

Proceso N° 11040

|CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta N° 165

Santafé de Bogotá, D. C., veintidós de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS:

En virtud del recurso extraordinario de casación, la Sala revisa la sentencia de segunda instancia fechada el 30 de marzo de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la condena impuesta a los procesados WALTER HERNÁNDEZ VELÁSQUEZ, ANSELMO REYES, LUIS ENRIQUE MOLANO OSPINA y JORGE PIEDRAHÍTA PACHECO, quienes fueron acusados por el delito de acceso carnal violento cometido en contra de la libertad y el pudor sexuales del señor JOSÉ VÁSQUEZ ALARCÓN.

Se cuenta con el concepto previo del Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

José Vásquez Alarcón había sido confinado en el patio 3, celda 1 de la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué, sindicado del delito de hurto, lugar en el cual fue sorprendido por algunos de sus compañeros de reclusión a la una de la mañana del día 7

de julio de 1993, quienes procedieron a amarrarlo y después lo accedieron carnalmente por vía anal. Aproximadamente a las 4 y 30 horas del mismo día, todavía maniatado el ofendido, los violadores lo sometieron al acceso por vía oral, obligándole a que consumiera el semen desprendido en ilícita cópula.

Fueron señalados como coautores de estos hechos los internos Walter Hernández Velásquez, Anselmo Reyes, Luis Enrique Molano Ospina y Jorge Piedrahíta Pacheco.

En razón de la denuncia escrita presentada por el ofendido José Vásquez Alarcón, se abrió formalmente la investigación por una fiscal delegada ante los jueces penales del circuito del lugar, funcionaria que vinculó por medio de indagatoria a los imputados Anselmo Reyes, Jorge Piedrahíta Pacheco, Luis Enrique Molano Ospina (a. chilgua) y Walter Hernández Velásquez o “Jorge Niño” (fs. 4, 70, 82, 85 y 87).

El día 2 de agosto de 1993, la funcionaria instructora decidió la situación jurídica de los cuatro vinculados, a quienes les profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como coautores del delito de acceso carnal violento, agravado por el concurso de personas en el hecho, de conformidad con los artículos 298 y 306-1 del Código Penal (fs. 105).

Cerrada la investigación y agotado el traslado legal, la fiscal calificó el mérito del sumario en providencia del 22 de octubre de 1993, según la cual los cuatro sindicados recibieron acusación por el delito antes indicado, con la circunstancia de agravación expresada, pero en concurso de hechos punibles surgido por la repetición del acto carnal violento en la misma víctima (fs. 186 y 202). Esta decisión quedó ejecutoriada el 25 de noviembre de 1993 (fs. 221v.).

Para la fase del juicio asumió el conocimiento el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, despacho que abrió el plenario a pruebas el 3 de diciembre de 1993 y ordenó algunas diligencias por medio de auto del 11 de febrero de 1994 (fs.

224f. y 258v.). Realizada la audiencia pública, el juzgado de instancia dictó sentencia el 19 de agosto de 1994, en razón de la cual condenó a los procesados Anselmo Reyes, Luis Enrique Molano Ospina, Walter Hernández Velásquez y Jorge Piedrahíta Pacheco, como coautores de un concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, los tres primeros a la pena principal de 46 meses de prisión, y el último a la de 44 meses de prisión; igualmente, les impuso la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual a la respectiva pena privativa de la libertad y, solidariamente, los declaró responsables de la obligación civil resarcitoria en cuantía equivalente a 60 gramos oro; por último, negó a todos los condenados el subrogado de la condena de ejecución condicional (fs. 363 y 375).

Por obra del recurso de apelación, el Tribunal Superior de Ibagué dictó la sentencia de segundo grado que ahora es objeto de impugnación extraordinaria, según la cual se confirmó todo lo decidido en primera instancia (cuaderno del Tribunal, fs. 58).

Interpusieron el recurso de casación los procesados Anselmo Reyes y Walter Hernández Velásquez, pero sólo el defensor del último presentó la respectiva demanda de sustentación.

RESEÑA DE LA DEMANDA:

El actor aduce tres cargos en contra de la sentencia:

1. El primero lo presenta como violación indirecta de la ley por error de hecho en la valoración de la prueba, que, según lo indica, es la tercera modalidad de esta clase de error. Explica que, en relación con el dictamen proferido por el médico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el Tribunal ha distorsionado su sentido, porque le ha hecho producir efectos probatorios no derivados de su contexto y, correlativamente, ha desestimado su verdadero valor y alcance para demostrar la inocencia de su defendido.

