

Proceso No. 11032

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta No. 42

Santafé de Bogotá, D. C, marzo veinticinco de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado en tiempo por la defensora de los procesados BLADIMIR MEJÍA HERNÁNDEZ y ARNULFO ALIRIO GARCÍA MORALES contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 18 de noviembre de 1994, mediante la cual condenó al primero a la pena principal de 21 años y un mes de prisión como cómplice del punible de homicidio y autor del concurso homogéneo de porte ilegal de armas, y al segundo a 25 años y dos meses de prisión como autor de homicidio y porte ilegal de armas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 27 de junio de 1993 fue capturado en Medellín BLADIMIR MEJÍA HERNÁNDEZ por agentes del orden, al hallarse en posesión de un revólver marca Llama, calibre 38 largo, con seis cartuchos y sin permiso para portarlo.

Al mismo sujeto, conocido con el remoquete de “caballo”, se le identificó

como la persona que la noche del 23 de abril del mismo año, ejecutando disparos al aire, facilitó la huida de su compinche ARNULFO ALIRIO GARCÍA, alias “cachupe”, luego de que éste ultimara con arma de fuego a Wbeimar Henao Hernández.

De la investigación por el primer injusto conoció la Fiscalía 64 Delegada de Medellín, despacho que dispuso la detención preventiva de MEJÍA HERNÁNDEZ y posteriormente lo acusó por el porte ilegal del arma mediante resolución del 12 de abril de 1993. El juicio lo inició el Juzgado 17 Penal del Circuito de la misma ciudad, pero una vez llevó a término la audiencia pública remitió el expediente a su homólogo el Juzgado 20, para la acumulación con el proceso por homicidio y porte ilegal de arma que seguía contra éste y otros acusados.

Esta última investigación se había iniciado en la Unidad Permanente, grupo B de la Fiscalía de Medellín, el 23 de abril de 1993, estableciendo a través de la Unidad Interinstitucional de homicidios la participación en los hechos de BLADIMIR MEJÍA, alias “caballo” y GARCÍA MORALES, alias “cachupe” o “perro sonso”, quienes vieron resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención, el primero de ellos como persona ausente.

Vencido el ciclo investigativo, la Fiscalía 4 de la Unidad Seccional de vida profirió resolución de acusación el 19 de enero de 1994 por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, providencia que alcanzó ejecutoria el 17 de febrero siguiente, no sin antes producirse la captura de MEJÍA, quien dentro de dicho lapso aprovechó para nombrar apoderado de confianza.

El juzgado 20 penal del circuito de Medellín avocó el juicio, recibió injurada al capturado, dispuso la acumulación de las causas y sentenció con condena a los procesados, imponiéndoles penas cuyo monto disminuyó el Tribunal de Medellín el 18 de noviembre de 1994 al conocer por apelación el asunto, al tiempo que absolvió al tercer

acusado, Marco Aurelio Velásquez Giraldo (a. Victorino).

Posteriormente, el 19 de enero de 1995 y dentro del término de ejecutoria de la segunda instancia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 56 de la ley 104 de 1993, la misma corporación resolvió la solicitud de beneficios jurídico penales demandados por el convicto MEJÍA HERNÁNDEZ, cesando todo procedimiento en su favor por el porte ilegal del revólver marca Llama, calibre 38 largo que había dado lugar a la resolución de acusación del 12 de abril de 1993, reduciendo la pena en la proporción correspondiente a este injusto.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. La demanda presentada en favor de BLADIMIR MEJÍA HERNÁNDEZ.

- 1.1. Cargo principal. Causal de nulidad.

El reparo propuesto como eje central de la censura consiste en que “habiéndose logrado la comparecencia del sindicado al proceso, no se le rodeó de todas las garantías que tornaran completa la defensa mediante su ejercicio material: se le tuvo en prisión sin ser oído por un período superior a tres meses dejando la indagatoria para un momento muy avanzado del juicio”.

Con tal planteamiento la censora relaciona el debido proceso con el derecho a la defensa, matizando la importancia de la injurada para cuya recepción el funcionario cuenta con los términos perentoriamente establecidos en el artículo 386 del C.P.P., de tal suerte que si el imputado es vinculado al proceso mediante la declaratoria de persona ausente ello torna incompleta la defensa y sólo se encontrarán satisfechas sus garantías cuando dentro de los 3 días siguientes a su aprehensión es escuchado en descargos so pena de verse conculcado el derecho a la libertad personal “que suscita la procedencia de HABEAS CORPUS”, acción que en el caso no fue interpuesta en favor del procesado.

Segura de que la tardanza excesiva en recibir la indagatoria al imputado constituye violación del debido proceso y del principio de lealtad, afirma que aquél se vio resignado a una intervención en la última oportunidad probatoria, sin adecuada preparación de la defensa con su abogado y con el agravante de que no se estableció la dirección de su residencia, dato que le hubiera permitido al funcionario crear diversas hipótesis tendientes a la determinación de la inocencia del sujeto procesal.

