 600 de 2000.

Ambos estatutos prevén que vencido el lapso de 10 días contados a partir de la fecha en que la orden de captura se emita, sin obtener respuesta, “se procederá” al emplazamiento para indagatoria, y si vencido este segundo plazo aún no se logra su comparecencia, se le declarará persona ausente.

Dice que la orden de captura se expidió el 15 de mayo de 1996, y que el C.T.I. respondió con los informes referidos por el libelista, 25 de junio y el 9 de julio de 1996, más de un mes después de haberse librado la orden de captura en contra de ESTELA OSORIO RUEDA y, en consecuencia, de acuerdo con el imperativo legal, procedía su emplazamiento mediante edicto y la posterior declaratoria de ausencia.

Para el Delegado, es cierto que el informe FGN UNPJ 3419 del 9 de julio de 1996 del C.T.I., ponen en conocimiento la ciudad de residencia y algunos datos de la probable ubicación de STELLA OSORIO RUEDA, de lo cual estaba enterada la Dirección Seccional del C.T.I. de Barranquilla; sin embargo, en el decurso del proceso no se allegó respuesta de esa seccional y, en tales casos, no es posible paralizar la actuación a la espera de que se

obtenga la captura, máxime cuando el funcionario, como atrás se explicó, tiene un estricto marco temporal para tomar la decisión de declarar ausente a un implicado. Así las cosas, considera que no se incurrió en irregularidad sustancial que haya afectado el debido proceso y transgredido el derecho de defensa de ESTELA OSORIO RUEDA por el motivo analizado.

El Delegado no percibe trascendencia alguna sobre el derecho a la defensa, en cuanto hace a la protesta del censor porque la designación del defensor de oficio lo realizó una dependiente de secretaría y no el mismo Fiscal; y porque el defensor de oficio sustituyó el poder en otro profesional

Señala que, en todo caso, los empleados de la Secretaría procedieron en cumplimiento de lo ordenado por el Fiscal instructor en la resolución del 2 de septiembre de 1996, por medio de la cual se declaró persona ausente, entre otros, a STELLA OSORIO RUEDA, en cuyo numeral cuarto de la parte resolutive se señaló: “por secretaría, procédase a designar y posesionar un defensor de oficio que atienda, hasta el final, los intereses de todos los sindicatos” vinculados como personas ausentes”.

De tal manera, como la designación del defensor de oficio por el método utilizado no resintió en lo más mínimo el derecho de defensa, sino que, por el contrario, aseguró su cumplimiento, no tiene ningún objeto la declaratoria de nulidad del proceso.

Tampoco amerita invalidar lo actuado el hecho de que uno de los defensores de oficio sustituyó el poder en otro profesional, situación que carece de total trascendencia, pues lo importante fue que con esa actuación el defensor de oficio quiso garantizar la continuidad del derecho a la defensa.

Con base en lo expuesto, el Delegada estima que el cargo no está llamado a prosperar.

Sobre el segundo cargo. Nulidad por violación del derecho a la defensa

Sobre la inactividad de los defensores que representaron oficiosamente a STELLA OSORIO RUEDA en el proceso, advierte que no le asiste razón al casacionista, quien no agotó cabalmente el deber de indicar lo que el abogado pudo hacer en favor de ella; ni concretó cuáles fueron las pruebas que por la inactividad del profesional dejaron de practicarse; ni de qué forma hubieran cambiado favorablemente la situación de la implicada. De ahí, entonces, que no sea suficiente atribuir meras generalizaciones en relación con actividades distintas al cuestionamiento probatorio, tales como que no se impugnaron las providencias, o que no se alegó en el proceso, sino que era preciso establecer la incidencia de esas omisiones en la suerte de su defendida frente al fallo impugnado.

El censor sólo menciona el “testimonio” de Jimmy Arenas Díaz (coprocesado que confesó sus crímenes), asegurando que si éste se hubiera controvertido a través de una ampliación, habría bastado para que la situación de su defendido variara a su favor, dejando de lado que el fundamento de responsabilidad de STELLA OSORIO RUEDA no se basó exclusivamente en tal confesión del sujeto mencionado, sino en diversos medios de prueba, plurales testimonios y en el indicio sustentado en que la procesada eludió la acción de la justicia.

Es decir, aún si se aceptara que la defensa técnica fue inactiva por dejar de cuestionar esa prueba, tal situación no tiene la trascendencia para producir los efectos invalidantes que el casacionista le atribuye, dado que el fallo tiene cimiento en otros medios de persuasión, que el cargo no cuestiona.

De otra parte, el Procurador Delegado observa que una revisión atenta del expediente conduce a reevaluar la aseveración de que los defensores no se notificaron de las providencias, al constatar que el defensor de oficio en turno se notificó personalmente de la resolución de acusación de primer grado (Folio 269 cdno. 13) y que en la fase de la causa también lo hizo de los autos por medio de los cuales se señaló fecha y hora para

la celebración de audiencia pública, en donde se practicarían pruebas, y de sus múltiples aplazamientos.

Tampoco encuentra ajustada a la realidad la afirmación según la cual no se hizo ninguna solicitud a favor de la procesada, pues el defensor de oficio hizo una petición probatoria (Folio 216 cdno. 15) consistente en un examen psicológico y psiquiátrico a Carlos Alberto Vergara Amaya, cuya versión constituyó uno de los principales pilares del fallo condenatorio contra ella.

