

Proceso n.º 32992

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 98.

Bogotá, D.C., siete de abril de dos mil diez.

V I S T O S

Examina la Corte en sede de casación, el fallo de segunda instancia que profiriera el Tribunal Superior de Cúcuta, fechado el 22 de abril de 2009, mediante el cual confirmó, con modificaciones en la sanción accesoria, la sentencia emitida el 15 de julio de 2008 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, condenando a JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, junto con Dennys Alexánder Sánchez Bastidas, a la pena de 36 años de prisión y multa en cuantía de 6.500 salarios mínimos legales mensuales, en calidad de coautores de los delitos de homicidio agravado, homicidio agravado en grado de tentativa y concierto para delinquir para conformar grupos armados al margen de la ley. Allí mismo se impuso a los procesados la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por periodo igual al de la sanción principal –aunque fue reducida a 20 años en el fallo de segunda instancia- y se negaron a los procesados los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria. De igual manera, se condenó a Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”, a la pena de 34 años de prisión, por los delitos de homicidio agravado y

tentativa de homicidio agravado, y se cesó procedimiento, por muerte, a favor de Carlos Castaño Gil.

HECHOS

Como quiera que por su condición de Defensor del Pueblo en el departamento de Norte de Santander, el Doctor Iván Villamizar Luciani, recibió serias amenazas de muerte de grupos paramilitares comandados por Fidel Castaño, el organismo decidió trasladarlo a la ciudad de Bogotá para proteger su vida.

Después de dos años estimó el funcionario que ya el riesgo había desaparecido y decidió regresar a la ciudad de Cúcuta, donde aceptó el cargo de Rector de la Universidad Libre.

Empero, al poco tiempo de su regreso, el 12 de febrero de 2001, a eso de las 8:10 de la noche, fue víctima de un atentado en lugar céntrico de la ciudad, cuando cerca de nueve hombres, quienes atravesaron un automotor en la vía, dispararon repetidamente sus armas contra el funcionario y sus escoltas, producto de lo cual perdió la vida el Doctor Villamizar Luciani.

Realizadas las respectivas investigaciones pudo conocerse que en el hecho intervino, además de Carlos Castaño Gil, Jorge Iván Laverde Zapata (alias “El Iguano”) y Dennys Alexander Sánchez Bastidas, JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, a la sazón vinculado a la Policía Nacional como patrullero y quien destinó el vehículo oficial para trasladar a los homicidas que resultaron lesionados en el hecho, a recibir atención médica oportuna.

DECURSO PROCESAL

El 26 de marzo de 2001, se abrió formal instrucción en contra de JHONNY MAURICIO

MUÑOZ OSORIO y Juan Ramón de las Aguas Ospino, disponiéndose librar la correspondiente orden de captura en su contra, a efectos de vincularlos mediante diligencia de indagatoria.

Como quiera que no fue posible capturar al procesado MUÑOZ OSORIO, el 1 de agosto de 2001, se le declaró persona ausente y se dispuso nombrar a su favor defensor de oficio.

Con posterioridad se ordenó vincular al proceso a los demás intervinientes en los hechos.

El 10 de enero de 2003, fue resuelta la situación jurídica de JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO y los demás vinculados al proceso, profiriéndose en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio excarcelatorio, por los delitos de concierto para delinquir, homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado.

El 18 de abril de 2005, fue cerrada la investigación. Consecuentemente, el 6 de julio de 2005, fue calificado el mérito de la instrucción, profiriéndose resolución de acusación en contra de Carlos Castaño Gil, JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, Jorge Iván Laverde Zapata y Dennys Alexánder Sánchez Bastidas; a su vez, se dispone la preclusión de la investigación a favor de Ana Jahaira Niño Barrera y Pedro Máximo Cuadrado Meza, por los delitos objeto de examen judicial, y de Jorge Iván Laverde Zapata, por la conducta punible de concierto para delinquir; por último, se decretó la nulidad parcial de lo actuado en el caso de William Estupiñán Acevedo.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el asunto le fue repartido, para adelantar la etapa del juicio, al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cúcuta, el 12 de septiembre de 2005.

El 6 de febrero de 2006, tuvo lugar la audiencia preparatoria.

La audiencia pública de juzgamiento se celebró el 22 de junio de 2006.

El 15 de julio de 2008, se profirió el fallo de primera instancia, apelado por el defensor de JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO.

El 22 de abril de 2009, fue emitida la sentencia de segunda instancia objeto del recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de MUÑOZ OSORIO.

El 18 de noviembre de 2009, la Sala verificó la adecuada fundamentación de la demanda y decidió admitir sólo el primero de los cargos que la componen, razón por la cual se corrió traslado del cargo en mención al Procurador Delegado, el 23 de noviembre de 2009.

El concepto emitido por el Ministerio Público, fue recibido el 16 de febrero de 2010.

LA DEMANDA

Cargo primero -Principal-

Al amparo de la causal tercera consagrada en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el impugnante acusa a la sentencia de haber sido dictada en un juicio afectado de nulidad, por vicios de garantía y de estructura.

1. Respecto de los segundos, estima el recurrente que se violó el debido proceso por las siguientes razones:

a) A pesar de que el procesado MUÑOZ OSORIO, se desempeñaba como agente de la Policía Nacional para el momento de los hechos, el 26 de marzo de 2001 se abrió la formal instrucción, ordenándose su captura, pero sólo fue declarado persona ausente el 1 de agosto de 2001, con lo cual se pasó por alto lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 356 del Decreto 2700 de 1991, vigente para esa época, en cuanto señalaba que después de 10 días de la expedición de la orden en cuestión, debía hacerse la declaratoria de persona

ausente.

Empero, apenas el 17 de agosto de 2001, se hizo la designación de la defensora de oficio, radicada en cabeza de la Dra. Zuly Amaya Pinto, sin que se le posesionara ni hicieran las admoniciones de ley, limitándose la Fiscalía a notificarle el contenido del auto que declara persona ausente al procesado. Esa profesional fue reemplazada, por otro abogado de oficio, durante la audiencia pública de juzgamiento.

Concluye, de lo anotado, el impugnante “es decir que jamás en este proceso puede concebirse que mi defendido JHONY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, contara con la asistencia de una defensa material y mucho menos técnica, con ello violándose el debido proceso”.

b) Las decisiones de fondo proferidas a partir de la definición de situación jurídica, incluida ella, nunca fueron notificadas personalmente. Al efecto, no se envió comunicación a la residencia conocida del procesado, ni a la de su defensora.

Luego de reseñar lo contenido en los artículos 176, 177, 178 y 396 de la Ley 600 de 2000, concluye el casacionista que se violó el debido proceso, dado que no se notificaron personalmente el cierre de investigación, la providencia que ordena practicar pruebas en el juicio y la que señaló la fecha de realización de la audiencia pública de juzgamiento.

Pero, con mayor acento se presentó la vulneración de derechos, agrega el censor, cuando, pese a existir norma específica que regula el punto, ni a su representado legal, ni a la defensora de entonces, se les notificó el contenido de la acusación, y se obvió designar defensor de oficio para el efecto.

Incluso, añade, tratándose, su defendido, de persona conocida que apenas fue desvinculada de la Policía Nacional mediante decisión de la Procuraduría General de la

Nación emitida el 11 de noviembre de 2004, nunca se le notificó la apertura de la investigación, no obstante obligarlo así el artículo 81 de la Ley 190 de 1995.

Entiende el recurrente que esas irregularidades destacadas constituyen auténticas vías de hecho, como lo define la Corte Constitucional.

Advierte el casacionista que de no haberse presentado las irregularidades en cita “otro hubiese sido el resultado final, donde la inocencia hubiese quedado demostrada”. En consecuencia, estima que debe declararse la nulidad de todo lo actuado desde que se abrió la instrucción, inclusive, dejando sin efecto también las pruebas practicadas “por falta de cumplimiento de los principios de publicidad y contradicción”.

2. Acerca de los vicios de garantía que presuntamente afectaron el trámite, en primer lugar reitera el recurrente que a pesar de su adscripción a la Policía Nacional, a su representado legal no se le notificó la existencia de la investigación, pasándose por alto lo exigido en el artículo 81 de la Ley 190 de 1995.

En segundo término, considera el impugnante que se violó el derecho de defensa del procesado, quien careció completamente de defensa técnica.

En desarrollo del tópico, repite el censor lo concerniente a que sólo se declarara persona ausente a su representado, meses después de haberse emitido la orden de captura en su contra, con lo cual permaneció sin defensor de oficio por amplio lapso, adelantándose la investigación a espaldas del procesado.

Junto con ello, agrega el casacionista, nunca se posesionó a la defensora designada, cuya única actuación consistió en notificarse del auto de declaratoria de persona ausente, en una total ausencia que representa abandono absoluto de sus labores. Incluso, cuando el asunto se remitió, para adelantar la fase del juicio, a la ciudad de Cúcuta, nada se hizo

por cambiar a la profesional del derecho, quien reside en la ciudad de Bogotá y por ello no podía atender a los intereses de su prohijado.

Cita el recurrente, de manera profusa, la jurisprudencia de la Corte en la cual se alude al derecho de defensa y su violación.

Por último, en lo que a la vulneración de los derechos de garantía compete, el censor reitera lo correspondiente a la ausencia de notificación personal de la resolución de acusación.

En punto de trascendencia de las irregularidades citadas, el impugnante advierte que se privó a su prohijado legal de la facultad de conocer la existencia del proceso penal seguido en su contra, controvertir la acusación y acudir a un defensor hábil que lo representase “afectándose enormemente la posibilidad de ser absuelto de los cargos”.

Depreca el recurrente, en conclusión, que dados los defectos de estructura y garantía, se decrete la nulidad desde la apertura de la instrucción, inclusive.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Después de relacionar los hechos, el decurso procesal y el contenido básico de lo discutido por el demandante, el representante del Ministerio Público hace una corta exposición de la naturaleza y fines del derecho de defensa, discriminando entre la defensa material y la técnica.

Respecto de la discusión puntual, destaca el Procurador, en primer lugar, que para el momento en el cual se emitió la orden de captura en contra de MUÑOZ OSORIO, éste ya había sido desvinculado de la institución policial, tal cual lo demuestra el extracto de hoja de vida enviado por la Secretaría General de la Policía Nacional.

Por ello, anota, se estima razonable la decisión de la Fiscalía de ordenar la captura del procesado para escucharlo en indagatoria, pues, así lo ameritaba el tipo de delito que se le atribuyó, menesteroso de medida de aseguramiento de detención preventiva, y el hecho que se desconocía su paradero.

Así mismo, releva el Delegado de la Procuraduría, que debe asumirse completamente legal la designación de la defensora de oficio una vez fue declarado persona ausente el acusado, en tanto, no se hacía necesaria la posesión de la profesional del derecho, quien con la simple asignación del cargo se encontraba habilitada para actuar en pro de los derechos de su asistido, como claramente lo disponían los artículos 142 y 147 del decreto 2700 de 1991, y hoy lo consagra el artículo 136 de la Ley 600 de 2000.

En similar sentido, aunque reconoce el Procurador que no se respetaron los términos, desde que se expidió la orden de captura, para proceder a la declaratoria de persona ausente, es indispensable considerar que la complejidad del asunto ameritaba dar espera a la búsqueda policial, a más que ninguna garantía se vulneró la procesado con la demora, dado que su situación jurídica se resolvió con posterioridad a esa declaratoria de ausente.

Ahora bien, en lo que constituye tópico central de la impugnación, advierte el representante del Ministerio Público que, en efecto, la profesional del derecho designada para atender los intereses del procesado JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, abandonó por completo su misión, lo que repercutió negativamente en el derecho de defensa técnica del acusado.

No considera el Procurador, que la omisión de la abogada represente algún tipo de estrategia defensiva, pues, jamás realizó actos de defensa o siquiera demostró actitud vigilante del proceso, nunca presentó excusas; tampoco los funcionarios encargados de adelantar el proceso la requirieron para que cumpliera su función, ni se le desplazó del

cargo. Jamás, de igual forma, se citó al procesado o a su defensora a las direcciones registradas en el expediente, para actos tan importantes como la resolución de situación jurídica, el cierre de investigación, la calificación del mérito del sumario, o los traslados de audiencias preparatoria y pública de juzgamiento.

Al efecto, añade, esa omisión de cita no puede ser suplida con la notificación por estados, como quiera que se pretermitió lo dispuesto por los artículos 179 y 396 de la Ley 600 de 2000, esto es, en tratándose de decisiones que ameritan notificación personal, citar a la dirección conocida a la defensa o el procesado.

Estima el Ministerio Público que la investigación se adelantó a espaldas del procesado, sin que pudiera controvertir lo adelantado en su contra, tanto dentro de la etapa instructiva, como en el juicio, pues siempre se citó a los demás defensores, pero no a la profesional del derecho designada a favor de MUÑOZ OSORIO, y ello sólo se remedió al comienzo de la audiencia pública, en donde se le nombró otro defensor de oficio.

Acorde con lo resumido en precedencia, solicita el Procurador que se case parcialmente la sentencia, en lo que respecta al procesado JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, para que se anule lo actuado desde la providencia que declaró cerrada la instrucción, inclusive.

De otro lado, pide el representante del Ministerio Público, que se case oficiosamente la sentencia, para efectos de que se aplique la ley más favorable a los condenados.

Ello, porque los hechos ocurrieron en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980, y allí se estipulaba un lapso máximo, para la sanción accesoria de interdicción en derechos y funciones públicas, de 10 años, no obstante lo cual se impuso a los procesados 20 años de inhabilitación, en seguimiento de lo que hoy consagra la Ley 599 de 2000.

En consecuencia, deprecia se rebaje a 10 años esa sanción accesoria de interdicción

de derechos y funciones públicas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El proceso penal, en cuanto facultad estatal para investigar los delitos y sancionar a sus responsables, implica necesariamente la afectación de caros derechos de la persona.

Pero, en contrapartida, la legitimidad de la actividad estatal parte del presupuesto ineludible de que a quien se encuentra sub iudice, sometido al poder constrictor de la justicia, se le garanticen mínimos presupuestos inherentes a la dignidad de la persona humana, en el entendido que un Estado social de derecho sólo puede legitimarse como tal cuando demuestra materialmente atendibles esas garantías del procesado.

En tal virtud, el artículo primero de la Carta Política, detalla que Colombia se halla fundada en el respeto de la dignidad humana.

Y más adelante, el artículo 29, para lo que compete al proceso penal, establece, en su inciso tercero:

“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

Ello, en consonancia con estándares internacionales, particularmente lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La primera de las normatividades en cita, consagra en su artículo 14:

“ 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.”

Por su parte, el artículo 8° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, referido a las garantías judiciales, estatuye:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

Esa exigencia constitucional y propia de los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, que representan el llamado bloque de

constitucionalidad, es reproducida, en lo que al derecho de defensa atañe, en el artículo 8° de la Ley 600 de 2000, vigente para tabular el caso examinado, como principio rector, de la siguiente manera:

“Defensa. En toda actuación se garantizará el derecho de defensa, la que deberá ser integral, ininterrumpida, técnica y material.

Nadie podrá ser incomunicado”.

Dotando de contenido la norma transcrita, la Sala ha precisado que la defensa técnica debe comportar tres características esenciales, a saber: que sea intangible, real o material y continúa o permanente:

“Intangible, en cuanto que el imputado no puede renunciar a ella, ni el Estado a su obligación de garantizarlo. Si quien es vinculado al proceso 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 la diligencia debida y la ética profesional.

“Permanente, porque por mandato constitucional (artículo 29) debe ser garantizado durante todo el proceso (investigación y juzgamiento), sin ninguna clase de limitaciones, y porque siendo condición esencial de validez de la actuación, no puede estar referido a solo un estadio de ella, ni convertirse en una prerrogativa opcional del trámite procesal, ni hacerse depender de las posibilidades de éxito de su ejercicio, atendida la mayor o menor contundencia de la prueba incriminatoria.

“Real, en cuanto que su ejercicio no puede entenderse garantizado por la sola circunstancia de contar nominalmente el imputado con un abogado defensor durante la investigación y el juzgamiento, sino que es necesario que se realice materialmente,

mediante actos positivos de gestión, o de actitudes vigilantes del acontecer procesal, susceptibles de ser constatadas a través de actuaciones objetivas”¹.

Por ello, la designación de un defensor de oficio para que asista al procesado durante el curso del proceso cuando aquél no provea a su defensa, no es suficiente. En tales eventos se hace necesario que el abogado a quien se encargue la función realice actividades tendientes a garantizar al procesado la oposición a los cargos que el Estado formula en su contra, o la reducción de su compromiso penal.

Desde luego que también de manera reiterada y pacífica ha dejado sentado la Sala cómo el sólo silencio o falta de actividad no representa vulneración al derecho de defensa, en tanto, el mismo puede corresponder a una estrategia válida, o es posible definir, por las características particulares del caso, que bien poco podía hacerse para mejorar la condición particular del vinculado penalmente.

Se trata de despejar, entonces, conforme las particularidades del caso concreto, si ese silencio o comportamiento pasivo puede determinarse objetivamente propio de la discrecionalidad profesional del defensor, o si se trata de un verdadero abandono de la tarea, en cuyo caso, huelga resaltar, ostensible asomaría la vulneración del derecho en cuestión, dentro de esos componentes de permanencia, materialidad e intangibilidad que arriba se destacaron.

Está claro, acorde con lo referido en precedencia, que el derecho de defensa en sus componentes material y técnico opera como verdadera garantía Constitucional, de imperioso respeto y obligada tutela judicial, al punto de exigir que se brinde al procesado de manera permanente e ininterrumpida.

De allí surge que si se advierte demostrada la vulneración efectiva del derecho, obligada resulta la anulación de los componentes procesales viciados, en tanto, no es posible restañar de otro modo el daño causado y es fácil advertir que a partir de esa violación,

otros tantos derechos valiosos, entre ellos el de contradicción y debido proceso, han sido también fracturados.

Ahora bien, en el caso concreto ostensible se evidencia la situación de orfandad defensiva del aquí procesado, que se mantuvo durante toda la fase de la instrucción y gran parte del período enjuiciatorio, pues, como se verificará en líneas subsecuentes, después de que se designó defensora de oficio a favor de JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, una vez declarado persona ausente, y hasta que se dio comienzo a la audiencia de juzgamiento, la defensora que nominalmente le fue designada para proveer su defensa técnica, no realizó actividad alguna orientada a ejercer el encargo de asesoría calificada que le fue encomendado, o siquiera a informarse de la suerte del proceso. Su gestión como abogada defensora se circunscribe a la notificación del auto de declaratoria de persona ausente.

A partir de allí ninguna noticia suya volvió a tenerse en el proceso.

Sobre el particular, la Sala estima de interés relacionar lo actuado en curso del proceso, dado que así fácilmente se verifica cómo se combinaron la omisión absoluta de la defensora con la falta de diligencia de los funcionarios judiciales, para generar la completa desprotección defensiva del procesado:

-El 26 de mayo de 2001, se decretó la apertura de la instrucción², en auto que determinó vincular mediante indagatoria a JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO y Ramón de las Aguas Ospino.

-El 26 de marzo de 2001, se libró orden de captura³ en contra de JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO.

-El uno de agosto de dos mil uno⁴, se declaró persona ausente a JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, significándose necesario designarle defensor de oficio.

-El 17 de agosto de 20015, se designa defensora de oficio del procesado, a la Doctora Zully Amaya Pinto. Ese mismo día la profesional del derecho se notifica del auto de declaratoria de persona ausente.

-El 10 de enero de 20036, se resuelve la situación jurídica de JHONNY MAURICIO MUÑOZ y otros procesados, imponiéndoseles medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio excarcelatorio, por los delitos de homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado.

-De folios 145 a 164 de cuaderno N° 11, aparecen los registros de telegramas enviados para citar, a efectos de que se notifiquen del auto en cuestión, a la parte civil, el Ministerio Público y el defensor de los otros procesados, diferentes de MUÑOZ OSORIO, pero nada igual se intentó con éste o su defensora. Aparece notificación personal del defensor de los otros vinculados al proceso y de la representación de la parte civil. El 17 de enero de 2003, se realizó la notificación por estados.

-El 8 de abril de 2005, fue cerrada la investigación7.

-En despacho comisorio librado por la fiscalía8, se dispone notificar del cierre al defensor de los otros procesados, uno de ellos detenido para ese momento, pero nada se dice de JHONNY MAURICIO MUÑOZ o su defensora.

-En el folio 45 del cuaderno 15, se registra telegrama enviado a la representación de la parte civil, dándole a conocer el cierre de la investigación. Al folio 46, la notificación personal del Ministerio Público; al 47 y 48, igual diligencia con uno de los procesados, detenido, y el defensor de otros de los vinculados, diferentes de MUÑOZ OSORIO; al folio 50, la notificación por estados.

Presentaron alegatos precalificatorios el Ministerio Público y la representación de la parte civil.

-El mérito del sumario fue calificado el 6 de julio de 2005.

-Del folio 123 al 130 del cuaderno N° 15, se registran los telegramas enviados al Ministerio Público, parte civil y defensores de otros de los procesados diferentes de JHONNY MAURICIO MUÑOZ, a efectos de que concurran a notificarse de la resolución de acusación, así como la notificación personal realizada al Procurador, el defensor Jorge Alberto González, y uno de los procesados, en detención preventiva.

-Al folio 136 del cuaderno N° 15, se halla la notificación por estados realizada el 26 de julio de 2005. En contra de la decisión no se interpusieron recursos.

-Ejecutoriada la resolución de acusación, el asunto le fue repartido al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cúcuta, que avocó conocimiento el 12 de septiembre de 2005.

-De esa asunción de conocimiento se enteró por telegrama a la representación de la parte civil, el defensor Jorge González Dulcey, el Procurador y la Fiscal asignada para el asunto⁹.

-Fijada la fecha inicial para la realización de la audiencia preparatoria, de ello se elaboró oficio para informar al Procurador, el abogado González Dulcey, la parte civil y la Fiscalía¹⁰.

-Aplazada la diligencia, se informó a los mismos sujetos procesales arriba mencionados¹¹.

-La audiencia preparatoria se realizó el 6 de febrero de 2006¹² y a ella concurrieron la Fiscal, la Procuradora y "...el doctor JORGE GONZALEZ DULCEY, defensor de los procesados ausentes".

-Modificada la fecha de realización de la audiencia pública de juzgamiento, del cambio se notificó a la Procuradora, el representante de la parte civil, la Fiscalía y defensores distintos a la profesional del derecho que asistía a MUÑOZ OSORIO¹³.

-A la audiencia pública de juzgamiento acudieron la Fiscal, la Procuradora, el representante de la parte civil y el defensor suplente del doctor Jorge Alberto González Dulcey, a quien, ante la ausencia de éste y de la defensora de JHONNY MAURICIO MUÑOZ, se le asignó la tarea de asistir a todos los procesados ausentes: “El despacho nombra como defensor de oficio al Doctor LUIS EUGENIO VILLAMIZAR PEÑARANDA defensor de los procesados CARLOS CASTAÑO GIL, JHONNY MAURICIO OSORIO y DENIS ALEXÁNDER SÁNCHEZ BASTIDAS, IVÁN LAVERDE ZAPATA”.

Cabe destacar que el profesional del derecho designado de oficio, en efecto presentó alegatos por todos sus asistidos, complementados por escrito, incluyendo a JHONNY MAURICIO MUÑOZ.

-El 28 de noviembre de 2007, en notaría, JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO otorgó poder para representarlo en el proceso al abogado Jorge Alirio Roa Romero, quien se posesionó de inmediato, recurrió el fallo condenatorio y después presentó la demanda de casación.

Así descrito el trasunto procesal, elemental surge advertir que el procesado sólo contó con defensa nominal, pero la profesional del derecho jamás hizo algo a favor de su representado legal, en total abandono que ni actitud vigilante comportó, pues, ni siquiera estuvo presta a asistir para conocer las decisiones que afectaban al acusado, interponer cualquier recurso o hacer solicitudes de algún tenor, particularmente, el probatorio.

Esa dejadez supera cualquier rango de habilitación profesional y por sí misma advierte del grado de vulneración efectiva que sobre el derecho de defensa se registro, en tanto, jamás puede decirse que en algún momento el procesado contó con abogado dispuesto

a atender sus intereses y tampoco se hace factible significar que la defensa material suplió la técnica, precisamente porque el procesado se hallaba huyendo y fue menester declararlo persona ausente.

A esa injustificable omisión contribuyó, cabe anotar, el descuido con el que la judicatura, en la fase instructiva y la enjuiciatoria, abordó el tema, evidente como se hace que nunca se citó a la profesional del derecho para efectos de que se notificara de decisiones cruciales y ni siquiera se preocuparon los funcionarios, ante la evidente dejadez de la profesional, por hacer uso de medidas coercitivas para demandar de la abogada cumplir su obligación.

Parece, conforme lo que contiene el expediente, que los funcionarios siempre dieron por sentado que JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, contaba con el mismo defensor de oficio designado después a otros de los declarados personas ausentes (entre ellos, Carlos Castaño y el alias El Iguano).

Ello explicaría que siempre se enviaran citaciones y telegramas a ese solo defensor, sin siquiera preocuparse por advertir la existencia de la otra abogada.

Incluso, en la audiencia preparatoria ello se hace patente, pues, ante la presencia del abogado Jorge González Dulcey, expresamente se acotó que este representa a los “procesados ausentes”.

Y algo similar ocurrió al comienzo de la audiencia pública de juzgamiento, como quiera que, dada la imposibilidad de asistencia del Dr. González Dulcey, se designó de oficio a su abogado suplente, para representar a todos los ausentes.

Ahora, carece de fundamento lo sostenido por el Tribunal en el fallo de segunda instancia, cuando, para determinar inexistente la violación al derecho de defensa desde allí alegada por el defensor convencional finalmente designado por el acusado,

significa que la resolución de acusación se notificó legalmente, por el camino supletorio del estado.

Desconoce el Ad quem que la Ley 600 de 2000, vigente para ese momento, consagra una forma especial de notificación personal obligatoria de la resolución de acusación, precisamente por virtud de la importancia trascendental que esa pieza procesal comporta.

En efecto, el artículo 396 de la normatividad en cita, estatuye:

“Notificación de la providencia calificatoria. La resolución de acusación se notificará personalmente así:

Al defensor y al procesado que estuviere en libertad, se les citará por el medio más eficaz a la última dirección conocida en el proceso, por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

Transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación sin que compareciere, se presentare excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio, con quien se continuará la actuación.

Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado.

Si la providencia acusatoria contiene acusación y preclusión se notificará en la forma prevista para la resolución de acusación, si fuere de preclusión se notificará como las demás decisiones interlocutorias.”

Inconcuso surge que de la resolución de acusación debe hacerse notificación personal ineludible al procesado o a su defensor y que para el efecto es menester proceder previamente a la citación de estos, llegándose al punto de obligar designación de defensor

de oficio, cuando el nombrado previamente no concurre.

En este caso, sobra anotar, no puede operar, respecto del defensor, la notificación supletoria por estado, como lo enuncia el Tribunal.

Lo que revela el proceso objetivamente es que JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, sólo contó con asistencia profesional durante la etapa de la instrucción el día en que compareció la abogada designada como defensora de oficio a notificarse de la declaratoria de persona ausente, y careció de ella durante el resto de la misma, hasta después inclusive de haber sido proferida la resolución de acusación, cuando el ejercicio de la función investigativa había llegado a su término y ya no era posible ningún tipo de controversia probatoria en dicho estadio del acontecer procesal.

Incluso, igual situación de abandono se dejó traslucir en la etapa del juicio, dado que apenas en curso de la audiencia pública de juzgamiento se nombró a un abogado que pudiera atender sus intereses.

Esta situación, desde luego, no convalida la ausencia de asesoría calificada que se presentó durante todo el trámite procesal. De una parte, porque por mandato constitucional el derecho a gozar de una defensa técnica debe ser garantizado en las dos etapas del proceso (investigación y juzgamiento), y de otra, porque se trata de una prerrogativa de carácter absoluto e intangible, condiciones que hacen que el procesado no pueda renunciar a ella, ni el Estado a su obligación de garantizarla.

Cuando se ha detectado objetivo e inconcuso el vicio de garantía que determina al procesado huérfano de protección legal durante la gran mayoría del trámite, bien poco puede representar alegar que las pruebas definen su ineludible compromiso penal, en tanto, esa asistencia letrada implica un piélago de posibilidades imposibles de reducir a la simple manifestación de la prueba y sus efectos.

La administración de justicia, enmarcada dentro del modelo de Estado democrático y social de derecho, debe avenirse también al cumplimiento de los fines que le son esenciales a ese Estado, según el artículo 2º de la Carta, especialmente el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, por manera que quienes están investidos de la potestad de administrar justicia, son, por sobre cualquier cosa, garantes de esos derechos, principios y deberes.

Inadmisible resulta, por tanto, que los servidores judiciales hayan obviado el cumplimiento de su deber más elemental: rodear de todas las garantías a quien enfrenta un proceso penal, sin importar que esté presente o ausente, porque, como se dijo, el bastión de la legitimidad de las actuaciones es precisamente ese.

Por lo tanto, ante la evidente irregularidad que se traduce en el ostensible conculcamiento del derecho a la defensa del procesado JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, la Corte casará la sentencia demandada y decretará la nulidad de la actuación a partir, inclusive, de la resolución fechada el 8 de abril de 2005, por medio de la cual se declaró cerrada la instrucción, por presentarse la causal prevista en el artículo 306-3 del Código de Procedimiento Penal que rige el caso, a fin de que se restauren las oportunidades de defensa debidas al procesado.

En este punto, concuerda la Sala con el Procurador, en que el daño causado se restaña adecuadamente con regresar el trámite a la fase instructiva, pues, así se garantiza suficientemente el derecho de defensa, facultando que el defensor del procesado plantee las controversias procesales y argumentativas que estime necesarias y posibilitándole presentar alegatos precalificatorios.

No se decretará, como lo pide el recurrente en casación, la nulidad de las pruebas recogidas durante el proceso, de un lado, porque la facultad de contradicción, como se anotó en el párrafo anterior, permanece incólume, y del otro, porque el demandante

nunca especificó por qué esa práctica probatoria, en sí misma, atenta contra derechos o garantías de su asistido legal.

De otro lado, como el impugnante sostuvo en su escrito que se violaron también derechos del acusado en razón a que discurrió más tiempo del legal entre el momento en que se ordenó su captura y la declaratoria de persona ausente, a más de que estima ilegal que no se posesionase la defensora a él asignada, la Corte debe hacer algunas breves precisiones.

Lo primero, atiende a la intrascendencia de lo propuesto por el casacionista, pues, el solo hecho de que no se declarara persona ausente al procesado luego de discurrir el plazo establecido por la ley para el efecto, no comporta afectación de derecho alguno, diferente de la simple irregularidad temporal.

Y si el casacionista estima que en ese lapso se adelantaron actuaciones o practicaron pruebas que debieron ser controvertidas por el defensor de oficio que eventualmente fuese designado, lo menos que debió precisar, para verificar la trascendencia de la crítica, es la prueba o actuación procesal concreta en la que radica el presunto daño y cómo se materializó el mismo.

Como nada de eso se indicó, y la verificación efectuada por la Sala permite apreciar que en ese lapso nada de trascendencia para la suerte penal del procesado JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, se desarrolló, es necesario desestimar, por su absoluta intrascendencia, el tópico tratado por el demandante.

Algo similar cabe predicar de la manifestación realizada en torno de la ausencia de posesión de la defensora de oficio designada por la Fiscalía una vez se declaró persona ausente al procesado, como quiera que, así claramente lo hizo ver el Procurador en su concepto, tanto en el procedimiento regido por el Decreto 2700 de 1991, vigente para el momento de los hechos, como en el trámite regulado por la Ley 600 de 2000, plenamente

operativo para cuando se nombró a la profesional del derecho, bastaba para la plena asunción del encargo legal, con la designación del abogado, sin que su posesión emergiera trascendente para el efecto.

Así se desprende de lo consignado en los artículos 142 y 147 del Decreto 2700 de 1991, y el artículo 136 de la Ley 600 de 2000.

Agrega la Sala que precisamente esa designación de oficio tuvo plenos efectos materiales cuando la profesional del derecho, consciente del encargo y completamente vinculada con él en ese momento, se ocupó de notificarse personalmente de la decisión que declaraba persona ausente a su representado legal.

No puede soslayar la Sala la manifestación realizada por el demandante, significando que su defendido no fue citado adecuadamente, previo a la declaratoria de persona ausente, a pesar de hallarse vinculado a la Policía Nacional.

Sobre ese particular, es necesario precisar que las autoridades hicieron lo necesario para capturar al procesado, o cuando menos enterarlo de que se le requería.

Sucede, sin embargo, que para el momento en el cual se decidió vincularlo al proceso, él ya no se desempeñaba al servicio de la Policía Nacional, así que mal podría la Fiscalía acudir allí para obtener su comparecencia.

Claramente se colige ello del extracto de hoja de vida del procesado¹⁴, donde se detalla que JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, fue retirado de la institución policial el 23 de febrero de 2001.

Recuérdese que la orden de captura fue expedida el 26 de marzo de 2001, y que la declaratoria de persona ausente operó el 1 de agosto de 2001.

Por lo demás, al folio 286 del cuaderno N° 3, aparece constancia suscrita el 16 de abril de 2001, advirtiendo que ha sido infructuosa la captura de MUÑOZ OSORIO, pues se le buscó en todas las posibles direcciones, sin que se le encontrase en ninguna y se determinó que la ubicación reseñada por él ante el organismo policial corresponde a otro agente.

No se discute, por lo anotado, que se hizo todo lo posible por hallar al procesado y que, además, para el momento de expedirse la captura ya no se hallaba vinculado a la Policía Nacional.

DE LA CASACIÓN OFICIOSA

Aunque la Sala debe decretar la nulidad parcial de lo actuado, en lo que corresponde a JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO, no puede obviar considerar cómo, en lo que respecta a los otros condenados, cuyo fallo permanecerá incólume, se presentó ostensible vulneración al principio de legalidad de las penas, que demanda de la consecuente reparación, acorde con lo argumentado por el Procurador.

En efecto, se lee en la parte resolutive del fallo que, además de JHONNY MAURICIO MUÑOZ, a JORGE IVÁN ZAPATA LAVERDE, se le condenó a la pena de prisión de 34 años; y a DENNYS ALEXÁNDER SÁNCHEZ BASTIDAS, a pena corporal de 36 años de prisión.

A renglón seguido, se dispuso para todos la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un “lapso de tiempo igual a la pena privativa de la libertad”.

El fallo de segunda instancia decidió rebajar esa sanción accesoria a 20 años, en seguimiento de lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley 600 de 2000.

Empero, sucede que los hechos ocurrieron el 12 de febrero de 2001, vale decir, en

vigencia del Decreto Ley 100 de 1980.

Esa normatividad consagraba en su artículo 44, modificado por el artículo 3° de la Ley 365 de 1997, que la sanción accesoria de interdicción en derechos y funciones públicas, asciende “hasta diez (10) años”.

En aplicación adecuada del principio de favorabilidad, habrá de reducirse la pena en cuestión hasta el límite de diez años, en lo que respecta a los condenados JORGE IVÁN ZAPATA LAVERDE y DENNYS ALEXÁNDER SÁNCHEZ BASTIDAS.

Ningún pronunciamiento es dable realizar respecto del efecto de la nulidad en la libertad del procesado, evidente como se hace que a pesar de la orden de captura impartida en su contra, nunca ha sido aprehendido para que responda por la investigación que se le sigue.

Por último, vistas las consecuencias de la evidente negligencia de los funcionarios judiciales, quienes obviaron cumplir con el cometido básico de garantizar adecuada defensa al procesado, la Sala estima necesario expedir copias de las piezas procesales pertinentes, a efectos de que se investigue penal y disciplinariamente al fiscal instructor del caso, al Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Cúcuta y al Agente del Ministerio Público que intervino en el decurso procesal.

Así mismo, el ostensible incumplimiento de los deberes que abriga la actuación de la defensora de oficio asignada al acusado una vez se le declaró persona ausente, doctora Zully Amaya Pinto, obliga también el correspondiente trámite disciplinario, razón por la cual se oficiará para lo pertinente a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca.

Comoquiera que se conoce de la vinculación del procesado JORGE IVÁN ZAPATA LAVERDE a los trámite propios de la Ley de Justicia y Paz, estima necesario la Sala enviar copia

del fallo a esa jurisdicción, para efectos de que se examine si lo decidido aquí incide en los beneficios que el trámite en cuestión apareja para el procesado.

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.- CASAR parcialmente la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en relación con el cargo único propuesto a favor del procesado JHONNY MAURICIO MUÑOZ OSORIO.

En consecuencia, declarar la nulidad de lo actuado, ÚNICAMENTE EN LO QUE RESPECTA A ESTE PROCESADO, a partir, inclusive, del auto que decretó el cierre de la instrucción, para efectos de que se rehaga la actuación dentro de los lineamientos de respeto a derechos y garantías fundamentales, señalados en la parte motiva de esta decisión.

2.- CASAR DE OFICIO la sentencia emitida en contra de JORGE IVÁN ZAPATA LAVERDE y DENNYS ALEXÁNDER SÁNCHEZ BASTIDAS, para AJUSTAR la sanción accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, en un término de DIEZ (10) AÑOS.

3.- En lo demás el fallo se mantiene incólume.

4.- Expídanse por parte de la Secretaría de la Sala de Casación Penal las copias relacionadas en la parte motiva, a efectos de que se investigue penal y disciplinariamente al Fiscal instructor, al señor Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Cúcuta y al Agente del Ministerio Público que intervino en el proceso; y disciplinariamente a la abogada defensora, doctora Zully Amaya Pinto.

5.- Envíese copia de la sentencia a la jurisdicción de Justicia y Paz, para los efectos señalados en la parte motiva.

Por la Secretaría de la Sala, líbrense las comunicaciones a que haya lugar.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencias de casación de 22 de septiembre de 1998 y 22 de octubre de 1999, entre otras.

2 Folio 53 del cuaderno N° 3

3 Folio 78 del cuaderno N° 3

4 Folio 272 del cuaderno N° 5

5 Folio 290 del cuaderno N° 5

6 Folios 130 y s.s. del cuaderno N° 11

7 Folio 4 del cuaderno N° 15

8 Folio 44 del cuaderno N° 15

9 Folios 7, 8, 9, 10 y 11 del cuaderno N° 16

10 Folios 15, 16, 17, 18 y 19 del cuaderno N° 16

11 Folios 30 a 34, cuaderno N° 16

12 Folios 37, cuaderno N° 16

13 Folios 155 a 161, cuaderno N° 16

14 Folios 95 del Cuaderno N° 11