Cita textualmente una parte del dictamen médico legal y también lo pertinente del texto de la sentencia, con el fin de concluir que el fallador ha tergiversado el sentido de la prueba, que a las claras muestra la ausencia de violencia y, por ende, también la existencia de consentimiento del denunciante José Vásquez Alarcón para que lo accediera carnalmente Luis Enrique Molano Ospina, su compañero de celda. Explica que de dicha prueba científica se infiere que la víctima es una persona dada a ofrecer la satisfacción homosexual, conclusión bien distinta a la que enseña el fallador, porque no se habla en aquélla del desgarramiento que debía resultar por la penetración múltiple de varios órganos viriles, ni siquiera de cambios en el color natural de la cavidad anal, tampoco de señales de trastorno psicológico, sino de dos microscópicos desgarros.

Agrega que se han violado los artículos 247 y 273 del Código de Procedimiento Penal, el primero porque se dictó sentencia condenatoria a sabiendas de que la prueba pericial distorsionada no brindaba la certeza para hacerlo; y el segundo, en razón de que la apreciación del dictamen le exige al sentenciador tener en cuenta su firmeza, precisión y la calidad de sus fundamentos.

2. El segundo cargo se expone al amparo de la causal primera, de manera subsidiaria, como violación directa de la ley sustancial, ya que el Tribunal no aplicó el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 247 del mismo ordenamiento, según el cual en las actuaciones judiciales toda duda debe resolverse en favor del procesado.

El fundamento del ataque consiste en que el escaso acervo probatorio, aunado a una peritación que descarta la violencia y la pluralidad de autores en el acceso carnal, era suficiente para generar duda, máxime que la manifestación de la presunta víctima es insular y cobran fuerza de convicción las versiones de los sindicados. Es que no es posible obtener la certeza de la sola versión del denunciante, la cual debió ser comprobada y, por

el contrario, resultó infirmada tanto por el dictamen como por la explicación de los procesados.

3. La tercera censura se presenta como nulidad por violación de la garantía de defensa técnica, dado que desde los comienzos de la actuación el procesado Hernández Velásquez ha carecido de una defensa profesional que hubiera podido mejorar su posición procesal. Aunque se le designó un abogado para la indagatoria, y solamente para dicha diligencia, diez días después se nombró al doctor José Raúl Porras Morales para que lo asistiera en todo el proceso, pero, posteriormente se dio posesión para el mismo menester a un tercero, el doctor Carlos Julio Forero Oviedo, actitudes que han sembrado confusión sobre quién ejercía legítimamente la defensa de Hernández Velásquez.

Mas, cualquiera fuere el abogado habilitado para ejercer la defensa de su pupilo, lo cierto es que a ninguno de los dos reconocidos en el proceso se le notificó la medida de aseguramiento proferida en contra de su defendido, ni tampoco la resolución de cierre de investigación, y solamente se vino a notificar la resolución de acusación al doctor Porras Morales, hecho que indicaba entonces que éste era el que continuaba con el encargo de oficio.

Con todo, la presencia del defensor en el proceso fue pasiva, porque se limitó a estampar su firma en dos o tres oportunidades, pero no solicitó ni criticó la prueba, ni interpuso recursos contra decisiones tan graves y fundamentales como la resolución de acusación y la sentencia condenatoria, ni llevó alegaciones defensivas a la actuación procesal. Es decir, se trata de una total ausencia de defensa técnica, algo meramente formal o una “hipócrita fachada defensiva”. Toda la carga defensiva, agrega, corrió por cuenta del procesado, quien, como es obvio, no podía proveerse de los recursos técnico-jurídicos para la demostración de su inocencia.

Así las cosas, el proceso se reveló como la actividad de un solo sujeto procesal, el fiscal, quien para acusar actuó con toda la libertad y sin la menor crítica defensiva.

Como concepto de violación, el censor expone que se han desconocido los artículos 29 de la [Constitución Política](#) y 1° del Código de Procedimiento Penal, a cuyo tenor la jurisprudencia ha dicho que no basta a los fines de la defensa la designación de un abogado que sólo comparece al proceso a avalar una decisión, sino que debe hacerlo para ejercer una defensa real, material y técnica.

Solicita, en consecuencia, que se declare la nulidad de lo actuado, a partir de la resolución de situación jurídica, por haberse violado el derecho de defensa consagrado constitucionalmente como de carácter fundamental.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Procurador Delegado dice que por razones de prioridad se ocupará en primer lugar del cargo de nulidad y pasa a ofrecer el siguiente parecer:

1. En cuanto a la resolución que impuso medida de aseguramiento, por ser interlocutoria, sólo era imperativa su notificación personal al sindicado Hernández Velásquez, que estaba privado de la libertad, de conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Penal, mas no era obligatoria tal forma de comunicación a su defensor.

Ahora bien, en caso de existir alguna omisión, ella no tendría trascendencia dañina en el campo de las garantías procesales, en razón de que la situación jurídica no tiene carácter definitivo y sería removible o modificable en cualquier tiempo por petición del defensor.

Respecto de la notificación del cierre de investigación, dice el Procurador, se trata de una falsa referencia del actor, porque, según el acta de folios 186, ella se hizo personalmente al abogado Carlos Forero Oviedo, quien fue designado como defensor de oficio del procesado en la creencia errónea de que carecía de él, cuando en verdad oficiaba como tal el doctor José Raúl Porras Morales.

Tampoco es suficiente la confusión aludida respecto del defensor, porque el primero de ellos sólo se notificó del acto de cierre de investigación, pues las demás actuaciones relevantes se comunicaron al profesional que venía ejerciendo en la fase sumarial, máxime que todo se debió al sano propósito de enmendar una eventual infracción al derecho de defensa.

Sin embargo, agrega el Delegado, lamentablemente para la actuación procesal asiste razón al impugnante en cuanto a que la defensa del profesional Porras Morales fue paupérrima, pues no se preocupó por ejercitar el derecho de contradicción, ni de controvertir las decisiones judiciales, y apenas sí se limitó a una intervención vaga en la audiencia pública, ya porque su participación era obligatoria.

Aunque entiende que no existe una medida o rasero para sopesar la actividad de los defensores, porque definitivamente el juicio debe ser objetivo y particularizado, no puede ocultar que en este caso el campo probatorio ni siquiera se exploró, la prueba quedó limitada a las versiones de los compañeros de celda, la del propio ofendido y a las pruebas periciales practicadas al último, que tampoco fueron objetadas. De igual manera, se vislumbra la carencia absoluta de alegaciones procesales por parte del abogado de oficio y también se echa de menos la interposición de recursos en contra de las decisiones judiciales adoptadas, lo cual hace notoria la negligencia en el ejercicio de la función encomendada.

Admite que es absoluta la importancia de la prueba que condujo a la condena, sobre

todo el dictamen pericial y la declaración del ofendido, pero advierte que ello se debió fundamentalmente a que nada se hizo defensivamente para rebatirla, o ampliarla en el caso de la técnica, pues, sugerida la homosexualidad de la víctima, el defensor pudo solicitar las declaraciones de los anteriores compañeros de celda o de patio de Vásquez Alarcón, o pedir ampliación del primer dictamen aportado sobre un supuesto acto consentido, aspectos que por no haberse tocado dieron al traste con una mejor labor defensiva.

Pero la apatía del titular de la defensa llegó al extremo de no impugnar la sentencia condenatoria, ni tampoco acudir a la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación en el Tribunal de Ibagué, programada a instancias de otro colega en la causa, diligencia a la que sí asistieron los demás defensores para coadyuvar la petición del recurrente.

Cita en aval de propuesta la decisión del 23 de noviembre de 1995, con ponencia del magistrado Ricardo Calvete Rangel, por medio de la cual la Sala advierte que no puede calificarse como “estrategia defensiva” la absoluta inactividad del abogado y el abandono de sus deberes profesionales.

Agrega que en el caso analizado no puede argüirse que la función defensiva se haya salvado por la intervención de audiencia pública, pues, además de haber sido brevísima y superficial, termina por pedir la absolución con base en vacíos de interrogatorio que se debieron en buena parte a su propia inercia en el curso de la actuación procesal.

Solicita entonces la estimación del cargo para que se decrete la nulidad parcial de la actuación, en relación con la situación del procesado Walter Hernández Velásquez, a partir de la resolución que definió su situación jurídica, sin incluirla.

2. Sobre el primer cargo, referido a la violación indirecta de la ley sustancial,

aduce deficiencias técnicas porque todo lo que hace el censor es anteponer su criterio personal en cuanto a la valoración de la prueba pericial, cuando el examen de las instancias viene provisto de la doble presunción de legalidad y acierto.

Por lo demás, llegar a concluir que de dicha prueba pericial puede concluirse que no hubo violencia, o que de suyo demuestra una tendencia homosexual del ofendido, es algo que riñe con toda objetividad en su análisis. El censor se aplica a lo que debió decir el dictamen, solamente con el parcelado propósito de obtener una decisión favorable, pero la estrangulación de la prueba en realidad la hace él y no la sentencia atacada.

Sostiene que en el error de hecho por falso juicio de identidad debe señalarse objetivamente de qué manera el sentenciador le puso a decir a la prueba algo que no emerge de su contexto, o porqué se cercenó su contenido y además señalar la trascendencia del equívoco en la sentencia definitiva.

De otra parte, el actor no ha señalado si el supuesto error de hecho condujo a la falta de aplicación de algún precepto, o a su indebida aplicación, lo que de bulto imposibilita conocer adecuadamente la propuesta.

3. En cuanto al segundo cargo, propuesto como violación directa de la ley sustancial, el Procurador señala errores garrafales que hacen improcedente la objeción. En efecto, la sustentación pone en evidencia una entremezcla de las dos modalidades de la violación a la ley sustancial, pues se refiere concatenadamente a la censura probatoria que le sirvió de base al primer cargo, cuando por la vía de la transgresión directa no se admiten reproches alusivos a la prueba, precisamente porque la conculcación a la ley es directa o inmediata.

Mas, otro presupuesto impide de facto la fructificación del cargo, porque la falta de aplicación del artículo 445 del C. de P. P., que consagra el instituto del in dubio pro reo,

sólo ha de reconocerse como violación directa en la exclusiva eventualidad de que el Tribunal, pese a determinar un estado de duda probatoria en la sentencia, termina apartándose del precepto y produce una condena. Así lo ha definido la Corte en varias decisiones, particularmente en la sentencia del 10 de julio de 1991, con ponencia del magistrado Guillermo Duque Ruiz.

El Ministerio Público propone a la Corte que desestime los dos primeros cargos, pero recomienda que, en relación con el tercero, se case la sentencia en el sentido de decretar la nulidad aludida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

En razón de la regla práctica de la prioridad que rige en materia de casación, la Sala atenderá en primer lugar el cargo relacionado con la supuesta nulidad por violación del derecho de defensa técnica, censura que aparece como tercera en el escrito de demanda.

A. DE LA NULIDAD:

Es cierto que en la diligencia de indagatoria el sindicato WALTER HERNÁNDEZ VELÁSQUEZ estuvo asistido de oficio por el abogado Silvino Bermúdez Botero, quien después fue sustituido por el profesional José Raúl Porras Morales, designado éste por la Fiscalía en la misma calidad (fs. 87 y 138). También es verdad que la instructora se confundió cuando, tras no advertir que el cargo de defensor de Hernández Velásquez ya estaba provisto, hizo una nueva designación de oficio en la persona del abogado Carlos Julio Forero Oviedo.

Sin embargo, la doble provisión de defensa técnica, aunque equivocada, fue una situación transitoria, además no generó conflicto alguno entre los dos profesionales reconocidos en el proceso y tampoco le produjo ningún perjuicio a los intereses del sindicato. En efecto, la resolución de cierre de investigación sólo se notificó

personalmente al doctor Forero Oviedo, en calidad de defensor del procesado Hernández Velásquez (fs. 186); en cambio, el resto de las actuaciones relevantes en el proceso, tales como las providencias de acusación, de apertura del juicio a pruebas y de fijación de fecha para audiencia pública y la sentencia de primer grado, se notificaron personalmente al doctor Porras Morales (fs. 219, 224v., 318 y 390).

Ahora bien, como lo repara el Procurador Delegado, la ausencia de notificación personal de la providencia de situación jurídica al defensor del procesado Hernández Velásquez, no constituye ningún agravio a la defensa, pues, de conformidad con los artículos 188 y 190 del C. de P. P., tal forma de comunicación sólo era inexorable respecto del Ministerio Público y el sindicado privado de la libertad, y así se cumplió, siendo procedente la notificación por estado respecto de los demás sujetos procesales que no pudieron integrarse personalmente en el contenido de la resolución (fs. 115 y 116).

Desde luego que el mayor énfasis de la alegada irregularidad se ha puesto en que la actitud pasiva del defensor técnico en el curso de proceso, pues, según se observa, no solicitó pruebas, ni criticó sus resultados, tampoco interpuso recurso alguno contra las decisiones fundamentales y adversas al procesado. La defensa técnica, en resumen, fue meramente formal y todo recurso defensivo corrió por cuenta del procesado.

En orden a proveer una solución dogmáticamente correcta y materialmente justa, es necesario partir de las siguientes premisas teóricas:

a) El derecho del sindicado a un defensor técnico libremente escogido por él, o subsidiariamente provisto por el Estado, es una garantía prevista tanto en el artículo 29 de la [Constitución Política](#) como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968, artículo 14.3.d) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.d.e).

b) El carácter unilateral del ejercicio del poder punitivo del Estado exige, en aras

de preservar el la igualdad de oportunidades dentro del proceso, que el sindicado tenga como defensor a una persona con un nivel básico de formación jurídica para compensar en algo la inferioridad en la que quedaría, porque las más de las veces los imputados carecen de los recursos forenses que se demandan para defender una causa penal. Por tan elevada consideración del anhelado equilibrio entre las partes, la defensa técnica se ha establecido como un presupuesto de validez del proceso, y la falta constituye causal de nulidad, sin posibilidad de saneamiento, tal como lo prevén los artículos 304-3 y 308-3 del Código de Procedimiento Penal.

c) Aunque el defensor técnico cumple funciones de asistencia y representación de los intereses del procesado, no por ello deja de ser un sujeto procesal autónomo. Así entonces, los vacíos o las omisiones relevantes en el ejercicio de la defensa técnica no pueden colmarse con el pretexto de que hubo defensa material cumplida por el procesado, pues la Carta Política claramente prevé la concurrencia de los dos elementos: defensa y asistencia de un letrado. Con razón, el Código de Procedimiento Penal, en el título de los sujetos procesales, regula separadamente lo concerniente al procesado y el defensor (título III, capítulos III y IV).

d) En el mismo sentido constitucional, la defensa técnica (igual que la material) es ininterrumpida, porque obliga durante la investigación y el juzgamiento, de tal manera que las precariedades ostensibles y dañinas de la primera fase no podrían compensarse con la actividad de la segunda etapa, por más meritoria que ésta sea.

e) Dado que la labor defensiva de asistencia al procesado, idiomática y jurídicamente, significa un despliegue de medios o esfuerzos encaminados a mejorar la situación de aquél, la jurisprudencia de esta sala ha repudiado la pasividad del defensor, de tal manera que no basta la designación o reconocimiento de un profesional del derecho en el proceso, sino que se exigen de su parte actos para que la defensa sea real y efectiva y no se quede en el plano de lo nominal e ilusorio, pues sólo así se satisface la

dialéctica propia del proceso. Por ello, la Corte también ha estimado que la dinámica de la defensa técnica debe cubrir funciones tales como la comunicación permanente con el sindicado, la asistencia a los actos de defensa material (indagatoria, reconocimiento en fila de personas, declaraciones con reconstrucción de hechos, sentencia anticipada), examen de las actuaciones y control de las mismas, reclamo de la libertad cuando sea procedente, petición y ofrecimiento de pruebas, proposición de diligencias, presentación de alegatos de defensa e interposición de recursos (sentencias de 23 de noviembre de 1995,

M. P. Ricardo Calvete Rangel; 18 de septiembre de 1997, M. P. Fernando Arboleda Ripoll; y 3 de junio de 1998, M. P. Dídimo Páez Velandia).

También ha precisado la jurisprudencia que es difícilmente mensurable la actividad defensiva, máxime si la valoración se ensaya desde la perspectiva del juez como tercero imparcial, porque aquella siempre es parcial, y entonces resulta arriesgado tratar de enmarcar la defensa al gusto del juzgador. No es fácil detectar si algunos silencios y expectativas del defensor obedecen a una “estrategia defensiva”; pero, de todas maneras, objetivamente sí puede afirmarse que no siempre la mejor defensa es aquella que atiborra el proceso de peticiones y recursos, sin cuidarse de la pertinencia, que insinúan más un propósito dilatorio que defensivo, pero igualmente tampoco puede reputarse como estratégico el marcado abandono de la causa encomendada.

Por ello, a partir de estas disquisiciones teóricas, en cada caso es preciso hacer un balance de la actividad del defensor profesional, no tanto por la contundencia de los resultados probatorios que llevaron a la sentencia condenatoria, pues, desde ese equivocado perfil a posteriori, cualquier defensa técnica (y aún la ausencia de la misma) estaría justificada y para nada contarían las posibilidades defensivas que se desperdiciaron en el curso de la formación de las pruebas, o de las decisiones y de todo el proceso en general. Sin embargo, en dicha ponderación sí cuenta el desarrollo y

materialización del principio de investigación integral, conforme con el cual la búsqueda judicial debe ocuparse tanto de lo inculpatario como de lo exculpatario, no porque de esa manera pueda llegar a sustituirse la defensa en cualquiera de sus dos matices, sino porque la cumplida vigencia de dicho postulado en manos de los funcionarios judiciales sí puede explicar razonablemente cierta inactividad del defensor técnico.

El balance de la defensa técnica del procesado Walter Hernández Velásquez es el siguiente:

Fue asistido por un defensor letrado en las diligencias de indagatoria y reconocimiento en fila de personas (fs. 17 y 87). El abogado de oficio fue notificado personalmente de las providencias de cierre de investigación, de acusación, de apertura del juicio a pruebas, de la que fijó fecha para audiencia y de la sentencia de primera instancia (fs. 186, 219, 224v., 318 y 390).

En la audiencia pública fue oído el testigo Héctor Rodrigo Angarita Rodríguez, uno de los reclusos que supuestamente sabía de las tendencias homosexuales de la víctima, y después del interrogatorio del juez, solamente intervino el defensor del procesado Hernández Velásquez para hacer dos preguntas exploratorias sobre el conocimiento anterior del ofendido y el tema de homosexualidad antes indicado (fs. 366).

Ahora bien, no obstante que al Procurador Delegado le parece que la intervención del defensor en la audiencia pública fue “brevísima y superficial”, lo cierto es que allí, aunque sin el detalle y la extensión que se acostumbra en participaciones de mejor factura, aparecen manifestaciones defensivas pertinentes y precisas: aduce que la acusación sólo se ha edificado en el testimonio del ofendido, quien, por haber sido señalado como homosexual, ofrecería serios motivos de duda frente a la sana crítica; que era deber del

Estado-jurisdicción averiguar por esa señalada debilidad homosexual que algunos imputados le atribuyeron al ofendido en el curso del proceso, mas, como así no se hizo, imperaría la aplicación del principio de in dubio pro reo en favor de su asistido, máxime que éste desde la indagatoria siempre negó cualquier contacto sexual violento con la víctima y sólo uno de los sindicados admitió una relación consentida de tal naturaleza, lo cual a su vez justifica la presencia de semen y rastros de una cópula anal como resultado del examen realizado por el Instituto de Medicina Legal (fs. 368 y 369).

De otra parte, desde la óptica del desarrollo material del principio de investigación integral, se tiene que la funcionaria instructora ordenó un examen médico-legal del afectado, con el fin de establecer “si había sido accedido carnalmente, en caso positivo si dicho acceso es reciente o antiguo” (fs. 6). La prueba indicada en sí es potencial, porque puede arrojar resultados que eventualmente favorecerían o perjudicarían al imputado, pero lo que sí se advierte es que el instructor actuó con imparcialidad en su mente, pues quiso constatar la queja del ofendido pero también se cuidó de averiguar otros datos que descartaran una posible impostura de su parte. Y en verdad, el dictamen, también de manera objetiva, refiere que el examinado “presenta excoriación oblicua de 0.9 x 0.2 cm en el límite entre tercios medio y distal externos de antebrazo izquierdo”...; en el examen anal exhibe “dos pequeños desgarros superficiales de aproximadamente 0.2 y 0.3 cm cada uno a nivel de la 1 del meridiano”, hallazgos físicos que eran sugestivos de acceso carnal anal; pero de todas maneras la valoración de la prueba quedaba deferida al funcionario judicial (fs. 38).

También se incorporaron a la investigación las diligencias internas practicadas por la Dirección de la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué, entre las que cuentan las declaraciones rendidas por los reclusos Luis Humberto Salcedo y Héctor Rodrigo Angarita, ajenos a cualquier imputación en los hechos investigados, y, por ende, garantía de una averiguación integral de lo ocurrido (fs. 8 y 9).

En el mismo tono de búsqueda imparcial, ya en la fase del juzgamiento, el juez de primera instancia ordenó los testimonios de los entonces internos Carlos Oviedo, Geovany Sánchez, Luis Humberto Salcedo y Héctor Rodrigo Angarita, pero sólo el último compareció a la audiencia pública para rendir una declaración que en nada favorece los intereses de los acusados (fs. 258v. y 259).

Así las cosas, es cierto que el defensor del procesado Walter Hernández Velásquez no solicitó pruebas, tampoco interpuso recursos en contra de las más importantes decisiones en este proceso, pero aceptablemente desarrolló la defensa técnica encomendada, porque, en primer lugar, cumplió una relevante función de control por medio del conocimiento personal de esas mismas determinaciones, y entonces no puede asegurarse que descuidó los intereses del procesado si no interpuso recursos, pues también los defensores, en medio de su ética y profesionalismo, pueden conformarse sensatamente con las providencias judiciales por la fuerza irrefragable de su contenido; en segundo lugar, de cara a la cumplida vigencia del principio de investigación integral, no puede afirmarse que el defensor abandonó la obligación de requerir pruebas de descargo; y, en tercer lugar, en la intervención de audiencia pública el profesional hizo tanto valoración probatoria como jurídica, cortas pero pertinentes y precisas.

Ahora bien, el casacionista y el Procurador Delegado están de acuerdo en que la labor defensiva pudo afinar recursos para que se estableciera en el proceso la referenciada presunta homosexualidad del ofendido, pero no advierten de qué manera la ausencia de una concreción de esa índole pudo haber perjudicado los intereses del procesado. Es que hipotéticamente, si tal referencia la hace el procesado en sus descargos y no existe prueba más contundente sobre los hechos, que la haga ver como un mero pretexto defensivo, la ausencia probatoria sobre esa supuesta debilidad de la víctima no podría sino favorecer al procesado, pues en nuestro sistema de administración de justicia rigen los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

En fin, de acuerdo con lo que dibujaba la investigación y lo que ya se había alcanzado a plasmar en el proceso, el recurrente y el Ministerio Público no atinan a decir cuáles eran esas otras declaraciones posibles y pertinentes que debió buscar la defensa técnica, y cuál su trascendencia para enrutar favorablemente el sentido de las decisiones a la situación del sindicado. No se sabe, por la precariedad de las objeciones, cuáles fueron los espacios que se dejaron en las pericias como para que el defensor pudiera cuestionar su integridad. No indican ellos cuál era el resquicio o la arista que hacían vulnerable la prueba pericial, ni cuáles eran las demás hipótesis válidas que podría haber cosechado el defensor en beneficio del sindicado.

Si mediante un esfuerzo ingente del defensor se hubiera llegado a demostrar la supuesta homosexualidad de la víctima, queda la inquietud de cuál sería la trascendencia de ese hecho en la desvertebración del hecho punible investigado o en la fuerza demostrativa de la prueba de cargo. Porque, si se tiene en cuenta el intento de desvirtuar que se hizo por medio del testimonio del interno Héctor Rodrigo Angarita Rodríguez (a. "Beto"), así no se haya producido a instancias de cualquiera de los defensores, el testigo, contrario a lo pretendido como defensivo, afirma que sí escuchó las voces de clemencia de la víctima, pero no pensó en algo serio sino que creyó en una "recocha" como las que se acostumbran en el centro carcelario (fs. 9).

El defensor no tiene poderes mágicos frente a la producción de la prueba, pues, así como lo hace el investigador oficial, él no puede inventarse mundos sino tratar de reconstruir hechos pasados a partir de razonables hipótesis explicativas, aunque con la diferencia de que, como su tarea es la de defender los intereses del procesado, siempre abrazará con mayor esmero las que favorezcan la causa que se le ha encomendado.

Se insiste entonces, en esta clase de investigaciones, que conducen a una prueba de cargo de manera relativamente fácil, por las evidencias inmediatas o la coruscante objetividad o medida que se advierten en la notitia criminis o en la queja del

ofendido, la inactividad del defensor hay que interpretarla a la luz de la realidad del principio de investigación integral, sin que ello signifique confundir los deberes del funcionario judicial con la actividad que le corresponde al defensor técnico, pues, en tales condiciones de regularidad del procedimiento averiguatorio, resulta asaz arriesgado aseverar que la prueba de incriminación se consolidó por la ausencia de contradicción defensiva y no por el vigor de su nacimiento o formación.

No significa lo dicho que la garantía del contradictorio vaya a ser relevada por una investigación integral, pues, se repite, la realización y los resultados paulatinos de la última, simplemente explican la estrategia del defensor.

Se desestimaré el cargo.

B. DE LA VIOLACIÓN INDIRECTA:

Tras advertir que el juzgador no ha ignorado la existencia de la prueba pericial, el censor sí afirma que se ha distorsionado su sentido, “se le ha reducido su alcance probatorio, se le ha hecho producir efectos probatorios no derivados de su contexto y, se ha desestimado su verdadero valor y alcance para demostrar la inocencia de mi patrocinado” (fs. 103 y 104, cuaderno de 2ª instancia). Más adelante agrega: “... postulo como fundamento de la violación indirecta por error de hecho en la modalidad de la indebida valoración de la prueba pericial por habersele hecho producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto...” (fs. 104). Y refuerza: “Vemos entonces que el fallador ha distorsionado el sentido de la prueba, que a las claras, está evidenciando la ausencia de violencia, refleja el consentimiento dado por el denunciante JOSÉ VÁSQUEZ ALARCÓN, para que su compañero de celda LUIS ENRIQUE MOLANO OSPINA, alias ‘La Chilgua’, le accediera analmente, en la madrugada del día 7 de julio de 1993” (fs. 105).

Claramente el actor confunde dos operaciones diferentes de la actividad

probatoria, pues una es la estimación material de la prueba y otra su sometimiento como pieza integral a los juicios de valor del juez para hacer inferencias respecto de lo desconocido. Aunque ambas falencias podrían encaminarse eventualmente por la estructura denominada “error de hecho como falso juicio de identidad”, lo cierto es que el demandante no demuestra, si fuera la primera modalidad, el cercenamiento judicial del dictamen pericial al momento de apreciarlo, porque no indica cuál es la parte de la experticia que “evidencia la ausencia de violencia” o que “refleja el consentimiento” de la víctima para brindar la cópula anal a uno de los reclusos, pues, todo lo contrario, dicho medio de convicción se refiere a una tenue escoriación en el límite entre los tercios medio y distal externos del antebrazo izquierdo y también dos pequeños desgarros superficiales en la cavidad anal.

Lo demás, como lo dice acertadamente el Ministerio Público, sería tratar de hacer eco de las manifestaciones subjetivas de desagrado del impugnante frente a las determinaciones valorativo-probatorias que soberana y racionalmente lincumben al juzgador, aspecto que no está expuesto a discusión en sede del recurso extraordinario de casación, pues habría que demostrar previamente los ostensibles errores de hecho que hicieron del examen probatorio una mera apariencia o el encubrimiento de una arbitrariedad. En esta materia, se reitera, si el impugnante no hace tal esfuerzo demostrativo de tan lamentables vacíos, las decisiones de instancia están asistidas de la doble presunción de acierto y legalidad.

De otra parte, la censura además de equívoca contiene una razón insuficiente, porque, como con precisión lo sostiene el Procurador Delegado, se echa de menos en la demanda la indicación de las normas sustanciales presuntamente violadas, después de determinar el supuesto error de hecho, al igual que el sentido de dicha violación.

Tampoco prospera la censura.

C. DE LA VIOLACIÓN DIRECTA:

En esta objeción se dice que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, según el cual la duda debe resolverse en favor del procesado.

Cuando se invoca la causal primera de casación, en el sentido de violación directa de la ley sustancial, por lógica elemental la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que tal es un error de mera relevancia, porque en tal hipótesis el caso está indiscutiblemente individualizado por pruebas que tampoco se objetan, mas la duda sí existe en relación con la norma aplicable.

Es verdad que dejar de aplicar el artículo 445 señalado, que es norma evidentemente sustancial, comportaría una violación directa siempre que en la sentencia se hubieran sentado claramente las bases fácticas y valorativas para llegar a tal inferencia de duda, pero que, contrariando abiertamente las premisas, paradójicamente se concluye en un fallo de sentido condenatorio.

Por lo demás, la sustentación de este cargo es completamente dilógica, en la medida que el actor anunció la subsidiariedad y formulación separada del mismo, pero después lo ató a la “violación de hecho” alegada en el cargo anterior de violación indirecta. Después, el demandante profundiza la confusión y el contrasentido, cuando se empeña en discusiones probatorias del siguiente tenor: “... tenemos que del escaso acervo probatorio militante, por lo menos habría lugar al reconocimiento de la dubitación generada por la peritación médico legal que descarta una violencia y pluralidad de autores en el acceso carnal. A idéntica conclusión conduce el hecho de que la manifestación del presunto victimado aparece insular en el proceso y cobren fuerza de convicción las versiones indagatorias de los sindicados” (fs. 107, cuaderno 2ª instancia).

Como se ve, en el curso de esta censura el censor repite los argumentos

probatorios de la anterior y se empecina en una distinta valoración, aunque ahora sí señala la inaplicación del artículo 445 del C. de P. P. o apotegma del in dubio pro reo (como norma sustancial violada), pero igualmente se desentiende de la demostración de los errores de hecho o de derecho que pudo haber cometido el juzgador como medio para haber caído en la falta de aplicación del mencionado dispositivo fundamental.

Es obvia entonces la razón para negar esta última censura.

Por 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:

No casar la sentencia de fecha, origen y contenido indicados en la motivación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Secretaria.