De acuerdo con lo anterior, colige que el libelista critica la gestión de sus antecesores, siendo ello insuficiente, porque no atendió a la estricta realidad procesal y “porque concibe el ejercicio de la defensa como una labor estereotipada en donde los encargados de ejercerla actúan conforme a un patrón general, olvidando que se desempeña siempre es circunstancial y que, dependiendo de ello, así como del estilo de cada quien, se trazará la correspondiente estrategia”.

En esas condiciones, el cargo no debe prosperar.

Sobre el tercer cargo. Nulidad por falta de notificación personal del cierre de investigación y de la resolución acusatoria

El Procurador Delegado sostiene que el demandante incurre en una confusión con respecto al defensor que venía asistiendo para ese entonces a ESTELA OSORIO RUEDA, pues la profesional que cita no ejerció en tal calidad, como sí lo hizo el abogado designado el 12 de septiembre de 1996, quien tomó posesión del cargo el mismo día (Folio 196 cdno. c.c. 11).

Este profesional, a cuyo cargo se encontraba la representación oficiosa de la procesada ESTELA OSORIO RUEDA y de otros procesados también contumaces, se notificó personalmente de la resolución de acusación el 4 de agosto de 1997 (Folio 269 cdno. 13),

de manera que no le asiste ninguna razón al actor cuando predica que no se produjo el acto de notificación personal.

En cambio, acota el Delegado, la resolución de cierre de investigación no se notificó personalmente al defensor de oficio, aun cuando se intentó a través de un telegrama a la dirección registrada, que fue devuelto por cambio de domicilio. (Folio 159 cdno. 13)

No obstante, pese a que el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, vigente para el momento de la actuación que se discute, ordenaba que la resolución de cierre de investigación se notificara personalmente, no por ello se ceñía al mismo procedimiento previsto para la notificación de la resolución de acusación previsto en el artículo 440 ibídem.

Por lo anterior, el Delegado manifiesta su acuerdo con la postura de la Sala de Casación Penal sobre la interpretación del artículo 438, “en el entendido de que lo que allí se quiso disponer es que se trata de una decisión de sustanciación que por excepción debe notificarse, cuya omisión no genera ninguna trascendencia procesal, máxime cuando posteriormente se notifica en forma personal el pliego de cargos, como ocurrió en este caso”.⁵

Así las cosas, por un lado porque no es cierto que no se haya notificado personalmente al defensor de oficio la resolución de acusación y por otra porque en este caso no tuvo ninguna incidencia no haberle notificado personalmente el cierre de investigación, se estima que no le asiste razón al censor en este cargo.

En razón de lo expuesto, se estima, el cargo no debe prosperar.

Sobre el cuarto cargo. Nulidad por violación del principio de investigación integral

Resalta el Procurador Delegado, que en lugar de cuestionar la desidia de los funcionarios judiciales en la práctica de pruebas, el censor reprocha la supuesta negligencia de las autoridades de policía a cuyo cargo estaba la localización y captura de STELLA OSORIO RUEDA, no obstante contar con datos que, en su criterio, hubieran permitido su comparecencia personal al proceso y así garantizarle el derecho de defensa; tema que ya había presentado a discusión en el primer cargo.

En su criterio, libelista olvida la autonomía que por razón de la especialidad de sus funciones tienen las autoridades de policía, ámbito donde no puede interferir el funcionario judicial, salvo para exigir pronta respuesta de la misión, pues existe un límite temporal señalado en la ley de diez días para que den respuesta a la solicitud, o con el fin de aportar nuevos datos que se conozcan y que puedan servir para dar con el paradero del imputado.

Por tanto, como las gestiones de inteligencia destinadas a lograr la captura no son de la órbita de los funcionarios judiciales, sino que fueron encomendadas a las autoridades facultadas legalmente para ello, si ello no se logró, no es atribuible al operador judicial, quien se limitó a proceder de acuerdo con la ley al declarar persona ausente a la imputada una vez vencidos los términos.

El cargo no está llamado prosperar.

Sobre el quinto cargo. Violación directa de la ley sustancial

A decir del Procurador Delegado, el libelista equivocó la vía de ataque, puesto que la aplicación del principio in dubio pro reo que pretende a favor de STELLA OSORIO RUEDA, ha debido derivarla de probables errores en la estimación probatoria, toda vez que para los Jueces de instancia ninguna duda afloró sobre la responsabilidad penal de ella, aún cuando admitieron la convergencia de dos intereses en la comisión del homicidio de León Cáceres: el de la Red de Inteligencia No. 7, en su cometido de exterminar

subversivos; y el de la propia implicada, para deshacerse de su compañero permanente para vivir su nueva relación sentimental.

En efecto, acota el Delegado, este reproche pareciera plantear una controversia inmotivada sobre la valoración particular que le merecen las pruebas al demandante, cuyo escenario de discusión no sólo no es la causal seleccionada, sino que no las refuta al abrigo de un error de apreciación que dé al traste con la legalidad del fallo.

La censura, en esas condiciones, no debe prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ha sostenido reiteradamente la Sala que el orden de estudio de los cargos que se formulan en la demanda de casación se rige por el principio de prioridad, según el cual es necesario tener en cuenta la incidencia procesal que la prosperidad de alguno de ellos pueda conllevar, en atención al efecto corrector o invalidante del recurso extraordinario.