Concluye diciendo que si la defensa es condición necesaria para la regularidad de la relación jurídico procesal, no puede existir un sólo momento de afectación o de restricción de aquélla pues con ello se configuraría un vicio de actividad o error in procedendo.

Bajo estas consideraciones reclama la anulación de lo actuado a partir “del momento en que legalmente debió oírse” al procesado en indagatoria y su puesta en libertad provisional.

1. 2. Cargos subsidiarios.

1.2.1. Violación indirecta. Falso juicio de legalidad.

Bajo el entendido de que las declaraciones de Alberto Henao, Yulian Andrey y Alexander Henao, lo mismo que las pruebas practicadas en virtud de la orden de trabajo 118, son nulas de pleno derecho, la casacionista pide un fallo sustitutivo absolutorio.

Al efecto sostiene que el testimonio del padre de la víctima “es una prueba obtenida con violación al debido proceso, ya que durante su práctica no estuvo el Ministerio Público” porque su identidad fue desconocida toda vez que el autógrafo ilegible que de él aparece al comienzo de la investigación, constituye una reserva transgresora de la garantía de su imparcialidad “al convertirse en un sujeto procesal no

susceptible de ser recusado cuando hubiere lugar a hacerlo”.

Sobre la actuación desplegada por la Unidad Interinstitucional de Homicidios en cumplimiento de la llamada orden de trabajo 118, dice que tuvo desarrollo a espaldas del Ministerio Público pues la resolución que la ordenaba no le fue notificada, en el informe rendido por la policía judicial no aparece su firma, ni se le dio traslado una vez se incorporó al proceso, lo que constituye clara omisión en contravía de lo dispuesto por el artículo 315 inciso 2 del C.P.P.

Afirma que si a lo anterior se agrega la falta de los nombres de los investigadores en el informe, la falta de claridad sobre su participación en la actividad, la firma de sólo uno de ellos y la no ratificación sobre su contenido, es evidente la mutilación del derecho a la contradicción.

Refiriéndose a las declaraciones de los hermanos de la víctima, reprocha al fiscal y al juez que no hubieran hecho uso del artículo 286 del C.P.P. si era que en realidad los funcionarios deseaban la comparecencia de estos testigos, los cuales fueron básicos en el juicio de condena sin advertir el juzgador que no podía valorarlos, dada su obtención con violación al debido proceso por ausencia de Ministerio Público.

De no haberse valorado los medios de prueba aquí impugnados, apunta la libelista, el fallo no hubiera sido condenatorio puesto que no se habría contado con el único testigo presencial de los hechos, la descripción física del procesado y tampoco con la indagatoria viciada de nulidad que permitió establecer la identidad entre “caballo” y Bladimir .

Por último, antes de pedir formalmente la casación del fallo, advierte que las ampliaciones del testimonio del padre del occiso en las que suministró la descripción física del apodado “caballo” también fueron irregularmente allegadas porque el testigo siempre apareció en la Fiscalía sin ser llamado por ésta.

1. Violación indirecta. Falso juicio de identidad.

En esta ocasión la censora hace recaer el yerro en la valoración que hicieron los juzgadores de instancia de una carta encontrada en la residencia del procesado.

Luego de transcribir el contenido de la misiva y la conclusión a la que llegó el a quo en el sentido de que BLADIMIR era “caballo”, repara que ello constituye un error en la medida en que “por desconocimiento del proceso en el que se surtió la indagatoria que se comenta en la carta, no puede presumirse que BLADIMIR es alias CABALLO, al mismo que se le realizó una carrera, con quien EDWIN fuera a la casa de su madre, el que labora en electricidad, presenta cólicos y manda saludes a sus familiares”.

De esta forma, retomando los cargos anteriormente planteados, “ante la prohibida valoración e ineficacia de las demás pruebas que soportaban la identificación, sumadas a la distorsión del contenido de la carta obrante a folios 36 y 36 bis, desaparece la certeza sobre la individualización del partícipe en el homicidio..”.

2. La demanda presentada en favor de ARNULFO ALIRIO GARCÍA MORALES.

2.1. El primero de los cargos es copia al carbón del segundo planteado en favor de BLADIMIR MEJÍA, por lo que resulta inoficiosa una nueva referencia al mismo.

