

PROCESO No. 10725

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. RICARDO CALVETE RANGEL

Aprobado Acta No. 77

Santa Fe de Bogotá D.C., Mayo veintisiete de mil novecientos noventa y nueve.

V I S T O S

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado WILSON PALACIOS DUARTE, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó por el delito de homicidio a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y al pago de perjuicios materiales y morales, modificándola en el sentido de reducir la pena accesoria a diez años.

I. HECHOS

Fueron resumidos por el Tribunal así:

“En horas de la noche del 24 de diciembre de 1993 encontrándose el ciudadano JUAN VARGAS en un establecimiento público, ubicado en la carrera 13B No. 69-24 sur

Barrio Juan Rey de esta ciudad, departiendo con unos amigos, ingresó el individuo WILSON PALACIOS DUARTE a adquirir un cigarrillo, quien luego de dirigirse a aquel manifestando que le había realizado un trabajo mal, le profirió dos heridas con arma cortopunzante que le produjeron su deceso en forma instantánea.”

II. ACTUACION PROCESAL

La Fiscalía 20 de la Unidad Primera de Investigación Previa Permanente inició la investigación. Se oyó a WILSON PALACIOS DUARTE en indagatoria, luego de lo cual se le resolvió la situación jurídica mediante la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

En la fase instructiva se recopilaron pruebas de diversa índole, especialmente testimonial, y se amplió la injurada del procesado, para lo cual se le designó un abogado dejando expresa constancia acerca de que era únicamente para esa diligencia.

El 15 de febrero de 1994 se le dió posesión al abogado de la Defensoría Pública que recurre en casación.

Cerrada la investigación el 21 de febrero de 1994, la Fiscalía 100 de la Unidad Segunda de Vida procedió a calificar el mérito probatorio del sumario en providencia de fecha abril 18 del mismo año, con resolución de acusación contra el acriminado PALACIOS DUARTE por el delito de homicidio.

El Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito adelantó la etapa del juicio, y luego de realizada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria en los términos indicados anteriormente, la cual fue confirmada por el Tribunal con la modificación de reducir la pena accesoria a diez años.

III. LA DEMANDA

Con invocación del numeral primero -cuerpo segundo- del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el actor formula un cargo único contra la sentencia por “ser violatoria de la ley sustancial por vía indirecta por error de derecho en la apreciación de las pruebas por falso juicio de legalidad, en cuanto a los testimonios aportados al proceso”, rendidos por María Robertina Velásquez, Edith Lucero Avila, Blanca Inés Rodríguez, Manuel Antonio Avila, Ana Emilce Avila, Fabio Alfonso forero y Hernán Moreno Ríos.

Fundamenta el cargo en que el artículo 29 de la Constitución Nacional al hablar del debido proceso se ocupa del principio de contradicción de la prueba, y señala como sanción a su inobservancia la nulidad de pleno derecho del medio probatorio.

Transcribe el artículo 14, numeral 3, literal e de la Ley 74 de 1968, y cita el artículo 7o. del Código de Procedimiento Penal que consagra el principio de contradicción de la prueba, el cual considera transgredido porque no se contó, por parte de la defensa con la posibilidad de entrar a la controversia probatoria con relación a las declaraciones que se allegaron al proceso y en especial con los testimonios que son la base de la declaratoria de responsabilidad del procesado.

Dice: “En ningún momento la defensa ha planteado que para que un testimonio sea válido se requiera la presencia del procesado o su defensor. !No! . Lo que se ha argumentado es la importancia que tiene el principio de contradicción de la prueba debiéndose hacer posible la comparecencia de los sujetos procesales en cuestión. Si los testimonios han sido recibidos con anterioridad al nombramiento de defensor, es obvio que no se hizo posible la contradicción de los mismos no obstante haberlo solicitado la defensa”.

Trae a colación citas doctrinales y jurisprudenciales sobre la importancia de observar el principio de contradicción probatoria, para decir que: “Frente a los

planteamientos esgrimidos por la defensa no se ha encontrado una respuesta satisfactoria. Dentro de la sentencia no encontramos un fundamento legal que nos convenza de que efectivamente las pruebas aportadas son legales”; no se han hecho solicitudes descabelladas sino que con apoyo en tratados de derecho internacional, artículos de la Constitución Nacional y del Código de Procedimiento Penal se ha clamado por los derechos del procesado.

Cuando una prueba es nula de pleno derecho “no puede ser observada y, por tanto, tal como se argumentó por la defensa en la Audiencia Pública, no tenía que desvirtuar testimonio por testimonio. Sin embargo, en aquella oportunidad procesal se demostró que había tantas versiones como declarantes, contradicciones que se pudieron haber dilucidado y en consecuencia, haberse depurado la prueba.”

Sin la observancia de estas pruebas, lo máximo que puede surgir en contra del procesado son las contradicciones que se encuentran en su injurada y respectivas ampliaciones, las que pueden ser observadas “como indicio grave en su contra que lo máximo que puede generar son dudas y estas deben absolverse en favor del procesado por mandato legal, de conformidad con el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal que consagra el principio universal del indubio pro reo”.

Lo mismo sucedería con los dichos de los agentes de policía, únicas declaraciones que cumplieron a cabalidad con el principio de contradicción de la prueba.

Afirma que se aplicó indebidamente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, porque no se reúnen los requisitos para proferir sentencia de condena. Hubo total desconocimiento del artículo 246 ibidem porque la decisión en cuestión no está basada en pruebas legales aportadas al proceso sino en pruebas nulas de pleno derecho.

El Tribunal “basa la confirmación del fallo en pruebas que no podía observar y estas son la base de la sentencia condenatoria. Sin dudar, el único camino jurídico viable es la

absolución de WILSON PALACIOS DUARTE”.

Solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y absolver al procesado del delito de homicidio que se le endilga.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que se debe rechazar el cargo formulado por las siguientes razones:

La demanda no cumple con los presupuestos básicos que rigen este extraordinario recurso, “pues resulta evidente la contradicción en que incurre el libelista al invocar como sendero de impugnación la vía indirecta de casación por error de derecho, en tanto es bien sabido que proceder así es sugerir una exposición encaminada a comprobar la incursión del fallador en un vicio in procedendo y, además, si esa vía se escoge ha de encontrarse acorde con la consecuencia que conlleva su elección, cual es la anulación parcial del proceso por resquebrajamiento de un principio fundamental que hace parte del debido proceso y que afecta gravemente el derecho a la defensa con la aspiración lógica de que retrotrayendo la actuación, se de la oportunidad al sujeto procesal, en este caso el defensor, de controvertir los testimonios que censura como ajenos a tal posibilidad.”

Sin embargo, “a cosa distinta se dedica el actor en punto de escoger la vía indirecta, en la que predomina la acusación por la vulneración de la ley sustancial que radica principalmente en la muestra de un vicio in judicando”.

Ello resulta ser una desafortunada inconsistencia al interior de la disertación que propone el actor, revelando mas bien un apartamiento de la técnica casacional, en la medida en que es bien sabido que presupuesto del falso juicio de legalidad es que se falte por parte del juzgador a las reglas que para la aducción de una determinada prueba se

han establecido, pero tratándose del testimonio, la presencia del defensor no es requisito o presupuesto que la ley señale para su aportación al proceso. Luego, contradictorio resulta que acuda al falso juicio de legalidad, cuando lo que se pretende mostrar es la falencia en un principio fundamental que hace parte del derecho a la defensa y no la falla intelectual del juzgador derivada de la violación de la ley sustancial por intermedio de la apreciación de la prueba.

Advierte que el yerro conceptual del censor radica en que le otorga un alcance notoriamente restringido al principio de contradicción probatoria, al creer que éste se sustenta únicamente en el hecho de otorgar al defensor la posibilidad de contrainterrogar al testigo, desconociendo que ello va mucho más allá del limitado alcance que le atribuye.

“La posibilidad de contrainterrogar al deponente, no es más que uno de los mecanismos mediante el cual se ejerce tal garantía, pero, eso sí, si se acude a ella; mas sin embargo, de no contarse con tal oportunidad, no puede afirmarse que se viola el género. Pensar en lo contrario es confundir por ende la garantía con un medio, entre muchos, para ejercerlo.”

Una vez recopilada la prueba, en este caso el testimonio, “puede ejercerse ampliamente su controversia en ejercicio del principio que la ilustra, inclusive, hasta la segunda instancia. Por lo cual, resulta inocuo el que se alegue la no presencia del defensor en la práctica de la prueba testimonial, como presupuesto de la violación del principio de contradicción, sin demostrar, por demás, en qué afectó la legalidad de la prueba la no presencia del defensor al momento, materialmente considerado, de su acopio.

En criterio del Ministerio Público, no obstante que debe rechazarse el cargo formulado, la sentencia debe casarse oficiosamente, “no por las mismas razones argumentativas que expone el libelista, sino por la manifiesta existencia de la violación al derecho a la

defensa que invade a la actuación procesal”.

Ello se refleja plenamente desde el mismo instante en que se procede a indagar al sindicado, a quien se le nombra como defensor a una persona, que si bien no se deja constancia acerca de su condición de abogado titulado, su identificación con la cédula de ciudadanía, permite inferir que se acudió a la figura del ciudadano honorable de que trata el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal. “Situación criticable para el caso de Santa Fé de Bogotá, en donde la excepcionalidad de una norma como esta no puede tener arraigo, pero no obstante no ser la razón primordial por la que se estima debe anularse la actuación procesal, resulta protuberante dolencia el hecho que luego de verificada la diligencia de indagatoria, de ninguna manera se realizó esfuerzo alguno por designarle defensor al procesado.”

Abundando en razones acerca de la carencia de defensa técnica en la fase sumarial, es de destacar que sin que se hubiera hecho lo necesario por proveer al procesado de un defensor, éste se posesiona el 15 de febrero de 1994 pero asignado por cuenta de la Defensoría pública, cuando ya se iba a clausurar la investigación, lo cual ocurre para el 21 de febrero del mismo año.

Ello, si es, “en la medida que no fue tan sólo una insulsa temporalidad en la que se carece de defensor, sino que ocurre no solo en lapso tan crucial como lo es la instrucción, sino en el período en que particularmente se allegaron las declaraciones de quienes a la postre son considerados por el juzgador como prueba de cargo.”

El hecho de que el defensor presentara los pertinentes alegatos de conclusión no permite arribar a la conclusión de un ejercicio cabal del derecho a la defensa, tal como lo reza la vigente Carta Política, además de que ello no tendrá cabida en este caso, ya que el expediente revela que luego de la posesión del apoderado y hasta antes de que finalizara la etapa de la investigación, únicamente se allega al proceso un informe que rinde el

DAS acerca de la práctica de inspección al cadáver.

El derecho a la defensa “no puede nunca adquirir su propia vivificación conforme el actual régimen constitucional, sino, con la seguridad de su pleno cumplimiento, no pudiéndose por ello relativizar su ejercicio en momento alguno, ya que como se manifestó, el género, que radica en la garantía misma, es el que se ha vulnerado, sin que pueda afirmarse que una parte muy especial de aquel, al cumplirse, convalida la pretérita e irregular actuación.”

Solicita a la Corte casar oficiosamente la sentencia proferida por el Tribunal, “y como consecuencia decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto que define la situación jurídica”.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Como se dejó reseñado, el actor formula un único cargo en el que invoca violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad.

Para el Ministerio Público el libelista se aparta de la técnica casacional, en la medida en que el falso juicio de legalidad se presenta cuando el fallador falta a las reglas que para la aducción de una determinada prueba están establecidas, pero tratándose del testimonio no es necesaria la presencia del defensor para su acopio, luego resulta contradictorio acudir a esa vía cuando lo que pretende mostrar es la falencia de un principio que hace parte del derecho a la defensa.

La Sala no comparte el criterio del Delegado, pues en realidad el defensor no está diciendo que la prueba es ilegal porque no estuvo presente durante su práctica, sino porque fue recaudada en momentos en que el sindicado no tenía defensor y legalmente ya debía tenerlo, así fuera designado de oficio. Dicho de otra manera, que no estuviera el abogado presente no es lo esencial, sino que al menos hubiera tenido la oportunidad

de participar, para lo cual era indispensable que tuviera un defensor designado.

Desde ese punto de vista el planteamiento es correcto, y lo que corresponde dilucidar es si la prueba recaudada en esas condiciones es ilegal, o si por el contrario es válida, o de qué condiciones depende que lo sea.

En ese orden de ideas, no hay duda de que el procedimiento penal permite que se recauden pruebas validamente en momentos en que el sindicado aún no tiene defensor, como ocurre con todas las que se alleguen antes de su vinculación al proceso, pero para que puedan ser tenidas en cuenta es indispensable que una vez reconocido el apoderado judicial tenga oportunidad de controvertirlas, y como bien lo dice el Ministerio Público, ese derecho no consiste únicamente en que, por ejemplo, pueda contrainterrogar a los testigos, pues si bien es una de las maneras de ejercer la contradicción de la prueba, existen muchas otras, como aportar elementos de juicio que desvirtúen su valor, cuestionar su validez legal, debatir su mérito etc.

En el caso que nos ocupa hay testimonios que se recibieron sin que el implicado en ese momento tuviera defensor, pero el posteriormente designado ingresó al proceso cuando todavía estaba en la etapa del sumario, de manera que tuvo la oportunidad de solicitar pruebas y no lo hizo. Sin embargo inexplicablemente en el alegato de conclusión se queja de no haber podido interrogar a los testigos.

Dentro del término de traslado para pedir pruebas en el juicio, el defensor solicitó la ampliación de los testimonios cuestionados y la Juez del Circuito los decretó y ordenó que se enviaran las citaciones para que comparecieran a la audiencia, lo cual se cumplió. Las personas convocadas no comparecieron, y según se desprende del acta, el defensor que había pedido la prueba no insistió en su práctica, no pidió que se suspendiera la audiencia para que se tratara de hacerlos comparecer nuevamente, luego no resulta consecuente seguir aduciendo que no tuvo oportunidad de interrogar a los

deponentes, pues la diligencia se decretó, otra cosa es que por circunstancias ajenas al funcionario judicial no se hubiera llevado a cabo, pero correspondía al sujeto procesal interesado manifestar su propósito de persistir en la necesidad de ejercer su derecho, con lo cual no se está insinuando una inversión en la carga de la prueba, sino simplemente advirtiéndole que el deber del juez es garantizar que las partes puedan hacer uso de sus derechos procesales, en este caso, de controvertir las pruebas, pero no puede impedir que con su actitud desistan de ello.

De otra parte, y como anotación final, es oportuno recordar que quien ataca la sentencia por la vía indirecta debe demostrar que se queda sin soporte probatorio, pues así el error alegado sea cierto, si las demás pruebas son suficientes el fallo no se puede casar.

El censor dice que no teniendo en cuenta los testimonios calificados de ilegales lo único que queda son las contradicciones de la injurada y sus ampliaciones, que pueden ser consideradas como indicio grave, así como las declaraciones de los agentes de la policía recibidas en la audiencia, pero que no arrojan certeza sobre la ocurrencia de los hechos, apreciación que además de incompleta es puramente subjetiva, pues lo cierto es que el procesado acepta ser el autor del homicidio, otra cosa es que pretenda justificarlo con una supuesta agresión previa al crimen que no tiene ningún soporte ni es creíble.

Además el testimonio incriminador de la señora MARIA ROBERTINA VELASQUEZ GONZALEZ fue recibido en la indagación previa con las formalidades legales y su validez es indiscutible.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que el ataque formulado en la demanda no puede prosperar.

2.El Procurador Delegado solicita que de oficio se decrete la nulidad del proceso por violación del derecho a la defensa, que se avizora desde el hecho de que en la indagatoria

se le nombrara como defensor a una persona que no tiene la condición de abogado, lo cual aún acudiendo al artículo 148 del Código de Procedimiento Penal es criticable en Santa fe de Bogotá. Pero la razón principal es que careció de defensa técnica en buena parte del sumario, pues la indagatoria se realizó el 27 de diciembre de 1993, y el abogado de la Defensoría Pública se posesionó el 15 de febrero de 1994, muy cerca del cierre de investigación.

En cuanto a lo primero, cuando se recibió la indagatoria todavía estaba vigente la norma que permitía designar como defensor y para esa diligencia a una persona honorable. De otra parte, no puede pasarse por alto que el crimen ocurrió avanzada la noche del viernes 24 de diciembre de 1993, y sin que exista ninguna constancia al respecto, es fácil inferir que no puede imputarse negligencia al fiscal para conseguir un abogado titulado o de consultorio jurídico el lunes siguiente a las fiestas navideñas, aún tratándose de la capital de la República.

Además, el sindicado después amplió dos veces la indagatoria, en el sumario y en el juicio, acompañado de abogado titulado, la segunda de ellas, de quien es justamente el profesional que ha recurrido en casación.

Respecto al segundo tema, es cierto que durante el mes y veinte días siguientes a la injurada el implicado no tuvo defensor, y que en ese lapso se recibieron los testimonios de las personas que presenciaron los hechos, pero también lo es que en los días siguientes se posesionó el defensor y tuvo la posibilidad de pedir pruebas, sin embargo guardó silencio, y si bien a los pocos días se cerró la investigación, no hubo oposición de su parte, ni petición alguna que le hiciera ver al fiscal la necesidad de continuar la instrucción.

La [Constitución Política](#) consagra como una garantía fundamental el derecho del procesado a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la

investigación y el juzgamiento. El acusado PALACIOS DUARTE no tuvo inicialmente defensor, pero esa falla fue subsanada cuando un abogado titulado asumió su representación estando todavía durante la etapa del sumario, de tal forma que no tendría sentido invalidar el proceso desde el cierre de investigación inclusive, para que el profesional vuelva a tener la oportunidad que ya tuvo, que era solicitar pruebas, alegar de conclusión, interponer recursos etc.

En otras palabras, el error alegado no es trascendente, pues en la misma etapa procesal dio poder a un abogado titulado que realizó lo que estimó importante para la defensa, de modo que si en ese momento no consideró necesario solicitar pruebas, ello no es imputable al Fiscal.

En consecuencia, no se accede a lo solicitado por el Ministerio Público en el concepto.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, comuníquese, y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

NO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria.