



Bogotá D.C., 22 de julio de 2020

Señores
Magistrado Sala de Casación Penal
Corte Suprema de Justicia
Ciudad

Referencia: **Casación 55298**
Delito: **Homicidio agravado, porte ilegal de armas y lesiones personales**
Procesado: **Darwin Antonio Medina Rojas**
Asunto: **Alegato de no recurrente**

Mediante Resolución nro. 018 del 12 de marzo de 2020 (la que se adjunta), al suscrito le ha sido asignado por el Coordinador de la Unidad, el presente asunto.

Dentro del término otorgado, concuro en mi condición de no recurrente, a presentar las alegaciones que considero en derecho corresponden, frente a la demanda de casación presentada por la defensa del señor **Darwin Antonio Medina Rojas**, condenado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Simití, Bolívar, el 22 de noviembre de 2017, como autor de los delitos de homicidio agravado, porte ilegal de armas y lesiones personales; la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Cartagena, mediante decisión proferida el 16 de noviembre de 2018.

Los hechos fueron condensados en la sentencia de segunda instancia, así:

“Desde las 6 de la tarde del 18 de junio de 2015, los señores Armando Guerrero Ortega, Didier Herney Vacca y Víctor Alfonso Hernández Lozano, se encontraban libando copas en un taller de mecánica de propiedad del primero de los nombrados, ubicado en el barrio San Isidro del municipio de Santa Rosa del Sur-Bolívar, lugar hasta donde llegó, a eso de las nueve de la noche, el señor Darwin Medina Rojas, quien era amigo tanto de Armando como de Didier.

Siendo aproximadamente las doce de la noche los integrantes del regodeo acordaron hacer un aporte para la compra de licor y comida. Para ello el señor Darwin Medina ofreció entregar un billete de 10 mil pesos el cual se partió cuando Armando Guerrero lo haló de sus manos. Como seguidamente Armando



terminó de romper el billete y le prometió devolverle otro de igual denominación, al tiempo que ofrecía asumir todo el gasto, tal circunstancia ofendió a Darwin, quien rabioso insistió una y otra vez que no toleraba esa clase de humillaciones.

Luego de una corta discusión, que aparentemente terminó en buenos términos, el señor Darwin se fue del lugar regresando unos 10 minutos después en una motocicleta de la cual se bajó con un revolver en su mano, el cual inmediatamente accionó contra Armando, a quien le propinó un disparo en la región infra clavicular. Al percatarse de la situación el señor Víctor Hernández, se lanzó contra al agresor de quien, luego de un forcejeo, recibió un disparo en su mano derecha.

El señor Darwin huyó del lugar, dejando allí tanto la motocicleta en la que llegó como el revolver utilizado en el lance. Los heridos fueron remitidos al hospital de Simití, donde horas más tarde fallecería Armando.”

Los cargos de la demanda

1. El primer cargo propuesto como principal, lo hace consistir en la vulneración del derecho de defensa técnica.

Con base en la premisa antecedente, demanda la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, por considerar que desde ese momento se presentó la vulneración alegada; de manera que, se impone como exordio de la posición que asumirá esta Delegada, señalar el cumplimiento de los principios que orientan la declaratoria de una nulidad, como *ultima ratio* en el proceso penal.

El derecho de defensa, como pilar del debido proceso, se encuentra amparado en la Constitución Política¹ y en las normas de derecho internacional²; en tal sentido, constituye una garantía³ del adecuado desarrollo del proceso penal, cuyo desconocimiento constituye una causal de nulidad, al tenor de lo normado en el artículo 457 CPP. de la ley 906 de 2004.

Respecto a los principios que orientan las nulidades en el proceso penal, la Sala de Casación Penal, en forma reiterativa, los ha sintetizado de la siguiente forma:

¹ Artículo 29 de la CN.

² Artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; entre otros.

³ Artículo 8º de la ley 906 de 2004.

“...la jurisprudencia ha señalado que solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley –principio de taxatividad-; no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidante –principio de protección-; aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales, salvo los casos de ausencia de defensa técnica o falta de competencia cuando esta no es prorrogable, –principio de convalidación-; **quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento –principio de trascendencia-; no se anulará un acto cuando cumpla la finalidad para la que estaba destinado, pues lo importante no es que se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, dado que las formas no son un fin en sí mismas, siempre que no haya transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso –instrumentalidad- y; sólo tiene lugar la anulación cuando no existe manera de subsanar el yerro procesal –residualidad-**

De modo que en sede de casación, no basta solamente con invocar la existencia de un motivo de invalidación de lo actuado, sino que es carga del demandante precisar el tipo de irregularidad que alega, demostrar su existencia, acreditar cómo su configuración comporta un vicio de garantía o de estructura, **y la trascendencia del error para afectar la validez del fallo cuestionado.**”⁴

Así, a la luz de estos lineamientos, cotejaremos los argumentos expuestos por la defensa, frente a la realidad que se desprende del desarrollo de las audiencias que antecedieron a la sentencia condenatoria impugnada, en las que, en sentir del recurrente, se presentó el quebranto al derecho de defensa del acusado; para de allí derivar la solicitud que realizará esta Delegada. Seguiremos el orden propuesto por el recurrente.

1.1. La indagación preliminar, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento; en las que, acusa el censor, existió total pasividad por quien encabezó la defensa del procesado, para aquel entonces; lo que le impidió acceder a los beneficios propios de la justicia premial o trazar una adecuada estrategia defensiva, capaz de contrarrestar el cúmulo de elementos de prueba con que contaba el ente acusador.

La argumentación así ofrecida, no cumple con la exigencia de acreditar la irregularidad sustancial, sobre todo en lo que hace relación con el principio de

⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 29 de mayo de 2019, radicado nro. 49775.

trascendencia; en tanto no demuestra como un accionar diferente hubiese podido incidir en la declaratoria de responsabilidad y/o como pudieron afectarse las garantías constitucionales al procesado, por cuanto, cuando llegaron las oportunidades para así proceder, se le preguntó si aceptaba los cargos y nunca mostró alguna intención en esa dirección o siquiera inclinación en ese sentido; además, dichas audiencias cumplieron la finalidad propia de la dinámica del sistema acusatorio, atendiendo el postulado de la instrumentalidad, cual era informar al procesado los cargos formulados por la fiscalía y su posterior afectación con una medida de aseguramiento, en las que no se discuten los hechos, ni se debaten los elementos probatorios que fundamentan la imputación; por lo demás, situaciones extraprocesales, como la definición de una estrategia defensiva, o decisiones íntimamente ligadas a la decisión del imputado como la aceptación de cargos o acudir a mecanismos de terminación anticipada del proceso, que en sentir del censor, no pudieron materializarse por la actuación negligente de quien los precedió, son aspectos que van al campo de la especulación; de hecho, insuficientes para soportar en ellos una sanción extrema como lo es la nulidad procesal.

1.2. Audiencia preparatoria. El recurrente hace ligera referencia a la audiencia de acusación, sin indicar la existencia de actuación que considere anómala. Respecto a la audiencia preparatoria aseveró que el juez cambió el orden establecido en la norma, para su cabal desarrollo, y en esta forma, omitió solicitar a la defensa el descubrimiento de sus elementos probatorios, dando lugar a explicaciones de porque no se interrogaría al procesado sobre la aceptación de cargos, por inasistencia voluntaria a la audiencia.

Adicionalmente, reprocha el actuar de su predecesor, por cuanto, guardó silencio frente a la solicitud de pruebas de la defensa, a pesar que, en la audiencia de acusación, ofreció el descubrimiento correspondiente y cuando se le dio el uso de la palabra para tal fin, se limitó a indicar que contrainterrogaría a los testigos para demostrar la inocencia de su defendido; afirma también, que nunca se observó estrategia dirigida a derruir la teoría del caso de la fiscalía, como cuando entró a estipular elementos de prueba, sin

conocer las solicitudes probatorias, o cuando, desconociendo la técnica para la introducción de pruebas, aportó una declaración jurada, según el acta de la audiencia.

Pues bien, el examen de la audiencia preparatoria llevada a cabo el 10 de agosto de 2015, permite inferir que la parte recurrente no indicó con la precisión requerida, de conformidad al principio de trascendencia, cuáles fueron las irregularidades sustanciales que quebrantaron el derecho de defensa del procesado, toda vez que se limitó a indicar aspectos que, en su sentir, no correspondían a las formalidades de esta clase de audiencias; empero, al apreciar el decurso de la misma, se concluye que se observaron las etapas señaladas por el artículo 356 del CPP, si bien, no en el estricto orden allí determinado, si las abarcó todas, de manera que no es posible pregonar quebranto de alguna garantía procesal en cabeza del acusado; ni el censor, intenta siquiera demostrar.

En efecto, la audiencia, en su primer segmento, se orientó al reconocimiento de la víctima y, en ese interregno, fue que el fiscal aportó al juzgado de conocimiento una declaración jurada de la señora Leidy Lorena Martínez⁵, en la que como prueba extraproceso, dio fe de la unión marital que existía entre el occiso y quien fue reconocida como víctima; luego de ello, el juez preguntó al defensor si tenía alguna observación frente al descubrimiento probatorio de la fiscalía, a lo que éste indicó que no⁶; acto seguido, el Juez hizo referencia expresa a la renuncia que presentó el acusado a comparecer a esta audiencia y que, por tanto, no se le podría interrogar acerca de la aceptación o no de los cargos formulados⁷.

A continuación, como aspecto importante, se aprecia que el director de la audiencia instó a las partes, fiscal y defensa, para que procedieran a enunciar y sustentar las pruebas para el juicio⁸; instante en el que el fiscal solicitó el uso de la palabra para proceder a realizar las estipulaciones probatorias con la

⁵ Minuto 13:45 de la audiencia preparatoria.

⁶ Minuto 19:50 de la audiencia preparatoria.

⁷ Minuto 20:12 de la audiencia preparatoria.

⁸ Minuto 20:58 de la audiencia preparatoria.

defensa, que básicamente correspondió a la identificación e individualización del acusado⁹; cumplido lo anterior, se reanudó el orden de la actuación, de tal forma que, el fiscal indicó sus pretensiones probatorias¹⁰, de tipo testimonial y documental; inmediatamente, el defensor, acatando lo indicado previamente por el juez, no hizo solicitud de alguna prueba puntual, pero señaló que haría uso del conainterrogatorio para demostrar la inocencia de su cliente¹¹; finalmente, el juez adopta la decisión del caso y decreta las pruebas solicitadas, sin objeción de las partes¹².

Conforme al derrotero jurisprudencial aquí señalado, no es nulo el acto cuando cumpla su finalidad, a pesar de que no se ajuste con precisión a las formalidades legales; en el caso analizado, la instrumentalidad de la audiencia, fue satisfecha, y no se omitió ninguno de sus apartes; se garantizó a la defensa técnica su intervención para que solicitara las pruebas que estimare convenientes y este, consideró que su actuación en el conainterrogatorio sería suficiente. En este punto, es pertinente observar que, fue voluntad del propio encausado, de no comparecer a las audiencias (acusación, preparatoria y juicio), confiando su representación al defensor; también, debe indicarse, atendiendo a las características del caso, que no existían mayores elementos probatorios para esgrimir en el juicio, diferentes a los señalados por la fiscalía, como para deducir, a partir de ello que, el defensor fue negligente en su labor.

Argumenta el impugnante, como base para indicar la impericia del defensor que lo antecedió, el haber entrado a estipular sin conocer las solicitudes probatorias del órgano acusador, que pretendió así introducir una declaración jurada, desconociendo la técnica probatoria para ello; al respecto, es preciso señalar que la única estipulación efectuada fue la plena identidad del acusado, lo que en ningún momento afectó la presunción de inocencia de aquel, desconoció algún derecho o garantía o afectó el derecho de defensa; y lo relativo a la declaración jurada, fue un documento que, como se explicó, fue aportado por la fiscalía para convalidar el reconocimiento de la víctima, lo que

⁹ Minuto 21:20 de la audiencia preparatoria.

¹⁰ Minuto 23:30 de la audiencia preparatoria.

¹¹ Minuto 32:27 de la audiencia preparatoria.

¹² Minuto 33:13 de la audiencia preparatoria.

tampoco puede considerarse como un acto irregular capaz de socavar las bases del debido proceso o del derecho de defensa.

En conclusión, no se aprecia la ocurrencia de irregularidades sustanciales que hayan afectado el debido proceso durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, así como tampoco, la vulneración al derecho de defensa del acusado, que tuviesen suficiente entidad para anular lo actuado; ya que, como se anotó, en contraposición a lo señalado por el recurrente, el juez respetó el uso de la palabra al defensor para que hiciera sus solicitudes probatorias y, de otra parte, el eventual acceso a mecanismos de terminación anticipada del proceso, era facultativo del bloque defensivo y no puede ser un asunto a examinar *ex post*, cuando hay una sentencia condenatoria de por medio.

Pero si ese hubiese sido la intención, idea o querer del acriminado, alguna manifestación se hubiese realizado en esa dirección, pero no hay evidencia de ello, a cambio, con cierto desde por la justicia, opta por no comparecer y dejar todo en manos de su defensor de confianza.

1.3. Audiencia de juicio oral. Critica el opugnante, nuevamente la actuación desplegada por el defensor durante las sesiones del juicio, por cuanto no presentó su teoría del caso y cuando le correspondió intervenir en el contrainterrogatorio de los testigos, no utilizó la técnica adecuada para lograr desacreditarlos y, por el contrario, logró fortalecer la acusación; hace una nueva referencia a la declaración jurada de la señora Leidy Lorena Martínez, de la que nunca se supo cuál era su finalidad o trascendencia; reprocha el actuar del juez, por no haber dispuesto el relevo del defensor, al constatar que no era apto para desempeñar su labor, con lo cual se quebrantó la igualdad de armas que debe imperar en el proceso penal; por último, aduce que la actitud pasiva de la defensa, le negó al encausado a acceder a mecanismos que pudieran favorecerlo punitivamente, como un preacuerdo.

Al analizar la retórica ofrecida por el censor, debe considerarse que no cumple con la carga argumentativa, para demostrar cómo las supuestas

irregularidades expuestas, pudieron afectar, en forma trascendente, el debido proceso, el derecho de defensa o alguna otra garantía del implicado; ya que simplemente se limitó a acusar a su antecesor de haber sido pasivo, en la medida que, en su actuar, no se vislumbró una adecuada estrategia de defensa, ni solicitó las pruebas que le permitieran actuar en igualdad de armas, e incluso, no optó por los mecanismos alternos de terminación anticipada del caso; empero, en lo extenso de su discurso, nunca señaló siquiera (i) cuáles fueron las pruebas cuya práctica este dejó de solicitar y que hubieran cambiado el sentido del fallo; (ii) cuál pudo ser una adecuada estrategia de defensa, en tanto aventura posibilidades, sin precisar cual hubiera cambiado el curso de las cosas; (iii) o cómo pudo haber refutado, durante el contrainterrogatorio, la contundencia con que los testigos ofrecieron su versión de los hechos; y (iv) en lo relativo al acceso a los dispositivos que ofrece la justicia premial, como antes se indicó, se trata de un asunto *ex post*, insuficiente para predicar una irregularidad a partir de esta postura.

Por lo demás, lo que hace relación con la declaración extra juicio que, como antes se mencionó, no era un asunto de resorte del defensor y ningún sentido provechoso para el proceso y mucho menos utilidad o trascendencia se señaló, conduce a irregularidad y/o conculcación del derecho de defensa, o desconocimiento del principio de igualdad de armas.

Para arribar a la conclusión indicada, basta con observar el desarrollo de las sesiones¹³ en que se llevó a cabo el juicio oral, para establecer que la actividad del abogado defensor no fue pasiva, ni negligente, conforme lo indican sus colegas; situación diferente es que no haya aplicado la técnica en el contrainterrogatorio a través de preguntas cerradas; en verdad no mostró ser un conocedor profundo del sistema, pero tampoco se demostró que esa falta de profundidad, hubiese incidido negativamente en los derechos del procesado y/o se hubiera podido cambiar el sentido de las sentencias.

Nótese que el defensor, procuró con los testigos presenciales, determinar asuntos de vital importancia, como la distancia en que presenciaron los

¹³ Sesiones de los días 10 de septiembre, 20 de octubre y 24 de noviembre de 2015.

hechos, lo ocurrido en el momento de un posible forcejeo, la ubicación de los posibles contendientes, y en general todo lo relativo al tiempo y lugar en que se presentó el insuceso; lo que le permitió, en los alegatos de conclusión, considerar que no se demostró que el procesado fue quien disparó el arma de fuego y, por tanto, solicitó la absolución de su defendido, atendiendo el postulado del *in dubio pro reo*; empero, habida cuenta de la fortaleza de la carga probatoria promovida por el órgano acusador, ese argumento sucumbió.

Conforme a lo señalado, el censor no acreditó en debida forma, la existencia de irregularidades sustanciales, o desconocimiento del derecho de defensa, capaces de anular las actuaciones judiciales, como tampoco, acreditó el cumplimiento de las directrices que orientan la declaratoria de las nulidades; motivo por el cual, el cargo formulado, consideramos debe ser desechado.

2. El segundo cargo subsidiarios, lo finca en la interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal llamada a regular el caso.

El reproche formulado refiere la aplicación indebida del numeral 1º del artículo 365 del CP, en cuanto la utilización del medio motorizado por parte del condenado, en el delito de porte ilegal de armas, en forma alguna potencializó la vulneración al bien jurídico tutelado de la seguridad pública, toda vez que el arma no se encontraba encaletada en la motocicleta, o el automotor fue utilizado para asegurar su porte, como ocurre en los casos de sicariato o fleteo, entre otros; motivo por el cual se debe casar parcialmente la sentencia de segundo grado y proceder a la redosificación de la pena.

En relación con la referida circunstancia de agravación para el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, esta Sala de Casación Penal, mediante sentencia del 18 de marzo de 2015, radicado 45266, señaló que para predicar la utilización de medios motorizados, como agravante de dicho comportamiento, debe demostrarse, como nexo causal, que el automotor fue utilizado con conocimiento y voluntad de que facilitaría la consumación de cualquiera de los verbos rectores del tipo penal, es decir, la

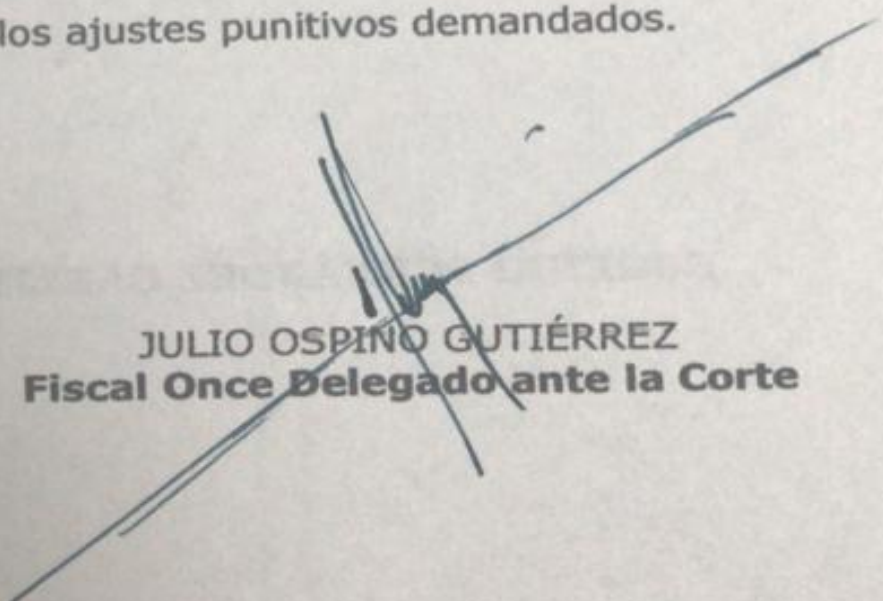


fabricación, tráfico, transporte, distribución, venta, suministro o porte del arma de fuego o las municiones, para así concluir que, la utilización del vehículo, aumentaba el riesgo de transgresión al bien jurídico tutelado de la seguridad pública, siendo ello la razón de esa agravación.

En el asunto presente, es evidente, a partir de la forma como se presentó el acontecer fáctico, que la utilización de la motocicleta por parte del condenado, fue una situación circunstancial que, en forma alguna, aumentó la efectiva lesión al bien jurídico protegido de la seguridad pública; ya que, no fue un medio utilizado para facilitar el porte del arma y, es evidente que, la intención del procesado al cometer los delitos por los que fue acusado, era en esencia, agredir a quien finalmente resultó muerto; lo anterior encuentra explicación en el hecho de que el victimario, inicialmente se ausentó del sitio para traer el arma y, una vez ocurrido el insuceso, huyó del sitio; incluso, abandonando el vehículo motorizado; de otra parte, no se advierte que el automotor haga potenciado, ayudado a asegurar la consumación del ilícito o la huida; motivo por los cuales el cargo formulado se encuentra llamado a prosperar.

De conformidad con lo expuesto y con el respeto de siempre, pido **CASAR** la sentencia impugnada en el sentido propuesto como cargo subsidiario y se proceda a realizar los ajustes punitivos demandados.

Atentamente,


JULIO OSPINO GUTIÉRREZ
Fiscal Once Delegado ante la Corte