De ahí que, en rigor técnico, se debe postular inicialmente el cargo por nulidad, y si fueren plurales también se presentarán empezando por el que eventualmente mayor efecto invalidante produzca, pues si alguno llegara a demostrarse se devuelve la actuación para rehacer todo el trámite alcanzado por el vicio; y, por sustracción de materia, ya no es necesario que la Corte se adentre en el estudio de las otras censuras.

SOBRE EL PRIMER CARGO. Principal. Nulidad por indebido emplazamiento y declaratoria de persona ausente, con vulneración del debido proceso y del derecho a la defensa.

Se queja el censor porque STELLA OSORIO RUEDA fue vinculada como persona ausente, pese a que existían datos en el expediente que hubiesen permitido a la policía judicial localizarla o capturarla, para que compareciera personalmente.

1. No puede desconocerse que la comparecencia de la persona para indagatoria es la modalidad de vinculación que más se amolda a las pretensiones constitucionales del proceso penal, bien mediante citación, o, en su defecto, haciendo efectiva la orden de captura cuando a ello hubiere lugar.

Sin embargo, el emplazamiento como forma de vinculación procesal es un procedimiento residual y condicionado porque el Estado no puede detener el curso de la acción penal bajo ningún pretexto, puesto que la administración de justicia como servicio público responde a valores superiores de la Carta, destinados a garantizar la convivencia dentro de un marco jurídico.

De ahí que el emplazamiento procede bajo el supuesto de hecho a que hace referencia el inciso primero del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), aplicado al caso en cuestión, “cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que deba rendir indagatoria”.

Igualmente, la vinculación mediante declaratoria de persona ausente se condiciona a que la comparecencia para rendir indagatoria se intente a través de orden de captura; a que hubiesen transcurrido por lo menos diez días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión; y a que no se obtenga respuesta dentro de ese lapso.

2. En el caso de la implicada STELLA OSORIO RUEDA se cumplieron a cabalidad las exigencias del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, tanto para el emplazamiento como para la declaratoria de ausencia.

El censor no pone en tela de juicio la ritualidad ni los términos para adoptar una y otra decisión, sino la aparente pasividad de las autoridades, en tanto, desde su punto de vista, no agotaron todas las posibilidades a su alcance para ubicarla.

Aquella, sin embargo, es una apreciación del libelista expresada sin mayor fundamento, pues de recordar que informes de policía judicial indicaban que la implicada “se encontraba residiendo en Barranquilla” y que cobraba mesadas pensionales en ECOPETROL, pasa a concluir que nada se hizo por localizarla oportunamente.

No se ciñe a la realidad la afirmación según la cual la Fiscalía sabía que la procesada se encontraba residiendo en Barranquilla. En el informe FGN UNPJ 3419 del 9 de junio de 1996, suscrito por el Jefe de la Unidad de Policía Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, y sus anexos, se dice exclusivamente que STELLA OSORIO RUEDA figura como propietaria de un apartamento ubicado en el barrio Torcoroma de Bucaramanga, inmueble arrendado a través de la firma Ogliastri, “la cual consigna el valor del canon a la cuenta No. 0265-0002484-4 de Davivienda de la ciudad de Barranquilla.” (Folio 239 cdno. 10)

Tal consignación no implica necesariamente que STELLA OSORIO RUEDA resida en la ciudad de Barranquilla, ni que ella sea la titular de la cuenta, pues basta sencillamente reparar en que la moderna tecnología permite el acceso a las instituciones financieras desde diversas partes de la geografía nacional, sin necesidad de presencia física.

3. Nada parece haber significado para el censor el hecho de que STELLA OSORIO RUEDA hubiere sido capturada el 3 de abril de 2001 –antes de proferirse el fallo de segundo grado-, en una vivienda militar, casa No. 84 del barrio Crespo de Cartagena, en cumplimiento de la orden de captura No. 079 UNDH del 20 de agosto de 1997, proferida después de la resolución acusatoria, situación suficiente para indicar que los organismos de inteligencia sí la estaban buscando, en la medida de lo posible. (Folios 302 cdno. 13 y 35 cdno. Tribunal Superior)

4. Si bien el Procurador Delegado piensa lo contrario, para la Sala no puede negarse, de otra parte, que la procesada tenía conocimiento de la investigación penal por la muerte de

su compañero, pues en la diligencias preliminares ella misma rindió testimonio y, además, fueron sus propios parientes por afinidad, especialmente cuñados, quienes desde el principio lanzaron sindicaciones contra ella, por la presunta relación sentimental alterna que ella tenía con “JIMMY”, identificado más tarde como Jimmy Alberto Arenas Robledo, coprocesado que se sometió a sentencia anticipada y hace imputaciones contra STELLA OSORIO RUEDA. (Folio 28 anexo 12; y folio 274 cdno. 12)

5. De otra parte, las quejas del censor porque la designación del defensor de oficio de la declarada ausente lo realizó una dependiente de secretaría; y el defensor de oficio sustituyó el poder en otro profesional, no pasan de ser una protesta por lo que él considera actos irregulares, pero sin vinculación a normas jurídicas que se hubiesen vulnerado ni a la incidencia específica de las supuestas anomalías en la estructura del proceso, o en el derecho a la defensa de STELLA OSORIO RUEDA, como adecuadamente lo observa el Procurador Delegado con argumentos atinados que no se estima necesario repetir.

Basta recordar que en la resolución del 2 de septiembre de 2006, el Fiscal Delegado de la Unidad de Derechos Humanos, al tiempo que declaró persona ausente a STELLA OSORIO RUEDA, en el numeral cuarto de la parte resolutive se dispuso: “por secretaría, procédase a designar y posesionar un defensor de oficio”, puesto que se trataba en aquél entonces un funcionario con reserva de identidad, o “sin rostro” según el argot popular, que no tenía trato directo, presencial y personalizado con los sujetos personales. Por manera que al cumplir dicha providencia, la Secretaría no incurrió en defectos invalidantes del rito procesal.

En tales condiciones, el cargo no prospera.

SOBRE EL SEGUNDO CARGO. Subsidiario. Nulidad por violación del derecho a la defensa, por inactividad de los defensores de oficio.

A decir del libelista, la inactividad total de los abogados que sucesivamente fueron nombrados para que asistieran y representaran a STELLA OSORIO RUEDA, implicó para ella una grave violación del derecho a la defensa, en términos reales, por lo cual debe invalidarse lo actuado a partir de la posesión del primer defensor de oficio.

1. Con el fin de formarse una idea clara acerca de lo acontecido con la defensa técnica de STELLA OSORIO RUEDAS, se estima imprescindible el siguiente esbozo procesal:

-. Las primeras referencias sobre la participación de “ESTELA”, en el homicidio de su compañero permanente -el miembro de la Unión Sindical Obrera USO, Luis Fernando León Cáceres- se hicieron en la denuncia instaurada ante el Fiscal General de la Nación, en diciembre de 1993, por el suboficial de la Armada Nacional, Carlos David López M., donde dieron noticia sobre la existencia de un grupo al margen de la ley en la Red Fluvial de Inteligencia No. 7, con sede en Barrancabermeja (Santander), y la pluralidad de crímenes cometidos por sus integrantes. (Folio 96 cdno. 1)

Desde que se instauró la denuncia en adelante se recaudaron pluralidad de pruebas de diversa índole.

-. STELLA OSORIO RUEDA fue vinculada a través de declaratoria de persona ausente, el 2 de septiembre de 1996. (Folio 156 cdno. 11)

-. El 3 de septiembre de 1996, se envió telegrama a la abogada Olga Cuéllar de García, para que acudiera a asumir la defensa de oficio. (Folio 162 cdno. 11)

-. Como la mencionada profesional no compareció, el 11 de septiembre de 1996 se designó al abogado José Biviano Moreno Palacios, como defensor de oficio de STELLA OSORIO RUEDA y de otros implicados. Tomó posesión del mismo día. (Folios 196 cdno. 11)

-. La situación jurídica fue definida el 9 de octubre de 1996 y para notificar al defensor de oficio se envió telegrama al día siguiente, a la dirección correcta que indicó al asumir el cargo. No acudió, por lo cual se notificó por estado; y quedó en firme sin ser impugnada por algún sujeto procesal. (Folios 7, 27, 57 y 71 cdno. 12)

-. El 16 de mayo de 1997 se clausuró la investigación; para efectos de la notificación se envió telegrama al abogado José Biviano Morales (sic) Palacios a la dirección que él indicó, Carrera 53 No. 75-30, barrio Simón Bolívar de Bogotá. No respondió al llamado, y el trámite de las notificaciones culminó por estado. (Folios 133, 140, 150 y 212 cdno. 13)

El telegrama fue devuelto por cambio de domicilio de dicho profesional. (Folio 159 cdno. 13)

La providencia que cerró la investigación quedó en firme el 8 de julio de 1997; según constancia secretarial y no fue impugnada; el 18 de julio del mismo año venció el término de ocho días para alegar de conclusión; y no se presentaron escritos a favor de STELLA OSORIO RUEDA. (Folios 213 y 219 cdno. 13)

-. La Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación calificó el sumario con resolución acusatoria el 4 de agosto de 1997.

Para que el abogado José Biviano Morales (sic) Palacios compareciera a notificarse se le envió telegrama a la misma dirección, pero igualmente fue devuelto porque el destinatario cambió de domicilio. (Folios 280, 332 y 333 cdno. 13)

Sin embargo, -se desconoce por qué medios fue localizado- el profesional acudió a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y la resolución acusatoria le fue notificada personalmente, pero no fue impugnada por él. (Folios 220 y 269 cdno. 13)

En cambio, el Agente del Ministerio Público, Código Q6C3 sí interpuso el recurso de

apelación, solicitando la nulidad de lo actuado, entre otras razones, por vulneración del derecho a la defensa “por la despreocupación que el caso les ameritó a los profesionales del derecho referidos”. (Folio 317 cdno. 13)

La resolución acusatoria fue confirmada por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Nacional, con decisión del 27 de octubre de 1998, argumentando con relación al derecho a la defensa, que el silencio del apoderado era una estrategia. (Folio 87 cdno. Fiscalía 2ª instancia)

-. Por auto del 20 de diciembre de 1998 un Juzgado Regional de Cúcuta avocó el conocimiento del asunto y abrió juicio a pruebas. Tal decisión se comunicó a través de oficio al abogado José Biviano Morales Palacios, dirigiendo la comunicación la Carrera 53 No. 75-B 30 de Barrio Simón Bolívar de Bogotá. (Folio 24 cdno. 14)

Aquella es la misma nomenclatura urbana que dio lugar a la devolución de dos comunicaciones anteriores por cambio de domicilio.

-. Vencido el término de traslado, ninguno de los sujetos procesales solicitó la práctica de pruebas; el Juzgado Regional de Cúcuta decretó algunas oficiosamente con auto del 16 de marzo de 1999. (Folio 72 cdno. 14)

Se intentó notificar al doctor José Biviano Morales (sic) Palacios a través de telex enviado a la dirección antes mencionada, en la ciudad de Bogotá. (Folio 84 cdno. 14)

-. Posteriormente, el 4 de agosto de 1999, asumió el conocimiento del asunto el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, y en consideración a que el abogado de STELLA OSORIO RUEDA residía en Bogotá, para garantizar el derecho a la defensa, dispuso se le designara un nuevo apoderado de oficio.

Entonces, se posesionó como defensor de oficio el abogado Octavio Cadena Quijano,

según acta suscrita el 18 de agosto de 1999, con domicilio profesional en la Carrera 23 No. 21-67 de Bucaramanga.

-. Con memorial radicado el 28 de septiembre de 1999, el nuevo defensor de oficio solicitó la práctica de un examen psicológico y psiquiátrico al implicado Carlos Alberto Vergara Amaya, privado de la libertad en la Cárcel Modelo de Bogotá. (Folio 216 cdno. 15)

No obtuvo respuesta alguna.

-. De igual manera, con memoriales del 11 de octubre y 13 de octubre de 1999, el abogado Octavio Cadena Quijano solicitó recaudar los testimonios de Rubén Villota y Claudia Patricia Madiarriaga Martínez, relativos a las actividades de dos implicados. (Folios 332 y 360 cdno. 15)

-. Iniciada la audiencia pública, el Juez se vio precisado a suspenderla, porque el defensor Cadena Quijano abandonó el recinto sin explicación alguna; lo relevó del cargo y designó a la abogada Luz Esther García Acevedo, quien se posesionó el 22 de octubre de 1999. (Folio 10, 159 y cdno. 16)

-. En la sesión de audiencia pública llevada a cabo el 28 de enero de 2000, intervino la defensora Esther García Acevedo, quien leyó un memorial con sus argumentos a favor de STELLA OSORIO RUEDA, que incorporó a las diligencias (Folios 75 y 83 cdno. 16)

-. El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga profirió la sentencia del 2 de junio de 2000, condenando, entre otros, a STELLA OSORIO RUEDA a la pena principal de veinte años de prisión por el delito de homicidio agravado. (Folio 128 cdno. 17)

La defensora de oficio no impugnó la condena discernida en primera instancia.

-. No obstante, Luz Esther García Acevedo sustituyó el poder en el abogado Mario Hernández León, quien allegó un memorial con consideraciones, entre otras cosas, sobre nulidad por falta de defensa técnica, para que el Tribunal Superior las sopesara antes de producir el fallo de segunda instancia. (Folio 17 cdno. Tribunal)

Ningún abogado acudió en representación de STELLA OSORIO RUEDA a la audiencia de sustentación oral de la apelación.

-. El 3 de abril de 2001 se produjo la captura de STELLA OSORIO RUEDA, en la ciudad de Cartagena. (Folio 35 cdno. 17)

-. Al desatar la apelación interpuesta por los defensores de otros implicados, y en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta, el Tribunal Superior de Bucaramanga, con fallo de 26 de abril de 2001, confirmó íntegramente la decisión de primer grado. (Folio 41 cdno. Tribunal)

-. El defensor de STELLA OSORIO RUEDA interpuso el recurso extraordinario de casación, que ahora resuelve la Sala.

2. La anterior revisión de las diligencias enseña sin dificultad que el derecho de defensa técnica de STELLA OSORIO RUEDA fue realmente vulnerado, al verificarse que en la práctica estuvo abandonada a su propia suerte durante la extensa investigación previa, en toda la instrucción y durante la mayor parte del juzgamiento.

De igual manera, se verifica que pese a tal estado de desprotección, máxime que su vinculación se produjo en ausencia y reclamaba la intervención correctiva urgente de los funcionarios judiciales, -especialmente los de la Fiscalía- nada hicieron para que el derecho a la defensa fuera materialmente garantizado, como lo exige la Constitución Política, y no quedara reducido a la simple formalidad de que un abogado suscribiera el acta de posesión.

Por manera que, le asiste razón al demandante en cuanto denuncia y demuestra pluralidad de falencias cometidas a lo largo de las fases de instrucción y de la causa, que conspiraron contra el derecho de defensa de la procesada, con tanta evidencia y severidad, que en orden a restablecer la vigencia de esa garantía constitucional no queda alternativa diferente a la de decretar la nulidad de lo actuado.

Al comprobarse la convergencia de las acciones y omisiones con entidad para invalidar las diligencias, es preciso disponer que se rehagan los trámites irradiados por los vicios, retrotrayendo la actuación a etapas anteriores a las sentencias de primera y segunda instancia, lo cual releva a la Sala de Casación Penal de su deber de analizar cada uno de los cargos restantes en la demanda.

3. Resulta incuestionable que durante la fase instructiva, la implicada STELLA OSORIO RUEDA no contó con asesoría profesional actuante y eficaz, aserto que no se desdibuja por la notificación personal que tomó el defensor de oficio de la resolución acusatoria, única manifestación de un acto en nombre de aquella, no obstante que todo el trámite se desarrolló bajo la vigencia de la actual Carta Política, cuyo artículo 29 imponía a los funcionarios judiciales intervinientes en la construcción de este proceso, velar por la efectiva garantía del derecho de defensa.

Ese estado de la cuestión se complica aún más y acrecenta el atentado contra el derecho fundamental de STELLA OSORIO RUEDA si se tiene en cuenta que ella fue vinculada como persona ausente, porque ninguna de las ordenes de captura en su contra se hizo efectiva oportunamente; pues finalmente, cuando el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación materializó la aprehensión en la ciudad de Cartagena, ya se habían agotado todas las posibilidades de que asumiera su propia defensa material, o de que un profesional del derecho la asistiera, porque ya se había realizado inclusive la audiencia para sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, que nadie impugnó a su favor, y sólo quedaba pendiente la expedición del fallo de

segundo grado.

Los funcionarios judiciales están en la obligación de proveer a la defensa de los procesados que no puedan designar un abogado de confianza, deber que se multiplica en el Estado social, democrático y de derecho cuando se incrimina a una persona ausente, puesto que en tal situación nada a favor del implicado contrarresta el poder estatal que destina todos sus recursos hacia la búsqueda de la verdad.

4. La denuncia fue instaurada en diciembre de 1993, y contenía referencias a la señora “ESTELA” y la presunta relación de ella con el homicidio de su compañero permanente Luis Fernando León Cáceres, en mayo de 1992, de inmediato se obtuvo la identificación completa y correcta de la implicada, es decir STELLA OSORIO RUEDA.

Pese a ello, la vinculación como persona ausente se produjo casi tres años después, el 2 de septiembre de 1996, cuando ya se habían recaudado la mayoría de las pruebas que la comprometían de alguna manera con el crimen.

Se le designó una abogada de oficio, y como no compareció, le fue nombrado otro, el doctor José Biviano Moreno Palacios, quien se posesionó el 11 de septiembre de 1996, y desde entonces no realizó ningún acto positivo que revelara su intención de velar por los intereses de STELLA OSORIO RUEDA. Es más, los telegramas que se le enviaron para que compareciera a notificarse fueron devueltos, de modo que la definición de la situación jurídica y el cierre de la investigación culminaron de notificarse por estado, y no hizo ninguna postulación, ni participó en el trámite de alguna prueba, no presentó alegatos de conclusión, ni impugnó las providencias que la afectaban.

Dicho abogado acudió únicamente para notificarse en forma personal de la resolución acusatoria, que tampoco impugnó, y fue confirmada por el Tribunal Nacional, aunque el Procurador Judicial ya había detectado el vacío en la defensa técnica como causa generadora de nulidad.

En la etapa de la causa, que inició un Juez Regional de la ciudad de Cúcuta, la situación no mejoró. Seguía figurando como defensor oficioso el mismo profesional, por cierto residente en Bogotá, circunstancia que obstaculizó aún más el derecho fundamental de STELLA OSORIO RUEDA a que a la asistencia profesional del derecho.

Abierto el juicio a prueba, se seguía con la pretensión de que el abogado compareciera a notificarse, enviándole citaciones a la misma dirección de Bogotá, ignorando que ya había trasladado su oficina, por lo cual los telegramas eran devueltos. Ninguna prueba fue solicitada como acto material positivo de defensa en nombre de STELLA OSORIO RUEDA.

Cuando el proceso cambió de radicación hacia la ciudad de Bucaramanga, al detectar la ausencia de defensor, el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado designó al abogado Octavio Cadena Quijano, posesionado el 18 de agosto de 1999.

El nuevo defensor, ya extemporáneamente, con precarios memoriales manuscritos solicitó una experticia psiquiátrica a un coprocesado y la recaudación de dos testimonios. Aunque no se supo qué quería demostrar, ni se alcanza a entender si ese era un acto de postulación a favor de STELLA OSORIO RUEDA, a quien ni siquiera mencionó, el Juzgado no le dio respuesta alguna, y esos medios de prueba no se realizaron.

Recuérdese que el abogado Cadena Quijano fue removido de su cargo por abandonar la audiencia pública sin previa autorización. De modo que la única gestión de defensa material palpable fue la intervención de la abogada que finalmente se le designó, quien por demás, es una realidad- no se dio a la tarea de controvertir el material probatorio, sino que leyó un escrito con sus apreciaciones personales, que se incorporó al expediente.

En síntesis, desde la formulación de la denuncia, durante la indagación previa y en toda la etapa instructiva, la única gestión que realizó el abogado defensor fue notificarse personalmente de la resolución acusatoria; y luego, bien porque ninguna postulación se

hizo, o porque no merecieron respuesta en algún sentido, la otra manifestación de la defensa se cumplió en la audiencia pública de juzgamiento.

5. Es, según lo constatado, una realidad que ningún abogado asumió la misión que por mandato legal le correspondía, pues su pasividad así lo demuestra; y también se comprueba que los funcionarios judiciales que orientaron las diligencias durante la instrucción contribuyeron a socavar el derecho de defensa de la procesada, pues en la mayoría de las oportunidades, pese a que tomaron decisiones importantes, como definir la situación jurídica, practicar numerosas y diversas pruebas, cerrar la investigación y calificar el mérito del sumario, no se preocuparon por verificar que la defensa estuviera actuando de manera real, y que no se relegara a una figuración simplemente simbólica.

Es que, por mandato del artículo 147 del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, equivalente al artículo 136 del régimen vigente, el Fiscal instructor debía requerir al defensor de oficio para que “ ejerza o desempeñe ” dicho cargo, para lo cual podía conminarlo e inclusive imponerle multa.

6. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado en la normatividad nacional con Ley 74 de 1968), y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (adoptada con la Ley 16 de 1972), que integran el Bloque de Constitucionalidad, contienen preceptos normativos vinculantes expresamente destinados a impedir que los implicados en delitos queden abandonados al poder represor del Estado, sin defensa material y sin defensa técnica.

Tampoco el artículo 29 de la Carta, que consagra el derecho de defensa, tiene fisuras para tolerar que durante toda la etapa instructiva y durante todo el juzgamiento un procesado, como STELLA OSORIO RUEDA, carezca en forma rotunda de asistencia jurídica, lapso en el que se recaudaron los más importantes elementos probatorios, hasta el punto que nadie en su nombre solicitó pruebas, intervino en la práctica de las mismas, ni

impugnó cualquiera de las providencias interlocutorias.

Y si bien, uno de los abogados de oficio acudió para notificarse personalmente de la calificación del mérito sumarial, sin desplegar alguna gestión positiva en beneficio de STELLA OSORIO RUEDA, tal excepción lejos está de poder admitirse como una estrategia de defensa, o como un silencio razonable, pues ni siquiera existe constancia de que hubiese accedido a copia de las diligencias y, de verdad, una tal postura no se compadece con la seriedad de las imputaciones elevadas.

7. La afectación del derecho a la defensa continuó con semejantes características y se extendió a lo largo de toda la etapa instructiva; en las mismas circunstancias se produjo el cierre de la investigación y se calificó el sumario, sin que materialmente existiera un abogado que se interesara por nutrir el caudal probatorio, o por controvertir el alegado oficiosamente, o por impugnar cualquiera de esas decisiones; y en tales condiciones, la nulidad por violación al derecho a la defensa contaminó el juzgamiento, toda vez que esta fase sólo podía adelantarse bajo el presupuesto que la resolución de acusación se hubiese proferido al culminar la instrucción con plena observancia del debido proceso y de las garantías que lo integran, entre ellas, primordialmente, el derecho a la defensa técnica.

8. Al abordar el tema del derecho de defensa, en sentencia del 22 de septiembre de 1998, radicación 10.771 (M. P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll) la Sala indicó:

“Esta posibilidad de oposición y refutación de la pretensión punitiva del Estado debe ser real, continua y unitaria, características que se oponen a lo formal, lo temporal y lo soluble. No es, ni se trata, de llenar una exigencia de carácter normativo, sino de velar porque este derecho logre material y efectiva realización, obligación por cuyo cumplimiento debe propender el funcionario judicial encargado de la dirección del proceso.”

“El derecho a la defensa técnica o profesional es una prerrogativa intangible. El imputado no puede renunciar a ella, ni el Estado a su obligación de garantizarla. Si el procesado no quiere o no está en condiciones de designar un abogado que lo asista en el trámite procedimental, el órgano judicial tiene la obligación de proveérselo, y de estar atento a su desempeño, asegurándose que su gestión se cumpla dentro de los marcos de diligencia debida y ética profesional, propósito que por igual debe buscar en tratándose de abogados de confianza, designados a instancia del propio implicado.”

“No es que el órgano judicial pueda interferir en la estrategia defensiva del abogado; ni más faltaba. Mucho menos que pueda imponerle unos determinados derroteros a su gestión controversial. De lo que se trata es de evitar que el abandono de la gestión encomendada, entendida no como inactividad contenciosa, sino como ausencia absoluta de presencia procesal, desquicie la estructura básica del proceso.”

“En cumplimiento de su función el defensor puede, por su parte, ejercitar de manera amplia el derecho de contradicción mediante una activa controversia conceptual o probatoria, u optar por un silencio expectante dentro de los límites de la racionalidad, como estrategia defensiva, susceptible de ser determinada a través de actos procesales que permitan inequívocamente establecerla.”

“Esta maniobra de simple supervisión del trámite procedimental, caracterizada por la ausencia de actos positivos de gestión, debe diferenciarse cuando el defensor, además de renunciar a los actos de contradicción probatoria e impugnación, no hace presencia procesal alguna, ni asume posturas de las cuales pueda deducirse una mínima actividad vigilante”.

Y en sentencia de enero 20 de 1999, radicación 11.242, con ponencia de quien cumple la misma función, la Corte acotó:

“Desde la óptica procesal, los actos irregulares, por regla general, son susceptibles de

ser convalidados bajo ciertos condicionamientos, sin embargo, no es lo que ocurre con el derecho de defensa que constituye la excepción, en cuanto el legislador no admite que una transgresión de esa índole transcurra impunemente. Lo anterior significa que la única manera de subsanar la irregularidad sustancial denunciada y comprobada es retrotraer el proceso y reconstruirlo con la guía y cumplimiento de los principios constitucionales, desde el momento en que éstos resultaron quebrantados”.

9. Así las cosas, y como quiera que el derecho de defensa constituye la excepción al principio de convalidación de actos irregulares, solo resta subsanar la vulneración de esa garantía superior, invalidando todo lo actuado a partir de la vinculación de STELLA OSORIO RUEDA como persona ausente, para que se restaure la constitucionalidad y la legalidad. En ese sentido se casará el fallo impugnado.

Como lo expresó la Sala de Casación Penal, en la sentencia del 11 de diciembre de 2003 (M.P. Dr. Herman Galán Castellanos, radicación 12971) frente a un caso similar, “se dejan a salvo las pruebas recaudadas, las cuales, en cuanto se reponga la instrucción, bien pueden ser objeto de controversia por parte de la defensa.”

10. Acorde con la decisión a adoptar, la Sala se abstendrá, por sustracción de materia, de revisar la legalidad de la sentencia de segundo grado al tenor de los otros cargos formulados por el casacionista.

11. Como la nulidad abarca la calificación del mérito sumarial, se genera como consecuencia subsidiaria la necesidad de conceder libertad provisional a STELLA OSORIO RUEDA, toda vez que ha permanecido en reclusión física desde el 3 de abril de 2001, cuando fue capturada en la ciudad de Cartagena por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación.

Por manera que, desde ese día hasta la actualidad ha transcurrido un lapso a todas luces mayor que el contemplado en el numeral 4° del artículo 365 del Código de Procedimiento

Penal (Ley 600 de 2000), de confinamiento físico, sin que se hubiese calificado válidamente el mérito del sumario.

Lo anterior con la salvedad de que en caso de llegarse a saber que es requerida por otra autoridad judicial, será dejado a disposición de la misma.

12. La procesada STELLA OSORIO RUEDA deberá suscribir la diligencia de compromiso a que se refiere el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal, y adquiere la obligación de cumplir las obligaciones ahí impuestas, a riesgo de soportar las consecuencias legales en caso contrario.

El cumplimiento de tales las obligaciones se garantizará mediante caución prendaria en cuantía de un (01) salarios mínimo legal mensuales, valor que consulta su situación socioeconómica actual, dada su prolongada reclusión y que es responsable de la manutención de sus hijos. Será consignado a órdenes de la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario, y se aportará el título judicial, el recibo de pago, el comprobante de consignación, o su equivalente.

13. Para la notificación, recepción del título judicial, el recibo de pago, el comprobante de consignación, o su equivalente; la suscripción del acta de compromiso y la expedición de la boleta de libertad se comisionará al señor Presidente de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena, teniendo en cuenta que STELLA OSORIO RUEDA permanece recluida en la Cárcel de Mujeres de Cartagena “San Diego”.

En el evento en que la interna hubiese sido trasladada, el funcionario comisionado podrá desplegar las gestiones que fuesen necesarias, subcomisionar inclusive al Juez de mayor jerarquía del lugar donde se encontrare, con el fin de lograr la notificación.

14. Es claro que la casación del fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga es parcial, en

el sentido de declarar la nulidad de lo actuado exclusivamente con relación a STELLA OSORIO RUEDA, quedando en firme respecto de los otros implicados en todos los aspectos de la decisión de segunda instancia.

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

RESUELVE

1. Casar parcialmente fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga materia del recurso extraordinario, exclusivamente con relación a la procesada STELLA OSORIO RUEDA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
2. Decretar la nulidad de lo actuado, inclusive a partir de la resolución del dos (02) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996), a través de la cual la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, vinculó, mediante declaratoria de persona ausente a STELLA OSORIO RUEDA⁶.
3. Conceder libertad provisional al señor STELLA OSORIO RUEDA, identificad con cédula de ciudadanía No. 63.292.782 de Bucaramanga. No obstante, en caso de llegarse a conocer que es requerida por otra autoridad judicial, será dejada a disposición de la misma.
4. Antes de hacer efectivo el derecho concedido, la señora STELLA OSORIO RUEDA deberá constituir caución prendaria por valor de un (01) salario mínimo legal mensual vigente, que será consignado en el Banco Agrario a órdenes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga aportando el título respectivo o su equivalente; y suscribir la diligencia de compromiso a que se refiere el artículo 368 del Código Penal (Ley 600 de 2000).

5. Para la notificación, recepción del título judicial o su equivalente, suscripción del acta de compromiso y expedición de la boleta de libertad se comisiona al señor Presidente de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena, teniendo en cuenta que STELLA OSORIO RUEDA permanece reclusa en la Cárcel de Mujeres de Cartagena "San Diego".

Si la interna hubiese sido trasladada, el funcionario comisionado podrá desplegar las gestiones que fuesen necesarias, subcomisionar inclusive al Juez de mayor jerarquía del lugar donde se encontrare, con el fin de lograr la notificación.

6. Envíese copia de este proveído al Director de la Cárcel de Mujeres de Cartagena (San Isidro), para lo de su competencia.

7. Declarar en firme el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga proferido el veintiséis (26) de junio de dos mil uno (2001), en todos los aspectos, con relación a los procesados FELIPE GÓMEZ LOZANO, MIGUEL ANTONIO DURÁN CÁCERES y LUIS ERNESTO PRADA.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Impedido

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 En la investigación se verificó el homicidio de sesenta y cuatro personas plenamente identificadas, en diferentes episodios y circunstancias.(Folio 3 Cdno. 13).

2 LUIS FERNANDO LEÓN CÁCERES, laboraba como mecánico al servicio de ECOPETROL, falleció a consecuencia de heridas en cráneo por proyectil de arma de fuego. (Folio 1 anexo 12).

3 Sentencia del 2 de junio de 2000, folio 132 cdno. 17.

4 Homicidio agravado por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.

5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de octubre de 2002; M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Rad. 15323; en igual sentido, véanse, entre otras, sentencia del 16 de junio de 2002; M.P. Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón. Rad. 14525.

6 Folio 156 cdno. 11