2.2. Violación directa de la ley sustancial por inaplicación de los artículos 29 de la Carta, 247 y 445 del C.P.P.

Para la recurrente la conducencia y pertinencia de las declaraciones de los demás testigos presenciales de los hechos, que fueron decretadas de oficio por el juez en la etapa del juicio, dan a conocer “el vacío probatorio respecto a la responsabilidad

de los acusados (...) ante lo cual correspondía resolver las dudas existentes en favor de los reos, dictando fallo absolutorio y no, como lo hizo el juez en este caso, preterir las dudas existentes emitiendo una sentencia condenatoria”

Una a una separa las pruebas ordenadas por el juez de conocimiento, dejando a salvo las referidas anteriormente para resaltar que “la prueba obrante en respaldo de la acusación no tenía contundencia suficiente para soportar a la postre un fallo condenatorio, al basarse solo en declaraciones provenientes de los ofendidos”.

De este argumento se vale para iterar: “el juez solo pretendía suplir las falencias probatorias de la acusación, las cuales no se encargó de superar el Fiscal como parte acusadora en la etapa del juicio”, entonces si como lo muestra el proceso, aquellas no pudieron ser remediadas por no haberse podido practicar las pruebas, significa que permaneció el vacío respecto de la responsabilidad de los procesados, debiéndoseles absolver por duda.

Aclara que dirige el ataque por violación directa, con base en la inaplicación del precepto que prevé el “in dubio pro reo”, pues de acuerdo con los desarrollos constitucionales debe aceptarse la inescindibilidad de las actuaciones procesales, en este caso el reconocimiento del estado de perplejidad del juez al decretar las pruebas y su adhesión a la sentencia condenatoria, interpretación que si bien no encuadra en el tradicional criterio del ataque en casación referido al estado de duda, razones jurídicas - artículo 228 de la Constitución- señalan que en el asunto debatido es dable censurar de la manera como lo hace en procura de la garantía “aún contra el obtuso formalismo que entiende la existencia de la duda, solo si el juez lo manifiesta en el cuerpo de la sentencia misma, admitiendo por el contrario, que la duda del fallador puede colegirse de sus demás actos procesales”.

En fin, la censora solicita que se case el fallo y sea dictado el de remplazo con el

reconocimiento del estado de duda en favor del procesado.

DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere la no casación del fallo así:

En cuanto se relaciona con la demanda a favor de BLADIMIR MEJÍA, y respecto del cargo por nulidad, seguido a un preámbulo en el que destaca los mecanismos de vinculación del sujeto al proceso penal y sus incidencias -indagatoria y declaración de persona ausente-, destaca la imposibilidad del recaudo de pruebas en algunos interregnos del trámite en procura de la aplicación de principios de protección de los actos procesales y de preclusión de las etapas, sin que ello traduzca violación de derecho alguno del procesado.

Desde tal perspectiva señala que en el caso, cuando resultó capturado el imputado ya había sido vinculado al proceso como persona ausente, definida su situación jurídica y garantizada la defensa a través del nombramiento de defensor, mas si se había calificado el sumario, la indagatoria “no cumpliría su función de vinculación al proceso ni de condición necesaria para la resolución de su situación jurídica”, único evento que impele al funcionario a indagar a la persona dentro de los tres días siguientes a aquél en que fue puesto a su disposición.

Por eso, vinculada la persona al proceso y aprehendida en cualquiera de las etapas en las que no es procedente el recaudo de pruebas -en el asunto a estudio cuando corría la ejecutoria de la resolución de acusación- el funcionario “debe esperar la preclusión de una determinada fase procesal para escuchar al capturado, cuando le sea posible el recaudo de pruebas”.

Entiende entonces que en el proceso el fiscal “no tenía competencia para recibir la indagatoria, pues una vez proferida la acusación, había precluido la etapa de

recopilación de pruebas”, mientras el juez “tampoco podía oír al acusado en indagatoria, pues no había adquirido competencia para ello”, quedando simplemente la aplicación del artículo 446 del C.P.P. para alcanzar tal propósito.

Cuando refiere al hecho que como trascendente quiso presentar la censura, en el sentido de que no se corroboraron las citas del procesado en aras de determinar cuál era la residencia del procesado, indica que ello para nada estaba relacionado con la identificación o individualización del procesado, por lo que deviene inane frente al compromiso de responsabilidad penal.

En lo concerniente al cargo de violación indirecta por falso juicio de legalidad, que es común a ambas demandas, afirma el Delegado que a partir de la potestad que legal y constitucionalmente ha sido otorgada al Ministerio Público, tratándose de su intervención en todas las etapas de la actuación, no puede condicionarse la validez y legalidad de las pruebas a su asistencia en la práctica de éstas.

Con este argumento resalta la improsperidad del cargo, habida cuenta que durante la investigación previa siempre estuvo garantizada la presencia del agente del Ministerio Público, tornándose impropia la exposición de la demandante en aras del desconocimiento de las pruebas practicadas en dicho ciclo.

Sobre la firma ilegible que impuso el agente asignado al caso, asegura que no implica anonimato pues “la identidad de los funcionarios que intervienen en un proceso judicial no depende de la claridad de su escritura”, sino de su real condición de sujeto procesal dentro del trámite.

Respecto de las pruebas practicadas por la Unidad interinstitucional de homicidios, dice, en ellas no existen incorrecciones que pudieran afectar su legalidad en la medida que cuando la censura aduce la violación del artículo 315 inciso 2 la previsión de la norma no regula una situación de hecho como la acontecida, dado el previo inicio de

la investigación por parte del Fiscal, de tal forma que la labor cumplida por la policía judicial fue resultado de una comisión y por ende no era necesaria la comunicación al Ministerio Público “quien conocía de la comisión y la práctica de pruebas (...) ya que le había sido notificada la resolución de apertura de la investigación”.

En punto del informe rendido por la unidad interinstitucional, exterioriza el desacierto de la censora, quien basada en una extrema formalidad no alcanza a ir más allá de la denuncia de una irregularidad pero sin “ocuparse de demostrar la ilegalidad de la misma, pero también, la trascendencia de dicho medio probatorio en la decisión cuestionada”, de donde concluye que la falta de firma en el informe de quienes adelantaron la tarea no quebrantó garantías de los sujetos procesales ni impidió la controversia de la prueba, la que luego fue corroborada en su contenido por el investigador a través de otros medios de convicción.

Tampoco acepta que la no práctica de los testimonios de la víctima durante el juicio haya suscitado transgresión al derecho de contradicción o al de defensa, habida cuenta que ello ocurrió por factores externos no endilgables al funcionario -amenazas a los declarantes- y además la única forma de ejercer los referidos derechos no es mediante el contrainterrogatorio sino que al efecto se cuenta con diversos medios, tal como lo acepta la casacionista.

Con relación a la aducida violación indirecta por falso juicio de identidad, considera el Delegado que en esta oportunidad el reparo “se basa en la interpretación personal que la casacionista hace de los términos, aprovechando a los efectos de su proposición, las deficiencias gramaticales que contiene el escrito” del cual irradia el supuesto error, lo que deja sin demostración el cargo.

Acerca de la demanda presentada a favor de ARNULFO ALIRIO GARCÍA, y en punto al cargo por violación directa debido a la falta de aplicación del artículo 445 del C.P.P.,

estima el representante del Ministerio Público que la censura parte de la equivocada suposición de que el juez reconoció la duda sobre la responsabilidad del procesado al decretar pruebas “lo que implica una inexcusable restricción de la función judicial y un desconocimiento del fenómeno de la duda, como condicionante de una decisión favorable para el procesado, el que solamente se plantea al juzgador en el momento de la toma de la decisión definitiva”.

Tal reflexión lo lleva a considerar que la etapa del juicio constituye prenda de garantía al derecho de defensa y aún aceptando que existan casos en los cuales al momento de decretarse pruebas en el juicio ello sea manifestación de perplejidad del funcionario sobre aspectos del objeto de la investigación, no es menos cierto que el artículo 445 del C.P.P. “no prevé dicha eventualidad para regular una situación procesal en la cual se pueden recaudar elementos fundamentales para la construcción de un razonamiento o juicio, sino solamente para los momentos de la toma de decisiones con sustento en las pruebas recaudadas”.

De allí el desacierto de la libelista al construir con sus argumentos “una unidad inescindible entre las sentencias, la resolución de acusación y el auto de decreto de pruebas”, tesis incompatible con los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios “en tanto que cada una de las fases del juicio cumple funciones distintas y no se puede atar al juez con su actividad probatoria en la forma como lo pretende..”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Demanda a favor de BLADIMIR MEJÍA.

1. Primer Cargo: Causal de nulidad.

La comparecencia del imputado al proceso penal, al convertirse en uno de los ideales de un Estado de derecho garantista que actúa sub lege -sometido a las leyes- y per leges -mediante leyes generales y abstractas-, supone que cuando aquél deja de aprovechar la oportunidad de ser vinculado mediante el acto procesal conocido como diligencia de indagatoria o injurada, pueda cumplirse la relación Estado-sujeto mediante un mecanismo denominado en nuestro medio como la declaratoria de persona ausente, que deja a salvo la defensa del imputado contumaz a través del nombramiento de un defensor letrado quien deberá realizar la concreción de tan fundamental derecho.

De esta manera, la actividad judicial a nombre del Estado debe consolidar simultáneamente la tarea de juzgamiento y la cabal protección de las garantías constitucionalmente reconocidas a los sujetos, de tal suerte que las diversas contingencias o particularidades que ofrezca el caso no pierdan de vista el patrón fundante del Estado de derecho.

Así pues, tanto la indagatoria como la declaración de persona ausente constituyen los medios de los cuales se vale el Estado jurisdicción para vincular al imputado al proceso penal, según el artículo 385 del C.P.P., actuaciones que lo mismo hacen posible la toma de la primera decisión con consecuencias importantes para este sujeto procesal, como es la definición de su situación jurídica.

La vinculación del sindicado mediante una cualquiera de estas formas según lo previene la ley, se convierte en presupuesto de validez de ulteriores actos procesales los cuales irán surgiendo de conformidad con las pautas establecidas en procura de un debido proceso amalgamado de las formas propias del juicio -artículo 29 de la Constitución-, sin que, a guisa de ejemplo, por aparecer a posteriori la posibilidad de realizar la indagatoria cuando ya ha sido definida la situación jurídica del imputado declarado persona ausente, esto implique el retroceso del trámite o la aplicación de efectos concebidos para una situación ya superada según las previsiones legales.

De allí que una interpretación teleológica de los artículos 386 y 387 del C.P.P. permita concluir que los términos diseñados para recibir la injurada al capturado suponen su presencia física y no la ficta resultante de la declaratoria de persona ausente del trámite procesal.

Es que las expresiones “tres días siguientes a aquel en que el capturado haya sido puesto a disposición del fiscal” -artículo 386 del C.P.P.- y “Cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria o vencido el término anterior, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar, dentro de los cinco días siguientes...” -artículo 387 ejusdem-, no permiten otro entendimiento. Sana y lógica interpretación que además descubre la capacidad de esta diligencia para generar un doble efecto: de un lado, sirve como medio eficaz para vincular al imputado como sujeto procesal, y del otro, se erige como medio de defensa y aún de prueba susceptible de ser arrimado en cualquier etapa del proceso -instrucción o juzgamiento- siempre que su diligenciamiento o adecuada incorporación al acervo probatorio se haga dentro de la oportunidad propicia para practicar pruebas, carácter este que se pondría en duda si su validez estuviera condicionada a ser recibida únicamente en la etapa sumarial no empece la contumacia del imputado.

En el caso a estudio, de la vinculación ficta del justiciable al proceso no es válido desprender consecuencias diversas a las ya anotadas, y menos puede catalogarse como motivo de nulidad la única actuación posible del funcionario cuando en el momento propicio del juicio se limita a abrir espacio para oír los descargos del inculpado en homenaje a la defensa material de quien voluntariamente había renunciado a ella desdeñando su comparecencia al sumario.

En este orden de ideas, el hecho de que el procesado hubiera sido capturado cuando corrían los términos de ejecutoria de la resolución de acusación no es dato que bajo ningún punto de vista desvirtúe la defensa técnica de que estuvo asistido o

deje sin piso la medida de aseguramiento que ya pesaba en su contra como consecuencia de la vinculación al trámite por el mecanismo de la declaratoria de persona ausente y por fuerza del material probatorio recaudado en su contra.

Es que el planteamiento del cargo deviene distorsionado no sólo por el desconocimiento de la estructura procesal penal imperante sino por el silencio que obligada guardó la demandante para sugerir, de acuerdo con su raciocinio, cuál funcionario debió entonces recibir la indagatoria al ya vinculado. Pregunta sin respuesta que simplemente pone de presente el reproche de la libelista como maniobra opositora a un trámite que, respetuoso de la ley, no arrojó los mejores resultados para su poderdante.

Así pues, la solución a la postrer y obligada comparecencia física del acusado al proceso no se encuentra prevista en la ley de manera diferente a como la superaron los funcionarios judiciales, quienes adelantaron el trámite guiados por la custodia de las garantías en favor del procesado, sujeto éste del que no sólo se reporta su rebeldía para comparecer al trámite -véase el informe de captura del 3 de febrero de 1994 al folio 221,- sino que además rápidamente procedió al nombramiento de una defensora de confianza, profesional ésta que sobre el tema ahora propuesto por la casacionista nada manifestó, limitándose a asistir a su poderdante en la injurada que rindió el 11 de mayo siguiente, en señal de aceptación de la legalidad de que estaba ungido el trámite.

Fue así como por este regular modo se auspició la reclamada indagatoria en su carácter de medio de prueba y no de instrumento de una superada vinculación del sujeto al proceso, por lo que era apenas razonable que dicha diligencia se practicara dentro del período probatorio del juicio, oportunidad propicia para albergar ese elemento de convicción con posibilidades de ser considerado por el juez al momento de fallar.

Colofón de que no hay irregularidad en el trámite es la desestimación del cargo.

1.2. Violación indirecta. Error de derecho por falso juicio de legalidad. (Cargo común en las dos demandas).

La violación indirecta de la ley sustancial debido a un falso juicio de legalidad, ha venido sosteniendo la Corte, se presenta en aquellos casos en los que se da cabida y confiere mérito probatorio a un medio de convicción afectado de irritualidad en el proceso formativo del mismo, cuando a una probanza se le asigna un valor distinto al prefijado por la ley (modalidad esta de difícil ocurrencia en nuestro sistema donde por regla general no hay tarifa legal sino libre apreciación probatoria) ora cuando se le niega el mérito que la legislación le confiere.

El planteamiento de la censura en este acápite surge a partir de la premisa de la inexistencia de Ministerio Público por una idea bifronte: por la reserva de identidad del agente que lo encarnó o bien por la práctica de pruebas sin su presencia. Pero la argumentación deviene contradictoria pues si la inicial discusión se centra en la falta de certeza sobre el dato que permitiera a las claras conocer quién era el representante de la sociedad, dicho reproche resulta incompatible con el cargo complementario que se basa en echar de menos al sujeto procesal cuya forma de intervenir en el proceso rechaza la censura.

Es decir, si la pretensión se funda en la inexistencia de Ministerio Público por cualquier factor, era menester el desarrollo de la censura dentro de un escenario independiente de aquél en el que lo debatido es su ausencia en parte de la actividad que le ha sido encomendada o la manera como testimonia o deja documentada su presencia en la actuación. Lo anterior para cumplir lo ordenado como aspecto formal de las demandas de casación en el inciso final del artículo 225 del C.P.P.

No empece esta glosa, tampoco tiene razón la casacionista en su reproche, por lo siguiente:

La intervención potestativa del Ministerio Público en el proceso penal, sin duda, es una de las significativas variantes contenidas en la Constitución de 1991 (artículo 277-7) en relación con este organismo de control, en el sentido de que sus agentes, de acuerdo con la importancia y trascendencia de los actos que al interior de los procesos se ventilen, determinan su intervención en procura del orden jurídico, el patrimonio público y las garantías fundamentales.

Así pues, se trata de una consideración puramente subjetiva la que hace que los agentes del Ministerio Público, previo análisis de la cuestión, determinen cuándo en un proceso es vital entrar en defensa de uno o de varios de los intereses superiores que justifican su intervención.

El ejercicio de esta discrecionalidad reglada depende de la clase de procesos en que debe intervenir y de la actitud que frente a ellos puede guardar el agente del Ministerio Público según las distintas fases del trámite, lo que pone de presente cómo una vez notificado de la apertura de una investigación, dicho funcionario no está fatalmente obligado, por ejemplo, a intervenir en la práctica de las pruebas o a ejecutar sin alternativa un estricto seguimiento a todas las actuaciones judiciales.

Pero las reflexiones de la demanda se hacen más inconsistentes para la casación del fallo, cuando se advierte que todo lo que alcanza a decir es que no se supo cuál era la persona natural que en delegación del Ministerio Público asumía la función. Glosa esta que a más de infundada resulta inocua en aras de justificar un reproche en contra de un proceso en el que con el aviso de su iniciación al representante de la sociedad se cumplía con el establecimiento de la relación entre el Estado y uno de los sujetos procesales, en este caso el que habría de ejercer control.

Y no se diga que de pronto por el desconocimiento del nombre de la persona

suscriptora de un documento se pudo haber impedido el ejercicio de los medios tendientes al restablecimiento de una situación anormal, como sería el caso de una recusación, porque en casación es insustituible la verificación del presupuesto en el cual se pretende fundar la censura, pues de no ser así el recurso abriría puertas a la conjetura, a las simples hipótesis, desvirtuándose su naturaleza de instrumento revisor de la legalidad de las sentencias.

Pero los desaguizados aumentan cuando se examinan los restantes argumentos de la demanda, toda vez que ni siquiera se atina a adecuar el caso con la norma procesal que lo reguló, supuesto que se echa de menos el aviso de parte de la policía judicial al Ministerio Público cuando la instrucción fue abierta directamente por el Fiscal, circunstancia que hace inaplicable el inciso final del artículo 315 C.P.P., pues esta norma se refiere al caso en que la investigación tiene origen en quienes ejercen funciones de policía judicial.

De lo anterior se sigue, contrario a lo buscado por la libelista, que las pruebas practicadas por la policía judicial por comisión de la fiscalía, según la orden 118 del 6 de agosto de 1993, no contienen irregularidad alguna por la no presencia del Ministerio Público durante su evacuación.

El planteamiento final ofrecido por la demanda, en el sentido de que a fuerza de ser irregular la aportación de los testimonios de los hermanos de la víctima por haber sido recogidos por la policía judicial, limitó la contradicción por no haberse podido ratificar sus contenidos durante el juicio, constituye una reflexión que también deviene inane frente al compromiso casacional, toda vez que las propias palabras de la libelista muestran la factibilidad del ejercicio del contradictorio a través de vías diferentes a las del contrainterrogatorio.

Empero, esta desordenada forma de plantear la censura se muestra ajena al

propuesto error de derecho por falso juicio de legalidad, amén de que su contenido robustece las notas de una denuncia con base propia en el motivo tercero de casación, lo que de contera quebranta en materia grave el principio de la autonomía de las causales.

En síntesis, aparte de su informal desarrollo, la censura no pasa de estar fundada en meras hipótesis sin comprobación alguna, tornando inoperante el ataque que en su conjunto más parece una selección de los medios probatorios que sirvieron de apoyo al juzgador para imponer la condena, con el inocultable afán de colocar sobre cada uno de ellos reparos inconsultos en procura de que el fallo quedara huérfano de sustento, pero sin la necesaria comprobación de los vicios de actividad verdaderamente trascendentes para poner en vilo la validez de la actuación impugnada.

Con toda razón el Ministerio Público conceptuó:

“La Delegada respecto de la alegación propuesta, debe agregar que la demanda ha debido, además de señalar la irregularidad de la prueba, ocuparse de demostrar la ilegalidad de la misma, pero también, la trascendencia de dicho medio probatorio en la decisión cuestionada y la forma como debería resolverse la acusación propuesta, de manera que se ha debido analizar todo el acervo probatorio frente a dichas condiciones, para demostrar que sin el informe cuestionado no era procedente una sentencia de condena”.

Las señaladas falencias hacen inevitable la desestimación del cargo.

1.3. Violación indirecta. Error de hecho por falso juicio de identidad.

Si ninguno de los anteriores cargos alcanzó a comprometer la legalidad del fallo

impugnado, éste tampoco es la excepción pues con él la censura lo que hace es conducir el discurso por la ruta de la interpretación personal de un medio probatorio, que en su opinión no permitía determinar que el procesado fuera la misma persona conocida dentro del argot delincuencial con el cognomento de “caballo”.

El falso juicio de identidad, caracterizado por la distorsión que del contenido material de la prueba hace el juzgador o por el desprendimiento ilógico de consecuencias que no derivan de su texto ni de su esencia, nada tiene en común con esta censura que disfrazada de error de hecho lo que busca es oponer al autorizado criterio del juez la opinión de la casacionista sobre el mérito que tiene las pruebas por ella seleccionadas.

En efecto, la libelista acude en vano a una serie de raciocinios que no delatan error alguno sino la clara intención de reprochar una deducción del juzgador, cuando éste hubo de conocer el contenido material de una carta en la que aparecían signos escriturarios de clave entre los miembros del grupo de transgresores de la ley penal, del que formaba parte el procesado BLADIMIR MEJÍA, olvidando en todo caso que antes de la misiva la autoridad tenía conocimiento de que MEJÍA era la misma persona con el remoquete de “caballo”, como así lo destaca el oficio 5984 del 16 de diciembre de 1993 en el que la Unidad de vida solicitó información “sobre los antecedentes que allí registren BLADIMIR MEJÍA HERNANDEZ (sic) A. Caballo...” -folio 182 vto-, y de otro lado, que de su actividad como electricista también da fe la propia manifestación del justiciable en la indagatoria a la que fue sometido por el delito de porte ilegal de arma de fuego.

Como si lo anterior fuera poco, fuera de imponer una particular interpretación sobre un medio probatorio, en la demanda no hay ilustración alguna referida a la posible trascendencia del yerro acusado, tarea que pone de relieve no sólo la falta de comprobación sino también la incidencia del supuesto error en el fallo, todo lo cual conduce al rechazo del cargo.

2. Demanda presentada a favor del procesado ARNULFO ALIRIO GARCÍA.

2.1. Violación indirecta. Error de derecho por falso juicio de legalidad.

Su improsperidad ya se examinó al estudiar el mismo cargo contenido en la demanda de Bladimir Mejía Hernández.

2.2. Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de la norma que prevé el principio del “in dubio pro reo”.

Bien particular es el ejercicio practicado por la demandante en desarrollo de la censura, al denunciar coetáneamente la transgresión de los artículos 29 de la Constitución Política y 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal, pues cuando menos resulta abiertamente contrario a la lógica que se mencione la falta de aplicación tanto del precepto que justamente habilitó al juzgador para condenar cuando tuvo la certeza necesaria de la responsabilidad penal del procesado -artículo 247 del C.P.P.- como del que dispone la absolución por duda -445 ibídem-.

Este evidente antagonismo surge de la falta de cuidado en la construcción del juicio técnico jurídico requerido en sede de casación, que para el caso imponía a la censora haber aceptado los hechos del debate y la prueba en la forma como fueron apreciados por el sentenciador, condición básica del manejo acertado de la causal primera en la forma de violación directa de la ley sustancial por inaplicación normativa.

Pero el anterior no es el único dislate que atenta contra la técnica y la lógica propia de la casación, suficiente para desestimar el cargo, sino que también sorprende a la Corte la manera como la recurrente construye el supuesto estado de dubitación del juez haciéndolo surgir desde el momento del decreto de pruebas en el juicio para llevarlo concatenado a la sentencia, con el fin de aparentar una inescindibilidad de actos procesales que según ella le dan vigencia a una violación directa de la ley sustancial, producto de

la inaplicación de la norma que prevé el “in dubio pro reo”.

Como su nombre lo indica, el proceso está formado por distintas etapas que en una congruente secuencia permite el desenvolvimiento de la acción penal hasta el momento culminante de la sentencia, en cuyo ejercicio los funcionarios judiciales, con la debida observancia de las garantías debidas a todos los sujetos que en él intervienen, procuran mediante el método reconstructivo el establecimiento de la verdad acerca del hecho histórico que se reputa delictuoso, sin que en cada una de las fases del diligenciamiento deban festinar el grado de conocimiento que el material probatorio les pueda forjar hasta ese momento pues, tratándose de la etapa de la causa, el examen de conjunto del material probatorio y por consiguiente la declaración de certeza o de duda está deferida a la sentencia.

El principio de investigación integral muchas veces impone la actividad probatoria en los distintos períodos dispuestos para ello no obstante haber adquirido ya el funcionario judicial virtual certeza sobre la existencia de los hechos investigados y de la responsabilidad del procesado, por lo que resulta equivocado suponer que si en el juicio el juez ordena pruebas es porque aún no tiene certeza acerca de lo que es materia de juzgamiento.

Como atinadamente expone la Delegada, la suposición en este caso de que el sentenciador de primera instancia tenía dudas respecto de la responsabilidad del investigado por haber dispuesto la práctica de unas pruebas que finalmente no se evacuaron, implica una “inexcusable restricción de la función judicial y un desconocimiento del fenómeno de la duda como condicionante de una decisión favorable para el procesado, el que solamente se plantea al juzgador en el momento de la toma de la decisión definitiva”.

Pero si en gracia de discusión se aceptara que la frustránea orden de pruebas

se dio para esclarecer mejor algunos puntos de lo que era objeto de averiguación, la involuntaria preterición de las mismas no podría necesariamente conducir a una sentencia absolutoria fincada en el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, menos cuando esta preceptiva no está referida al momento de impulsar el proceso o de nutrirlo con elementos de convicción sino al instante de tomar decisiones con sustento en todo el acervo probatorio.

Y la supuesta incidencia negativa del insular fracaso probatorio en la mente del fallador se hace aún más intrascendente e inocua cuando se para mientes en que, de haberse producido alguna inquietud mental en torno a uno de los extremos de la acusación, esto no sólo ocurrió en un estadio procesal diferente al del fallo sino que se tendría que predicar exclusivamente del juez de primera instancia y jamás del ad quem, quien como apenas resulta obvio, contrastando los puntos de impugnación, elabora su propio juicio de reproche fundado en la certeza que le produce, no las dubitaciones del a quo, sino el mérito de las pruebas que obran en el proceso.

El cargo no prospera.

No obstante, como se advierte que desde el momento de la ejecutoria de la resolución de acusación por el injusto de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal que se imputó a Arnulfo Alirio García y a Bladimir Mejía Hernández en concurso con el homicidio -ocurrida el 17 de febrero de 1994- a la fecha actual ha transcurrido un tiempo superior al necesario para que se presente el fenómeno de prescripción de la acción penal, según las previsiones del artículo 84 del Código Penal, es necesario hacer tal declaración, disponiendo la consecuente cesación de todo procedimiento por tal concepto y ajustando la pena para suprimir el incremento correspondiente a este hecho punible.

En este orden de ideas, como la pena calculada por el homicidio en la segunda

instancia fue de veinticinco años de prisión para Arnulfo Alirio García Morales y de veinte años y diez meses para Bladimir Mejía Hernández (fls. 459), a ese monto se contraerá la condena que en definitiva deberán purgar los sentenciados.

De acuerdo con lo anterior LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1.- NO CASAR la sentencia impugnada.

2.- Declarar oficiosamente la prescripción de la acción penal respecto del delito de porte ilegal de arma de fuego imputando tanto a Arnulfo Alirio García Morales como a Bladimir Mejía Hernández; por consiguiente, se ordena cesar todo procedimiento por este hecho.

3.- Como consecuencia de lo anterior, la pena principal que en definitiva deberán purgar los sentenciados será de veinticinco (25) años de prisión Arnulfo Alirio Carcía Morales, y veinte (20) años y diez (10) meses de prisión Bladimir Mejía Hernández.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CÚMPLASE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

no

JORGE E. CORDOBA POVEDA

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

DÍDIMO PAEZ VELANDIA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Secretaria

RICARDO CALVETE RANGEL

CARLOS A.GALVEZ ARGOTE

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA