

Proceso No 20614

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No.53

Bogotá, D.C., primero (1º) de junio de dos mil seis (2006).

VISTOS:

Decide la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto a nombre de JORGE ELIÉCER OSORIO MARULANDA, en contra de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2002, por el Tribunal Superior de Medellín, que confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Bello, mediante la cual se condenó a dicho procesado a la pena principal de 13 años y 6 meses de prisión, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la principal, como autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas para la defensa personal.

En el fallo de segundo grado se dispuso la expedición de copias para que se investigara a OSORIO MARULANDA por el delito de lesiones personales del que fue víctima William Mejía Pérez.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los primeros ocurrieron hacia las 7:00 de la noche del 11 de junio de 2000, en el municipio de Bello, específicamente en la cancha de fútbol ubicada al frente del hospital Los Alpes, sitio en el que se encontraba Johan Andrey Zapata Rivera observando un partido, mientras atendían por urgencias a María Gracia Gómez, su madre de crianza.

En dicho lugar, mientras se jugaba un partido de fútbol se desató un cruce de disparos entre dos sujetos que fueron señalados como alias Pingüino y Marulo, resultando gravemente lesionado Johan Andrey, quien de inmediato fue atendido en el hospital Los Alpes, de donde se remitió a la Policlínica municipal, en donde al día siguiente se le practicó un procedimiento quirúrgico a partir del cual permaneció inconsciente hasta el 18 del mismo mes y año, cuando falleció a causa de “CHOQUE NEUROGÉNICO POR HIPERTENSIÓN ENDOCRANEANA POR LACERACIÓN ENCEFÁLICA MÚLTIPLE PRODUCIDA CON PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO. Lesiones de naturaleza esencialmente mortal” (f. 37).

En los mismos hechos también resultó lesionado Wilmar Alexander Mejía Pérez.

Practicada la inspección al cadáver, y recogidos algunos testimonios de personas cercanas a la víctima, entre ellos el de Carlos Arturo Rodríguez Gómez, quien afirmó haber escuchado que lo ocurrido tenía como origen un enfrentamiento entre miembros de la banda “los pingüinos”, y que el autor de los disparos fue alias Marulo, quien más adelante fue identificado como JORGE ELIÉCER MARULANDA OSORIO identificado con la cédula de ciudadanía No. 71'216.102, en cuya residencia se llevó a cabo diligencia de allanamiento a petición del Cuerpo Técnico de Investigaciones, con resultados negativos; en resolución del 19 de julio de 2000 se dispuso abrir formalmente la investigación, al tiempo que se ordenó la captura del imputado.

Ante la imposibilidad de materializar la captura de JORGE ELIÉCER OSORIO MARULANDA, el 20 de julio de 2000 se fijó edicto emplazatorio, procediéndose el

siguiente 27 de febrero de 2001 a declararlo persona ausente y a designarle un defensor de oficio que se posesionó al día siguiente.

No obstante, y como quiera que el 2 de marzo del mismo año se hizo efectiva la captura de JORGE ELIÉCER OSORIO MARULANDA, el día 5 fue escuchado en indagatoria, diligencia en la que designó como su defensora a la doctora Janeth María Sierra Álvarez, quien suministró el número telefónico 2 317773 para su localización.

Así, la situación jurídica fue definida el 7 del mismo mes y año, con medida detentiva en contra del vinculado, en calidad de autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas para la defensa personal.

De tal determinación no se enteró personalmente la defensora contractual del sindicado, en razón a que no fue posible su ubicación para que compareciera al despacho, pese a que con tal fin se le envió telegrama (f.87). Asimismo, según constancia secretarial del 12 de marzo de 2001, se intentó comunicación telefónica con la doctora Janeth María Álvarez, siendo atendido el empleado de la Fiscalía por una señora de nombre Viviana, quien le manifestó, que dicha profesional no se encontraba allí, "... pero que le daría el mensaje para que se hiciera presente ante el este despacho, a fin de notificarse de la resolución que definió la situación jurídica de su defendido".

En sentido similar, se dejó constancia 14 de marzo, indicando que en tal oportunidad la llamada fue atendida por "... el señor Gabriel Antonio Macias, quien, al consultarle por la Dra. JANETH MARÍA", respondió que "ésta no tiene allí oficina, que de vez en cuando va por allí, pero que de esta llegar a ir, le informaría respecto a ésta llamada" (íb.)

Perfeccionado el ciclo instructivo, el 10 de mayo de 2001 se declaró su cierre, intentándose nuevamente la comparecencia personal de la abogada del sindicado, sin que se lograra.

En esta oportunidad, al folio 175 del expediente se dejó constancia fechada el 11 de mayo de 2001 en el sentido de que, establecida comunicación telefónica al abonado 2 317773, contestó "... la señora BIBIANA MARTÍNEZ, a quien se le solicitó por la Dra. JANETH MARÍA SIERRA ÁLVAREZ defensora dentro de la presente investigación, y respondió que hace más de dos meses que no va por ese despacho, que le habían comentado que esta señora se había ido para Estados Unidos".

Así, el siguiente 20 de junio de 2001 se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de JORGE ELIÉCER OSORIO MARULANDA, como autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas para la defensa personal. De esta decisión se remitió telegrama a la defensora del procesado, quien no compareció a notificarse personalmente.

En la etapa del juicio, ya en vigencia de la Ley 600 de 2000, se dispuso correr el traslado de que trata el artículo 400 para la preparación de las audiencias preparatoria y pública. Para enterar a la abogada del sindicato se envió telegrama (f.202). Sin embargo, en ese lapso OSORIO MARULANDA envió memorial en el que se quejaba de la falta de defensa, y de la forma como se llevó a cabo la investigación, esto es, porque se acopió prueba en su contra que no pudo contradecir, como ocurrió con la prueba técnica y los testigos de cargo. También, pidió algunas pruebas.

Vencido el término anterior, la abogada del sindicato allegó memorial manifestando que renunciaba formalmente al poder otorgado, por cuanto debía "abandonar el país por motivos de seguridad" (f. 213).

Enterado de la renuncia al mandato de su apoderada, OSORIO MARULANDA le confirió poder a otro abogado, quien asistió a la audiencia preparatoria. En esta diligencia el Fiscal solicitó como pruebas un reconocimiento en fila de personas con el testigo Carlos Arturo Rodríguez, y la declaración de Carlos Acevedo, de acuerdo a las citas que aparecían en el

informe del C.T.I..

Al procesado se le otorgó el uso de la palabra con el fin de que concretara las pretensiones de su memorial, pero como éste le cedió su turno a su defensor, dicho profesional expuso que solicitaba la declaratoria de nulidad por violación al derecho de defensa técnica durante la etapa de instrucción y porque no se corrió traslado de la prueba técnica allegada a la actuación.

Además, concretó la petición de pruebas en la ampliación de los testimonios de los agentes de la policía que intervinieron el día en que ocurrieron los hechos, y los de Juan Manuel García Arboleda, Diego León Restrepo Pérez para que indicara la ubicación del lesionado Wilmar Alexander Mejía Pérez, quien también debía comparecer a rendir testimonio, Lia del Carmen, Manuel, Diego Tobón, Hermes Quintero Durango Gómez, Adriana María Bohórquez Gómez, una inspección judicial al lugar de los hechos y la exhumación del cadáver.

El juzgado negó la petición de nulidad y la mayoría de las pruebas solicitadas, decretando únicamente el reconocimiento en fila de personas, y los testimonios de Wilmar Alexander Mejía Pérez y Carlos Acevedo. Ordenó igualmente, correr traslado de los dictámenes rendidos en el proceso.

La anterior decisión fue apelada por el defensor del procesado, y confirmada por el Tribunal Superior de Medellín en auto del 23 de noviembre de 2001.

Posteriormente, el abogado de OSORIO MARULANDA solicitó la ampliación y aclaración de los dictámenes periciales, lo cual le fue negado en auto del 14 de enero de 2002 (f. 284).

Contra la anterior decisión, el procesado y su defensor interpusieron recurso de apelación, que fue desatado el 14 de marzo del mismo año por el Tribunal Superior de

Medellín, en el sentido de confirmar el auto recurrido.

Finalmente se llevó a cabo la audiencia pública, y se dictó fallo de primer grado de carácter condenatorio, el cual al ser apelado por el defensor del sentenciado, recibió confirmación del Tribunal Superior de Medellín, en los términos precedentemente expuestos.

LA DEMANDA:

Por motivo de nulidad ataca el demandante el fallo de segundo grado, por afectación al derecho de defensa durante la fase de instrucción.

Para demostrar su afirmación, comienza por referir que en el traslado de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el sindicado JORGE ELIÉCER OSORIO MARULANDA expresó su desconcierto porque el proceso ya se encontraba en etapa de juicio, “sin que muchas actuaciones procesales le hubiesen sido advertidas”. Entonces, solicitó la nulidad de lo actuado poniendo de presente la desprotección en que se hallaba porque hasta ese momento no se le había comunicado si tenía defensor o no, y desde luego, ningún abogado lo había visitado, ni se había comunicado con sus familiares para informarle sobre el estado del proceso.

Sin embargo, en la audiencia preparatoria el Juez le dio al Fiscal la oportunidad para solicitar pruebas, pese a que no hizo petición en tal sentido durante el traslado pertinente; y acto seguido le pidió al procesado que expusiera argumentos adicionales sobre su pretensión de nulidad y las pruebas deprecadas, no obstante que dicha carga procesal ya estaba satisfecha en el escrito respectivo. Asimismo, el defensor insistió en la declaratoria de nulidad, pero el Juez la negó argumentando que el procesado sí tuvo abogado, y que, el hecho de no haber desarrollado ninguna actividad, no genera nulidad.

Interpuesto el recurso de apelación contra esa determinación, el Tribunal Superior de

Medellín, le impartió confirmación, bajo la consideración de que la abogada que asistió a OSORIO MARULANDA durante la instrucción solicitó copias del proceso y presentó memorial renunciando al poder.

Adujo también, que el sindicato debía cumplir con “el mismo rigor técnico para argumentar la solicitud de nulidad”, sin tener en cuenta que se trata de una persona joven con escasa escolaridad, y que aún así se dio a entender en el memorial petitorio al indicar las actuaciones que estimaba debió llevar a cabo su defensora en la fase de investigación, muchas de las cuales coincidían con las pruebas cuya práctica estaba pidiendo en el juicio.

En ese sentido, el procesado señaló que no se le había llamado a ampliar la indagatoria, ni se insistió en un reconocimiento en fila de personas, tampoco se procuró que notificarle o darle traslado de la prueba técnica, ni se controvertió la prueba testimonial de cargo, esto es, Carlos Arturo, Adriana María y Luis Enrique Rodríguez Gómez.

Expuso, igualmente que no se llevó a cabo una investigación integral, porque la acusación afirmó que hubo otros lesionados o posibles víctimas, pero sobre eso no avanzó la investigación, como tampoco lo hizo para explorar hipótesis distintas, y en ese orden, no se practicó una inspección al lugar de los hechos para constatar posiciones, distancias y condiciones de visibilidad.

Para el censor, ese acto de defensa material del sindicato, contenía los elementos suficientes para entender su petición desde el punto de vista sustancial para entenderlo como una nulidad, pues indicó claramente cuáles eran las falencias defensivas que observó, y en esa medida debieron concitar la atención del Juez y del Tribunal para constatar la veracidad de tales afirmaciones, pues si bien existen constancias procesales que indican que el sindicato tuvo primero un defensor de oficio y después una apoderada de confianza,

ésta no se volvió a presentar a la Fiscalía después de presentar una solicitud de copias, que lo hizo en marzo de 2001, haciéndolo únicamente para renunciar al poder, en septiembre del mismo año.

No se trató pues, de una estrategia defensiva, puesto que en la medida en que el tiempo transcurría “se surtieron aspectos sustanciales a la investigación de los que la defensora no se dio por enterada”. La Fiscalía resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a excarcelación, decisión de la que no se notificó la abogada contractual del sindicato, pues no atendió la citación que se le hizo mediante telegrama, y según la constancia secretarial pertinente, se llamó en varias oportunidades a su abonado telefónico, en donde se informó que la citada profesional no tenía allí su oficina, y que iba de vez en cuando, razón por la cual si llegare a presentarse le informarían del contenido de esa llamada.

Algo similar ocurrió con la notificación del cierre de la investigación. La abogada tampoco se presentó a enterarse personalmente de dicha decisión, y al respecto, se dejó constancia secretarial indicando que después de intentar comunicación telefónica, se respondió que la doctora Janeth María Sierra Álvarez hacía más de dos meses que no iba a esa oficina, y que al parecer se había ido para los Estados Unidos.

Asimismo, no se observa que a favor del sindicato su defensora presentara alegatos precalificatorios, ni que se hubiera notificado de la resolución de acusación.

En la etapa del juicio, a la defensora se le envió telegrama enterándola del traslado para la solicitud de pruebas, siendo únicamente el procesado quien hizo uso de él.

El 29 de agosto de 2001, cuando se adecuaba el procedimiento a lo dispuesto en la Ley 600 de 2000, señalándose fecha para la celebración de las audiencias pública y preparatoria, tampoco concurrió la defensora a notificarse, pese a que también se le envió telegrama con tal fin. Fue así, entonces, que el 10 de septiembre de ese mismo año, presentó

formalmente la renuncia al poder.

Todo indica entonces, que no hubo defensa técnica porque, como se anotó en la constancia secretarial reseñada la dra. Janeth María Sierra Álvarez se encontraba fuera del país, y que regresó cuando la investigación estaba concluída, y sólo para finiquitar algunos asuntos pendientes, como el de JORGE ELIÉCER.

Por ello, de acuerdo al principio según el cual no puede invocar la nulidad quien haya contribuido con su conducta a la ejecución del acto irregular, porque el procesado no tuvo injerencia alguna en los motivos de seguridad que obligaron a su defensora a ausentarse del país “(situación de la que se enteró hace muy poco), y menos, pudo saber a qué factores extraños obedecía la que consideró como una negligencia en el cumplimiento de la misión”, pues en todo caso, esa situación lo privó de oportunidades de defensa serias, claras y oportunas.

Lo anterior se corrobora, si se tiene en cuenta que en la etapa del juicio el Juez “no brindó ningún tipo de alternativas defensivas de las múltiples que insistentemente le propuso el suscrito, como su nuevo apoderado”; y al sindicado se le negó la petición de nulidad que elevó en la audiencia preparatoria por falta de defensa técnica, no le permitió la controversia del testimonio de Carlos Arturo Rodríguez, ni siquiera cuando en la diligencia de reconocimiento en fila de personas el defensor insistió en su confrontación.

Lo mismo ocurrió con las peticiones tendientes a la adición y corrección del dictamen técnico, todo lo cual se traduce en que el proceso se desarrolló sin permitir el ejercicio de la defensa técnica, pues a la postre la falta de abogada en la fase del sumario, se castigó en el juicio con las rotundas negativas del juez, quedándole como única alternativa el debate argumentativo.

Solicita, por tanto, se case el fallo recurrido y se declare la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA TERCERA DELEGADA EN LO PENAL:

La representante del Ministerio Público demanda la improsperidad de la censura, porque a su juicio, se reduce a una afirmación que el censor no desarrolla; y además, no resulta acertado sostener que al sindicado se le vulneró el derecho a la defensa técnica durante la etapa de instrucción.

Explica, entonces, que OSORIO MARULANDA se estaba investigando en ausencia, y que, por tal motivo en resolución del 27 de febrero de 2001 se le designó defensor de oficio. Sin embargo, como su captura se produjo 2 días después, el 5 de marzo se escuchó en indagatoria, acto en el que designó como su defensora a la doctora Yaneth María Sierra Álvarez.

Dicha abogada intervino en la declaración de Diego León Restrepo Pérez, testigo de descargo citado por JORGE ELIÉCER en la diligencia de indagatoria. Esta persona, manifestó que el día de los hechos se encontraban en Girardota, en una finca que les habían prestado.

Posteriormente, esto es, el 7 de marzo de 2001 la doctora Sierra Álvarez solicitó copias de la actuación, y más adelante, es decir, el 10 de septiembre del mismo año renunció al poder que le fuera otorgado, aduciendo motivos de seguridad, situación que de inmediato le fue puesta en conocimiento al procesado, quien le confirió poder al abogado que actúa en casación.

De esta manera, la poca actividad de la defensora no puede traducirse en afectación del derecho de defensa, porque esa irregularidad fue corregida por quien la sucedió.

Adicionalmente, en la etapa de la causa, el procesado intervino solicitando la nulidad de lo actuado por afectación a su derecho a defenderse, y la práctica de varias pruebas; y ante la renuncia de su defensora designó a otro profesional y solicitó copias del

proceso. Después, en la audiencia preparatoria, cuando la Juez le concedió el uso de la palabra para que precisara las peticiones de su memorial, dijo que le cedía el turno a su defensor, anotando que pretendía que “se investigue todo a fondo y que se haga justicia, que las pruebas las solicite mi defensor”, quien pidió fueran acogidas las peticiones de nulidad y pruebas, exponiendo los argumentos que las sustentaban.

De tal manera pues, que, independientemente de los resultados de la gestión, dicho profesional corrigió la irregularidad denunciada, y eso no significa que se hubiera obstaculizado el ejercicio defensivo, toda vez que el juzgador sustentó debidamente las decisiones que le negaron sus pretensiones.

En todo caso, tuvo amplias oportunidades para ejercer actos de defensa, y de ellos se valió para recurrir la negativa de la nulidad, el auto que le corrió traslado del dictamen de balística, el levantamiento del cadáver y la necropsia; después pidió la ampliación de tales dictámenes e interpuso recurso contra el auto que se lo negó; intervino en la audiencia pública y allí interrogó a William Alexander Mejía Pérez; después apeló la sentencia de primer grado y luego impugnó extraordinariamente la decisión de segundo grado.

No hubo así, desconocimiento al derecho de defensa, ni siquiera porque en la etapa instructiva no se corriera traslado de los dictámenes que el propio casacionista controvirtió en la etapa del juicio. Y las pruebas cuya práctica se negó no fueron solicitadas debidamente, pues el procesado no explicó su procedencia, ni dijo a cuáles testimonios se refería; y algo similar ocurrió con el escrito del defensor en relación con las declaraciones de los padres del occiso, respecto de los cuales apenas refirió que eran contradictorios.

Solicita, por tanto, no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES:

1. Comparte la Corte el concepto del Ministerio Público en cuanto a que en este asunto no se verifica la vulneración al derecho a la defensa técnica que alega el defensor del procesado como sustento de su pretensión casacional.
2. En efecto, abundante, reiterada y antigua, es ya la línea jurisprudencial trazada por esta Corporación en materia de derecho de defensa, entendida desde luego como base neural de la estructura del proceso. Así se concebía incluso desde la Constitución de 1886, cuando esta clase de irregularidades se asumían como nulidades de rango constitucional, y con mayor razón a partir de la entrada en vigencia de la Carta de 1991, en cuyo artículo 29 previó de manera expresa el derecho del sindicado “a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”.
3. Tal postulado constitucional, cuya fuerza normativa se constituye en un imperativo legitimante del ejercicio del poder punitivo del Estado, comprende los conceptos de defensa técnica (calificada e idónea) y la material (autodefensa), cuyo reconocimiento debe hacerse de manera continua e ininterrumpida, a fin de que se permita su concreción en su contenido material, desde el punto de vista, no sólo de la posibilidad de que la persona sindicada de un delito pueda comparecer personalmente al proceso y enfrentar los cargos que pesan en su contra, suministrando las explicaciones o justificaciones que considere pertinentes en su favor (defensa material), sino también ejerciendo actos positivos de oposición a las pruebas de las cuales se desprende su señalamiento como posible autor o partícipe de la comisión de un delito.
4. Por ello, de manera reiterada la jurisprudencia ha sido enfática en precisar que las violaciones al derecho a la defensa pueden tener en el proceso diversas manifestaciones, que necesariamente se traduzcan en un perjuicio sustancial a la situación de la persona investigada. En ese orden, bien pueden entenderse como tales la obstaculización por parte de los funcionarios judiciales de los actos de defensa

material o técnica, es decir, la negación de oportunidades de defensa dentro de los espacios y tiempos que la ley procesal establece para su ejercicio.

5. De igual manera, se desconoce el derecho a la defensa cuando el sindicado permanece durante el desarrollo de la actuación o parte importante de ella desprovisto de un abogado que se encargue de hacer valer sus derechos; o cuando, no obstante la designación formal de un profesional del derecho, contractual, de oficio o de la defensoría pública, su silencio frente al devenir procesal no puede entenderse como una estrategia defensiva, fincada en una actitud pasiva, discreta y vigilante, pues el ejercicio de la defensa, no necesariamente encuentra expresiones en actos materiales y positivos como la interposición de recursos, presentación de alegatos o el mismo contrainterrogatorio de los testigos, porque a veces resulta de mayor prudencia guardar silencio ante los vacíos y contradicciones que de su acopio van surgiendo.

6. En contraste, cuando la inactividad de la defensa, no puede explicarse de modo diverso al abandono, descuido o irresponsabilidad del abogado a quien se encomendó la guarda de los derechos del sindicado, reflejada en el desperdicio de reales oportunidades que implicaban una activa intervención del defensor, bien porque surgía del recaudo probatorio la necesidad de explorar hipótesis diversas a aquellas por las que se encausó la actuación, o resultaba necesario ahondar probatoriamente frente a hechos o circunstancias que pudieran contribuir a demostrar la inocencia del sindicado, o una circunstancia justificante del hecho, o aminorante de pena; e incluso, que frente a desaciertos fácticos o jurídicos de las decisiones de fondo se advirtiera claramente la necesidad de la intervención de alguien que, como el defensor, por sus conocimientos especializados, ejerciera los recursos de ley con el fin de obtener su corrección; es indudable que si así no ocurre, el efecto nocivo frente a la legalidad del proceso no se puede desconocer, y se impone entonces declarar la nulidad, pues los fines del Estado no pueden conseguirse a costa de los derechos y garantías a cuya protección está obligado no sólo por mandato constitucional y legal, sino a los que se ha comprometido

al adoptar en la legislación interna los diferentes instrumentos internacionales que consagran como una de las garantías judiciales de mayor relevancia el derecho a la defensa.

7. Lo anterior, desde luego, permite explicar la naturaleza, fines y alcances que desde el punto de vista procedimental cumplen las nulidades entendidas como una sanción, la más extrema, frente a una actuación cumplida sin el respeto de las garantías de los sujetos procesales o las bases de la instrucción y el Juzgamiento, pues con ello se procura que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de consolidarse el vicio que contaminó el resto del proceso y le negó efectos vinculantes a la decisión que le puso fin.

8. Confrontados los presupuestos en mención con lo ocurrido en el presente asunto, encuentra la Corte que la demanda se basa en una serie de especulaciones que, a no dudarlo, hace con esfuerzo el censor con el fin de cumplir con el requisito de trascendencia que rige las nulidades, sólo que con ello no logra más que abstracciones teóricas que no encontraron espacio que les permitiera aplicación material.

9. En efecto, no desconoce la Sala que durante el trámite de la instrucción la Fiscalía tuvo dificultades para notificar personalmente a la abogada contractual del sindicato, pues así lo indican las respectivas constancias secretariales. Es cierto que producida la captura de JORGE ELIÉCER OSORIO MARULANDA 2 días después de habersele declarado ausente, de inmediato se le vinculó mediante indagatoria, acto en el cual designó como su abogada a la doctora Janeth María Sierra Álvarez, a quien posteriormente no fue posible enterar personalmente de la resolución de situación jurídica, el cierre de la investigación y la resolución acusatoria.

10. En este sentido, conviene precisar, que contrario a lo sostenido por el demandante, la actuación de dicha profesional no se redujo a solicitar copias y a renunciar al poder en la etapa del juicio, pues en la misma fecha en que asistió en la indagatoria al sindicato,

intervino en el testimonio de William Alexander Mejía Pérez, regresando dos días después a pedir copias del proceso.

11. Asimismo, y si bien el silencio de dicha profesional y las razones por las que, según las constancias secretariales hubo dificultad para enterarla personalmente de los pronunciamientos de fondo emitidos en este asunto durante la fase de instrucción, pudieran en principio interpretarse como desatención de los intereses del procesado; lo cierto es, de un lado, que en el corto lapso de dos meses en que se adelantó la instrucción, no puede afirmarse categóricamente y menos con entidad suficiente para invalidar la actuación, pues lo cierto es que así no fuera esa oficina donde la doctora Janeth María Sierra Álvarez ejerciera su profesión, las personas que atendieron las llamadas de la Fiscalía admitieron que si era posible ubicarla allí, y que pese a su no concurrencia a notificarse personalmente de las distintas decisiones, sí estaba enterada del desarrollo del proceso. Por eso, cuando se encontraba en etapa del juicio, acudió al despacho correspondiente con el fin de presentar la renuncia al poder, debido a que abandonaría el país por razones de seguridad.

12. Pero además, y en esto falla por completo el argumento de la defensa, es que no logra concretar, como no pudo hacerlo en el juicio, cuáles hubieran sido las actuaciones que durante la fase de instrucción resultaban de forzosa ejecución o cuáles las pruebas que requerían imprescindiblemente de la intervención de la defensa, y mucho menos, qué otros elementos de juicio, o hipótesis investigativas, distintas a aquella por la que se orientó y finalmente se demostró en la instrucción, podrían haberse explorado, y que, por supuesto, emergían del contexto de lo acopiado.

13. En este sentido, no es admisible tampoco sostener que como casi todo lo que intentó como actividad defensiva en el juicio no tuvo éxito, no podría negarse que en este asunto resultó lesionado el derecho a la defensa del procesado, veamos por qué:

- Desde el mismo instante en que el procesado rindió indagatoria, acto de defensa material en el que éste pudo confrontar en forma directa las imputaciones que pesaban en su contra como autor del delito de homicidio y porte ilegal de armas, y las pruebas de las cuales emergía tal señalamiento, éste se opuso afirmando que para el día de los hechos se encontraba en una finca en Girardota en compañía de Hermes Quintero, Diego Tobón y Diego León Restrepo Pérez, la Fiscalía logró que en esa misma fecha, compareciera el último de los mencionados.

Ese mismo día también rindieron declaración Luis Enrique Rodríguez Gómez y Carlos Arturo Rodríguez Gómez, el testigo de cargo de mayor fuerza probatoria de acuerdo a las apreciaciones de los falladores de instancia.

-Posteriormente, esto es, el 7 de marzo de 2001 (f.74), la doctora Janeth María Sierra Álvarez, solicitó la expedición de copias de la actuación, las cuales le fueron entregadas ese mismo día en 71 folios, según constancia secretarial.

Lo anterior quiere decir, que para la fecha en que se recibió el testimonio a partir del cual se enderezó la investigación a establecer la participación de JORGE ELIÉCER OSORIO MARULANDA, la defensa estaba atenta del desarrollo de la actuación, pues se llevó a cabo el mismo día en que aquél fue vinculado mediante indagatoria, como se reseñó en precedencia. Es más, en las copias que solicitó la abogada, y que le fueron entregadas el mismo día, necesariamente debía encontrarse la de Carlos Arturo Rodríguez Gómez, razón de más para colegir razonablemente, habiendo tenido la doctora Sierra Álvarez conocimiento de toda la actuación procesal hasta entonces surtida, consideró, dada la contundencia de la prueba, esperar al debate en el juicio, fase en la que por problemas de seguridad no pudo intervenir, porque debió renunciar al poder para ausentarse del país por esas razones.

- A lo anterior, corresponde agregar, que pese al silencio de la abogada, todas las citas

del indagado fueron exploradas en la labor investigativa de la Fiscalía, pues en auto del 26 de marzo de 2001, se dispuso la práctica de todas las pruebas tendientes a corroborar las explicaciones dadas por OSORIO MARULANDA.

Entonces, se intentó ubicar a Diego Tobón y a Hermes Quintero, por intermedio de Diego León Restrepo (f. 91); pero como no comparecieron, de nuevo se procuró hacerlo a través de llamadas telefónicas (f. 96), logrando así, escuchar a Hermes Eyson Quintero Durango (f.101) y a Nelson Osorio Arango (f. 117).

Otro testigo, como, Horacio Vélez, no rindió testimonio por temor a “Marulo”. Así lo aseguró bajo juramento Enrique Rodríguez Gómez.

- Una vez obtenida la renuncia de la defensora del procesado, y encomendada la representación de sus intereses al abogado que hoy lo asiste en casación, se llevó a cabo la audiencia preparatoria, en la que, no obstante la vaguedad del escrito presentado por OSORIO MARULANDA durante el período para la preparación de dicha diligencia, pues contenía un listado de críticas a la actuación; el Juez le otorgó el uso de la palabra para que aclarara sus pretensiones, cediéndole éste el derecho a intervenir a su abogado (f.226), quien procedió a exponer los argumentos que permitían concretar una petición de nulidad y otra de pruebas.

-El Juez, se pronunció al respecto negando la nulidad y la mayoría de las pruebas. En este sentido, la afirmación del demandante, según la cual finalmente se desatendió el pedido de nulidad porque el procesado estaba en la obligación de argumentar correctamente no corresponde a la verdad de lo ocurrido. Tanto el Juez como el Tribunal, se negaron a invalidar la actuación por vicios de defensa porque no estaba comprobado, y así tampoco se advertía, que la poca actividad desplegada por la abogada durante el tiempo que ejerció el poder otorgado en la indagatoria hubiera privado de oportunidades de defensa a OSORIO MARULANDA.

Asimismo, se adujo que las quejas porque no se corrió traslado de los dictámenes recaudados en la instrucción, y la negativa de las pruebas solicitadas obedecía, en cuanto a lo primero, a que esa no es circunstancia invalidante del proceso por cuanto dicho traslado bien podía disponerse en el juicio, como en efecto lo ordenó el Juez de primer grado; y en relación a lo segundo, porque no se precisaron las contradicciones, o los motivos de procedencia y pertinencia de las pruebas solicitadas, falencia argumentativa que no se predicó del escrito del procesado, sino de la exposición hecha por el defensor en la audiencia preparatoria, y seguidamente en la sustentación del recurso de apelación.

- De igual manera, tampoco encuentra la Sala que la negativa del Juez a la solicitud de aclaración y ampliaciones de los dictámenes periciales, tuviera repercusiones desfavorables o privara injustamente de oportunidades de defensa al sindicado. Al respecto, en auto del 14 de enero de 2002 (f. 284), decisión que fue confirmada por el Tribunal, se aprecia que las razones por las cuales no se accedió a tales pretensiones, se encuentran ajustadas a derecho. Pretendía el abogado una ampliación del acta de levantamiento del cadáver. En relación con la necropsia y la historia clínica de la víctima, buscando comprobar si en las causas que determinaron la muerte de aquella tuvo alguna injerencia el tratamiento médico que recibió, cuando el procedimiento, según lo dijo el Tribunal, se encontraba claramente especificado y detallado en la necropsia. También, solicitó modificaciones y adiciones al dictamen de balística a partir de sus propias suposiciones.

14. Tampoco comporta irregularidad afectante de los derechos del procesado, que el Juez le hubiera concedido el uso de la palabra a la Fiscalía, pese a que durante el traslado para ello no había presentado solicitud de pruebas, pues si bien en estricto sentido, no podía dicho sujeto procesal hacer uso de un derecho del que no dispuso oportunamente como lo refiere el demandante, lo cierto es que las únicas pruebas que pidió y le fueron decretadas, fueron el reconocimiento en fila de personas con el testigo

Carlos Arturo Rodríguez, y el médico Carlos Acevedo. Sin embargo, en el memorial presentado por el sindicato, él mismo se quejaba porque “hasta el momento no he sido objeto de un reconocimiento en fila por parte de aquellas personas que crean sindicarme” (f. 205); es decir, que también constituía una de sus pretensiones, y efectivamente, dicha prueba se llevó a cabo con resultados positivos, es decir, OSORIO MARULANDA fue señalado por quien afirmó haberlo visto disparar, Carlos Arturo Rodríguez.

La declaración del médico Acevedo, finalmente no se practicó, pudiéndose colegir al respecto que no fue citado, ya que en la actuación no aparece constancia alguna que así lo indique.

15. Por último, no está de más, agregar que no es cierta la afirmación del demandante, en el sentido de que la investigación no avanzó en relación con la persona lesionada, pues desde la apertura de la investigación se dispusieron pruebas tendientes a establecer su identidad y su historia clínica, pudiéndose aclarar que se trataba de Wilmar Alexander Mejía Pérez, quien rindió testimonio en la audiencia pública.

Por todo lo expuesto, el cargo, entonces, no prospera.

Casación oficiosa

Como quiera que los hechos objeto de este proceso ocurrieron el 11 de junio de 2000, fecha para la cual se encontraba vigente el Decreto 100 de 1980, en cuyo artículo 44 (modificado por los artículos 28 de la Ley 40 de 1993 y 3º de la Ley 365 de 1997) establecía en 10 años el límite máximo de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y el fallo de primer grado fijó esta sanción por el mismo período de la principal, tasada en 13 años y 5 meses, obligado resulta para la Sala acudir a las facultades oficiosas que le confiere el artículo 216 de la Ley 600 de 2000 Razón, por cuanto con tal decisión, refrendada por el Ad Quem, se desconoció el principio de

favorabilidad.

En efecto, si bien desde el punto de vista de la pena restrictiva de la libertad resultaba de mayor beneficio al sentenciado la señalada en la Ley 599 de 2000 en lo concerniente a los ilícitos materia de la condena, no ocurría lo mismo con la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, cuyo límite máximo en dicha normatividad es superior al previsto en la normatividad derogada.

Por ello, lo que correspondía a la hora de determinar la duración de dicha sanción, era ponderar los efectos de una y otra, debiéndose necesariamente concluir que por ser inferior, es más favorable lo regulado sobre el tema en el Decreto 100 de 1980, que como se dijo, establecía para la interdicción de derechos y funciones públicas un límite máximo de 10 años.

Por lo anterior, la Corte casara oficiosa y parcialmente el fallo impugnado en el sentido de ajustar al máximo legal de 10 años, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

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

RESUELVE:

1. Desestimar la demanda.
2. Casar oficiosa y parcialmente el fallo recurrido en el sentido de ajustar a 10 años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.
3. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO
PÉREZ PINZÓN

ÁLVARO

ORLANDO

MARINA PULIDO DE BARÓN
QUINTERO MILANÉS

JORGE

LUIS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria