

Proceso N° 11781

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

|     | Aprobado | acta | No. |
|-----|----------|------|-----|
| 199 |          |      |     |

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la Sentencia de diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, condenó al procesado LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGU por el concurso de delitos de homicidio voluntario y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Hechos y actuación procesal.-

Aproximadamente a las once de la noche del nueve de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, en la plaza principal del municipio de Guarne en el Departamento de Antioquia, a consecuencia de un disparo con arma de fuego que le impactó en la región fronto-temporo-parietal, fue herido el ciudadano IVAN DARIO JARAMILLO SANCHEZ, siendo por ello trasladado al Hospital de la localidad y posteriormente a la Policlínica Municipal de Medellín, donde falleció el día siguiente.

Por estos hechos y en situación de flagrancia, en el lugar mismo de los

acontecimientos, la policía capturó a LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGO a quien le incautó un revólver marca Smith & Wesson, calibre .38 largo, cuatro cartuchos para el mismo y una vainilla, que portaba sin contar con la correspondiente autorización oficial.

Abierta la investigación por la Unidad Unica de Fiscalía de Guarne (fl. 3), el diez de octubre siguiente se vinculó mediante indagatoria a LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGO. En dicha diligencia, para los efectos que interesan al presente recurso, consta lo siguiente:

“Al efecto el suscrito Fiscal le hizo saber el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo asista en esta diligencia y manifestó que no tiene, por lo que el despacho le nombra de oficio al señor PEDRO JULIO OCHOA GIL titular de la cédula número 3.495.477 expedida en Guarne quien estando presente aceptó el cargo y se le dio posesión del mismo de conformidad con los artículos 139, 147 y 332 del C. de P. Penal por cuya gravedad juró cumplir bien y fielmente con los deberes del cargo y no violar la reserva del sumario. Al sindicado se le puso de presente el contenido del artículo 33 de la C. Nacional en armonía con el 358 del C. de P. Penal y se dejó en completa libertad para declarar exhortándolo a que diga la verdad y conteste en forma clara a las preguntas que se le formulen.- Se le impuso además el contenido de los artículos 37, 38 y 299 del C. de P. Penal que trata de las rebajas o mejor de la terminación anticipada del proceso y rebaja de penas por confesión.- Seguidamente el indagado libre de todo apremio y sin juramento alguno fue interrogado de conformidad con los artículos 357 y 359 de la misma obra así:”

A una pregunta formulada en relación con los hechos materia de investigación, el sindicado respondió:

“...Yo estaba tomándome unos aguardientes en el café de don Vicente llamado El Dorado, yo estaba solo, lo único que me acuerdo es que yo estaba muy borracho, demasiadamente borracho y el señor IVAN DARIO JARAMILLO el lesionado me ofendió, me sacó una navaja, de ahí salimos en discusión hasta la esquina del Nebraska y ahí si le pegué un tiro no

estoy consciente, estaba totalmente borracho. Eso es todo" (fls. 4 y ss.).

El día once de octubre se oyó en declaración a GERMAN DE JESUS ALVAREZ PINZON, y, el trece siguiente se escuchó al sindicado en diligencia de ampliación de indagatoria en la cual consta lo siguiente:

"Al efecto el suscrito Fiscal le hizo saber el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo asista en esta diligencia y manifestó que no tiene, por lo que el despacho le nombra de oficio a la señora MARLENY CHAVERRA FRANCO titular de la cédula número 43.422.825 expedida en Guarne, quien estando presente aceptó el cargo y se le dio posesión legal del mismo por cuya gravedad juró cumplir bien y fielmente con los deberes del cargo y no violar la reserva del sumario. – Al sindicado de le puso de presente el contenido del artículo 33 de la C. Nacional en armonía con el 358 del C. de P. Penal y se dejó en completa libertad para declarar exhortándolo a que diga la verdad" (fl. 12).

Por proveído de catorce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, la Fiscalía de Guarne definió la situación jurídica del indagado LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGO, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en determinación que se notificó en la misma fecha de su proferimiento al sindicado y al personero (fls. 14 y ss.).

Días luego, en memorial hecho llegar a la Unidad de Fiscalía el 18 de octubre siguiente, el procesado OSSA GALLEGO confirió poder a un profesional del Derecho para que lo represente en el curso del proceso (fl. 18), y en esa misma fecha, luego de habérsele reconocido personería y tomado posesión del encargo, solicitó fotocopia de lo actuado (fls. 19).

Posteriormente, después de llevarse a cabo la etapa de recaudo probatorio con activa participación del defensor y previa clausura del ciclo instructivo, (fl. 80), el dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cinco se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra del procesado por el concurso de delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls. 93 y ss.) en determinación que una vez notificada personalmente en la misma fecha de su proferimiento, al procesado, su defensor y el agente del Ministerio Público, cobró ejecutoria en esa instancia por no haber sido objeto de impugnación (fl. 110).

El trámite del juicio fue asumido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, en donde se llevó a cabo el acto oral de juzgamiento (fls. 142 y ss.), y se puso fin a la instancia por sentencia proferida el catorce de junio de mil novecientos noventa y cinco condenando al procesado LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGO a la pena principal de veinticinco (25) años y tres (3) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, y al pago en concreto de los perjuicios ocasionados con el hecho, en razón a declararlo penalmente responsable del concurso de delitos imputado en el pliego enjuiciatorio (fls. 151 y ss.).

Esta determinación fue oportunamente impugnada en apelación por el defensor, recurso que se resolvió por sentencia de segunda instancia proferida el diecinueve de diciembre siguiente, mediante la cual el Tribunal Superior de Antioquia la confirmó íntegramente, adicionándola en el sentido de disponer la expedición de copias para la investigación del posible delito de falso testimonio en que pudieron incurrir GERMAN DE RIOS VANEGAS, GONZALO DE JESUS MONTOYA HURTADO, JUAN DAVID ZAPATA GARCIA y JORGE NELSON ZAPATA ZAPATA (fls. 212 y ss.).

Contra el fallo de segundo grado, en oportunidad el procesado y su defensor interpusieron recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el ad quem (fls. 263), y dentro del término legal se presentó el correspondiente libelo sustentatorio (fls.

276 y ss.) siendo admitido por la Sala (fls. 3 cno. Corte).

La demanda.-

Con apoyo en las causales tercera y primera de casación, previstas por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dos cargos se postulan contra el fallo del Tribunal:

PRIMER CARGO. Principal. (nulidad por violación del derecho de defensa).

Aludiendo la configuración en el proceso de la causal de ineficacia de los actos procesales prevista por el artículo 304-3 del Código de Procedimiento Penal, el actor demanda de la Corte casar el fallo impugnado, anular lo actuado a partir inclusive de la diligencia de indagatoria llevada a cabo el 10 de octubre de 1994, y, en consecuencia, decretar la libertad del procesado OSSA GALLEGO, a tenor de lo previsto por el artículo 415-4 ejusdem.

Pasando por referirse a los “dos grandes modelos de sistema penal” que en opinión del casacionista existen, las disposiciones constitucionales que a su criterio permiten ubicar el sistema penal colombiano en el marco “liberal o garantista” y proseguir enunciando las normas rectoras del procedimiento penal, sostiene que el sujeto sometido al ejercicio de la acción penal tiene derecho a recurrir al especialista en leyes como así se consagra en los artículos 138 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

En ese sentido afirma que si la diligencia de versión y la indagatoria del procesado, antes que medios de prueba, constituyen medios de defensa, “resulta obvio que la entrevista entre imputado y defensor, antes de la diligencia, constituye un paso previo de enorme importancia para la construcción de la defensa”, pues no basta que en la injurada se tenga interés en declarar la verdad, sino que “es igualmente trascendental saber exponer la verdad y ello solamente le puede ser indicado por su asesor abogado”.

Debido precisamente a la importancia que en el proceso penal tiene la correcta asistencia jurídica, previa y posterior a la indagatoria, prosigue, los Altos Tribunales del País han reiterado la exigencia de que esa función solamente pueden ejercerla “los abogados titulados o al menos los estudiantes de derecho que culminan su formación profesional con las prácticas dentro de los Consultorios Jurídicos” y, en tal medida alude al pronunciamiento de esta Sala, proferido el 30 de agosto de 1995, y al de la Corte Constitucional de fecha 8 de febrero de 1996, mediante el cual se declaró la inexequibilidad parcial del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal.

En este caso, sostiene, para la indagatoria llevada a cabo el 10 de octubre de 1994, a menos de veinte horas de haber ocurrido los hechos, el procesado LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGO no contó con asesoría jurídica antes de concurrir a declarar sin juramento, y en la diligencia no tuvo la presencia de un abogado titulado, y a pesar de que con posterioridad estuvo asistido de un abogado quien intervino activamente en la actuación, en los inicios de ésta el procesado estuvo ausente de la mínima orientación profesional especializada.

Si se toma en cuenta que para la fecha de su indagatoria el imputado OSSA GALLEGO “seguramente se encontraba bajo los efectos del alcohol ingerido la víspera en que ocurrieron los hechos y seguramente que afectado emocionalmente por la gravedad de los mismos y del compromiso penal, tal diligencia no debió efectuarse”, según sostiene el libelista, o al menos no debió llevarse a cabo sin que antes de ella hubiera consultado con un abogado experto.

Así, continúa, la forma desconcertada como el procesado responde las preguntas formuladas en la indagatoria, muestra que le resultó perjudicial no contar con orientación profesional para explicar su participación y la de la víctima en los hechos materia de investigación.

Y luego de referir la declaratoria de inexecutable parcial del artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, sostiene que “los efectos hacia el futuro de las sentencias de control constitucional no pueden tocar el efecto retroactivo que el artículo 29 de la Constitución Política dispone para las normas permisivas o favorables”, menos en este caso en el cual la sentencia no ha adquirido fuerza de cosa juzgada, pues “mientras no exista sentencia definitiva las consecuencias de la sentencia C-49 de febrero 8 de 1996 pueden surtir efectos dentro del proceso actual en lo que podría llamarse efecto retrospectivo”.

La nulidad que denuncia, concluye, no es inocua sino sustancial porque afecta el derecho de defensa reconocido por el artículo 29 de la Constitución Nacional y 1º del C. de P. P. y si bien no se le debatió en el término previsto por el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, la misma disposición autoriza que se proponga en el trámite del recurso extraordinario de casación, y debe decretarla la Corte por no existir otro remedio procesal para sanear el procedimiento viciado.

SEGUNDO CARGO. Subsidiario. (Violación indirecta de la ley sustancial).

Esta censura la apoya el actor en las previsiones de la causal primera de casación, cuerpo segundo, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que el fallo de segunda instancia violó indirectamente la ley sustancial, cuya transgresión concreta en la falta de aplicación del artículo 29-4 del Código Penal, al incurrir el Tribunal en error en la apreciación de la confesión de LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGU y el testimonio de JUAN DAVID ZAPATA, GONZALO MONTOYA y GERMAN RIOS.

Partiendo de sostener que la casación no constituye una tercera instancia en donde resulte viable adelantar debates probatorios ya surtidos en las etapas ordinarias del proceso, y referir la posición de la Corte, fundada en la naturaleza del instrumento como

es concebida por la legislación y la doctrina, según la cual los jueces de instancia son soberanos en la función de apreciar la prueba y que por lo mismo el Tribunal de Casación no puede suplantarlos e inmiscuirse en dicho campo, alude que “de lo que se trata en la presente demanda es de recurrir al implícito carácter relativo y no absoluto de dicha soberanía, pues si ésta fuera tal carecería de sentido que la ley abriera el camino a la impugnación extraordinaria con fundamento en la violación indirecta de la ley penal material como derivación de un error en la estimación probatoria”.

Afirma que contrario a los sistemas anteriores en los cuales en materia de apreciación probatoria, sobre las hipótesis de desacierto posibles de incurrir se diferenciaba entre errores de hecho y de derecho, el actual estatuto procesal solo consagra como motivo de casación en dicho campo el haber incurrido el juzgador en error en la apreciación de determinada prueba.

Siguiendo las enseñanzas de un reconocido tratadista de la ciencia jurídica, sostiene que la facultad valorativa de la prueba por los jueces, no es absoluta, “sino que está sometida a restricciones objetivas de naturaleza normativa-jurídica”, en posición que corresponde a un sistema político en el cual todos los actos de los funcionarios están sometidos a controles, sin que existan competencias discrecionales. Por esto, reproduce un aparte de la doctrina de aquél, según la cual “todos los preceptos relativos al procedimiento penal, a la competencia, a las formas, al derecho de defensa, a la libertad y plenitud de la discusión, y, en una palabra, a la regularidad de las pruebas y de los pronunciamientos, pertenecen al orden público, pues interesan a todos los ciudadanos y son instrumentos para la protección del derecho. Y en esta protección se resume como fin, no ya primario sino único, la razón de ser de la autoridad pública y la legitimidad del gobierno, que el menor número ejerce sobre el mayor número de ciudadanos”.

Las enseñanzas del ilustre Carrara, prosigue, tienen vigencia no solo en el marco de la escuela Clásica, “sino dentro de todo posible sistema penal liberal o garantista”, y están fuera de lugar, en los sistemas totalitarios en donde la casación sería instrumento en favor de los gobernantes, no de los ciudadanos, tal vez con el propósito de anular sentencias absolutorias o favorecedoras.

En tal medida, continúa, si bien el instrumento valorativo de las pruebas en las instancias ha de ser consagrado en la ley y respetado por ésta, esto no significa que tal facultad sea absoluta y discrecional, sino que se encuentra limitada por la función garantizadora del derecho penal liberal y en la racionalidad que debe inspirar la lógica de la sana crítica en la apreciación de la prueba.

Expone que los motivos íntimos de la conducta solamente son posibles de demostrarse por vía indirecta debiendo prestarse atención a la manifestación que de los mismos haga el agente. En este caso, el dolo en el comportamiento ha sido demostrado “por la misma confesión del procesado y por otras referencias objetivas; pero los últimos motivos de tal propósito solo pueden ser conocidos por el testigo de ellos, es decir, el mismo sujeto agente”.

La manifestación sincera hecha por el procesado en la indagatoria, no ha sido creída por los funcionarios. Su inseguridad, “marcada no solamente por la ignorancia de su situación jurídica (incrementada por su procedencia rural), ha sido manejada en su contra como producto de la mala fe, desconociendo no solo esas particulares circunstancias subjetivas adversas sino vulnerando la presunción constitucional de la buena fe”. Esto, en opinión del impugnante, porque mientras la acusación se cimentó en la declaración de la hija del occiso quien se encontraba cerca de los protagonistas, se le negó credibilidad a la versión del procesado. Además, la declaración

de LUZ DARY JARAMILLO no se enfrenta con la injurada de Ossa Gallego sino con las declaraciones de terceros que se presumen imparciales, como Germán Ríos Vanegas, Gonzalo Montoya Hurtado y Juan David Zapata García quienes sacan adelante la explicación que de su conducta suministró el procesado, y sin embargo fueron descalificados por haber llegado al proceso a través de la hermana del sindicado MARGARITA OSSA GALLEGO, con lo que se dejó sin piso la garantía constitucional de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.

Afirma que al declarante JUAN DAVID ZAPATA se le preguntó si al ingresar a la oficina y cuando salía GERMAN RIOS, otro de los declarantes de descargo, se encontró con él, con lo que se da a entender “que entre ambos declarantes existía acuerdo torticero sobre la forma como debían declarar, no para favorecer a la verdad de la justicia sino al interés del conocido o amigo”.

Cuestiona que la providencia materia de impugnación realiza el análisis probatorio, no con base “en criterios serios y sólidos sino totalmente intrascendentes” como sucede al descalificar a MARGARITA OSSA como si fuera sospechosa pues al Tribunal no le bastaba que esta testigo declarara haber hablado con GERMAN RIOS y no con JUAN DAVID ZAPATA y GONZALO MONTOYA, sino que igualmente tuvo que haber hablado con todos ellos, y si nada dijo al respecto, es porque estaba mintiendo.

También para el Tribunal los dichos de los declarantes RIOS, ZAPATA y MONTOYA, no solo merecen desaprobación sino investigación penal por falso testimonio, “pero no por desacuerdos esenciales, sino por imprecisiones circunstanciales de espacio, tiempo y modo”. Es así como, “el Juzgador sospecha que el procesado miente, luego tienen que mentir forzosamente quienes avalan su dicho”.

El Tribunal, prosigue, descalifica las injuradas a partir de cotejarlas por simples detalles, “olvidando que las condiciones de la primera indagatoria, por lo menos, fueron

tan adversas emocional y psíquicamente, que era necesario examinarla con enorme cautela, pues cierto fue que al momento de ejecutar el hecho su autor se encontraba bajo los efectos perturbadores del alcohol, lo que seguramente trastornó sus funciones de recordación”.

En opinión del impugnante ningún mérito se le concedió a BLANCA JANETH OSORIO cuando sostuvo que cuando el hoy occiso IVAN DARIO JARAMILLO se encontraba en estado de embriaguez, era muy problemático, tal vez porque de modo indirecto respalda la confesión del procesado. “La irrazonada postergación de esta prueba, afecta la intangibilidad de la soberanía valorativa del fallador y fundamenta la petición final”, según afirma.

“En caso de que se estimare por la Honorable Corte Suprema que tales supuestos no existen, considero que entonces se violó indirectamente el artículo 60 del mismo estatuto sustancial penal, pues por lo menos el comportamiento de la víctima fue injusto y grave y desencadenó el desequilibrio emocional que finalmente determinó el comportamiento homicida del procesado y la muerte de su víctima”.

Con fundamento en esta censura, concluye, la Corte debe casar parcialmente el fallo ameritado, y dictar el que deba reemplazarlo “como que en la demanda aparece demostrado el error de hecho en que el Tribunal ha incurrido en la apreciación de las pruebas identificadas en el capítulo de la fundamentación de la segunda causal, el cual fue determinante sobre la parte dispositiva del fallo”.

Concepto del Ministerio Público.-

1.- Respecto del primero de los cargos que son postulados contra el fallo del Tribunal, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal comienza por manifestar que evidentemente el

proceso demuestra que LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGO rindió indagatoria asistido por el señor PEDRO JULIO OCHOA y en la diligencia de ampliación de la injurada, tampoco contó con la colaboración de un profesional del derecho ya que como tal actuó la señora MARLENY CHAVERRA.

Solo a partir del diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro el sindicato fue asistido por un profesional del derecho quien según su criterio llevó a cabo actividades de defensa, sin que se llegue a advertir el conculcamiento de los derechos fundamentales del implicado.

Si bien esta es la realidad que el proceso ofrece, ello no basta para llegar a concluir la violación de las garantías constitucionales dado que es necesario evaluar si el trámite llevado a cabo se cumplió siguiendo las normas jurídicas por entonces vigentes, de forzosa observación por tratarse de disposiciones de orden público, y por tanto cobijadas por la presunción de constitucionalidad.

Lo dicho por cuanto en opinión de la Delegada la configuración de las nulidades procesales no depende de las reformas introducidas al rito, sino del efectivo quebranto de las disposiciones que como normas constitutivas del debido proceso hubiera promulgado el legislador en desarrollo de los principios constitucionales, de obligatoria obediencia por los funcionarios judiciales. Esto para concluir que si un trámite se cumplió siguiendo el rito señalado para el momento en que se llevó a cabo, la modificación introducida a la norma que lo regula por la puesta en vigencia de una nueva legislación o con ocasión de una sentencia de constitucionalidad, no puede afectar su legalidad, en tanto que a los intervinientes les era imposible conocer de antemano la reforma para adaptar a ella la conducta a seguir.

En ese sentido destaca que el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, vigente a partir de la expedición del Decreto 2700 de 1991 hasta el ocho de

febrero de mil novecientos noventa y seis, cuando se lo declaró inexecutable por la Corte Constitucional, si bien pudo haber sido estimado contrario a la constitución por algunos doctrinantes y funcionarios, tuvo fuerza obligatoria en el procedimiento pues además de contar con respaldo legal al no reñir abiertamente con algunos de los mandatos de la Carta Política, el referido precepto solo podía ser inaplicado en casos específicos en los que el funcionario judicial, en ejercicio de la facultad de control difuso de constitucionalidad, declarara su contrariedad con las disposiciones de la Carta Política, y ordenara corregir los efectos de la inexecutableidad.

Mientras un pronunciamiento de esta clase no fuera producido, los funcionarios podían hacer uso de la autorización contenida en el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal y designar como defensor en la indagatoria a un ciudadano honorable, sin que por ello se llegara a generar vicios en la actuación, porque la conducta asumida se ajustaba a lo establecido por la ley.

Por esto, si la disposición que se menciona estuvo vigente desde 1991 hasta el 8 de febrero de 1996 cuando se la separó del ordenamiento jurídico a raíz de un pronunciamiento de constitucionalidad, es claro que la actuación cumplida con base en ella en el mes de octubre de 1994, no se encuentra viciada de nulidad, precisamente por haber sido llevada a cabo con fundamento en un rito autorizado por la ley.

Respecto del argumento que el demandante expone, en el sentido de tratarse de una nulidad sobreviniente porque a pesar de corresponder a un procedimiento autorizado por la ley, la disposición mantenía la implícita vulneración de garantías constitucionales, la Delegada conceptúa que el tema ya fue objeto de estudio por la Corte en oportunidades anteriores, en pronunciamientos según los cuales las sentencias de constitucionalidad tienen efectos hacia el futuro de modo tal que la seguridad jurídica no puede verse menoscabada por una decisión posterior a su trámite. La pregonada retroactividad de las decisiones de inexecutableidad, solo opera en los mismos casos en

que debe reconocerse la aplicación de la ley penal más favorable, lo que no sucede con la norma fundamentalmente ritual, en donde cumplido el acto con arreglo a la norma vigente, agota la posibilidad de un vicio que surja de una circunstancia posterior.

Dada entonces la claridad de los pronunciamientos de la Corte sobre el particular, la Delegada estima innecesario ahondar el punto para llegar a concluir que el cargo no merece prosperidad.

2.- Respecto de la segunda censura que la demanda propone al fallo del Tribunal, y relacionada con la incursión por el juzgador en errores en la apreciación probatoria, la Delegada sostiene que el impugnante no acertó en su postulación dado que no cumple las exigencias inherentes al recurso extraordinario, pues omite concretar el presunto error en las pruebas sobre las que se cimentó la sentencia, y no ubica sus inconformidades en la transgresión de una norma de derecho sustancial, de modo que, en tales condiciones, la Corte no cuenta la posibilidad de establecer en concreto lo ilegal de la decisión y la manera de restablecerla, ya que tampoco determinó el sentido en que habría de proferir el fallo de sustitución.

Con la exposición que se hace en la demanda, sostiene el Concepto, el impugnante cree demostrar un error de hecho, pues si bien como lo alude, el poder decisorio en las instancias no es absoluto dado que se halla limitado por la ley y las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas, es lo cierto que el fallo de segundo grado se ampara en las presunciones de acierto y legalidad que en esta ocasión no son objeto de ataque en sede extraordinaria.

En la formulación del cargo no se logra destacar la configuración de algún error por falso juicio de existencia o de identidad en la apreciación de las pruebas en que se fundamentó la sentencia materia de impugnación, sino que, por el contrario, se incurre en la

improcedente crítica a la valoración probatoria. Es así como, observa la Delegada, el impugnante inicia manifestando su desacuerdo con el mérito persuasivo otorgado por los juzgadores al testimonio de LUZ DARY JARAMILLO, hija de la víctima, el cual fue acogido por el Tribunal tomándolo como la narración fiel del suceso materia de investigación.

Sostiene que para el fallador de segundo grado no fue desconocida la existencia de dos grupos de declarantes: uno a favor y otro en contra del procesado. No obstante, en cumplimiento de su función de evaluación integral de las pruebas, logró descubrir que el parentesco con el occiso de uno de los testigos, no era razón suficiente para desvirtuar su dicho si no observaba ánimo de perjudicar al procesado. Por el contrario, abrigó severas dudas sobre la credibilidad que merecían las declaraciones de Germán Ríos, Gonzalo Montoya y Juan David Zapata, las que desestimó, no por el hecho de haber sido allegados a través de la hermana del procesado, sino por evidenciar contradicciones e imprecisiones de tal envergadura que, en opinión del sentenciador, pretendieron mostrar una realidad distinta de lo ocurrido, siendo esta la razón para haber dispuesto la expedición de copias a fin de que se investigara el posible delito de falso testimonio en que habrían incurrido, pues, además, resultaba de gran notoriedad en sus relatos la omisión en brindar información importante como la relacionada con la presencia de la hija del occiso en el lugar de los hechos y la amistad que guardaban con el procesado; eso sin contar con que el lapso de tiempo que se tardó en hacer conocer su existencia a los funcionarios.

La referencia tangencial a la aplicabilidad de lo dispuesto por el artículo 29-4 del Código de Procedimiento Penal, o la pretensión subsidiaria de que se reconozca la atenuante punitiva de la ira e intenso dolor, en opinión de la Delegada no resultan suficientes para que la Corte pueda hacer un pronunciamiento de fondo sin transgredir el principio de limitación, pues no fue destacada la ocurrencia de un error, ni se logró demostrar violación indirecta a la ley sustancial, siendo estas las razones para invocar la desestimación

del cargo.

3.- Con fundamento en lo expuesto, el Procurador sugiere a la Sala no casar el fallo impugnado por razón de los cargos que le son formulados (fls. 5 y ss. cno. Corte).

#### SE CONSIDERA:

Al observar la Sala que las censuras postuladas contra el fallo del Tribunal obedecen al criterio de prioridad con que en rigor lógico han de ser formuladas en sede casacional, abordará su estudio en el mismo orden en que han sido señaladas en la demanda.

PRIMER CARGO. (Nulidad por violación del derecho de defensa).

Sea lo primero advertir que el recurso extraordinario de casación tiene instituida como una de sus finalidades, la posibilidad de demostrar la transgresión de la ley por el fallo de segunda instancia, y en tal medida, desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad de que se encuentran amparados.

Precisamente debido a esto, compete al actor acreditar en el libelo que al menos uno de los motivos susceptibles de invocarse en casación logra configuración en el proceso, y que por tanto el fallo con que se le puso fin, amerita desquiciamiento.

No obstante, en la demanda de casación que se presenta a nombre de LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGU, aunque no de modo expreso ni en ese orden, el actor propone la invalidación de lo actuado por violación del derecho de defensa a partir de tres supuestos que se desentrañan de su escrito: 1) que el procesado no contó con asistencia técnica profesional antes de la diligencia de indagatoria; 2) que la misma ha debido posponerla el

Fiscal ante el hecho de que el procesado “seguramente” se encontraba aún bajo los efectos del alcohol y afectado emocionalmente por la gravedad de los hechos y el compromiso penal; y, 3) que en la indagatoria no contó con la presencia de un abogado titulado.

Respecto del primer punto, es de decirse que el impugnante omite señalar la concreta norma de procedimiento en la que se hubiere establecido el requisito, según el cual, previamente a la diligencia de indagatoria, como acto de vinculación al proceso, un sindicado debe haber sido asesorado por un abogado, y que al no cumplirse con este presupuesto de ineludible acatamiento, tal forma de vinculación al proceso no puede llevarse a cabo, o que de surtirse en las aludidas circunstancias, por transgredir el ordenamiento jurídico, se hallaría afectada en su validez.

En estas condiciones, al corresponder la postura expuesta apenas a una particular expectativa sobre la forma como la ley de rito habría de regular la obligatoriedad de contar el imputado con asistencia técnica jurídica en la fase anterior a su vinculación procesal, y no a un argumento que se afinque en determinado precepto procesal, se incumple el deber de demostrar que el fallo fue proferido en un juicio viciado de nulidad, como correspondería hacerlo de acuerdo con la causal de casación aducida.

En relación con el segundo de los argumentos que en pro de la invalidación de lo actuado el actor expone, se observa por la Corte que el mismo no corresponde a otra cosa que a una particular apreciación sobre las circunstancias en que LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGO rindió indagatoria, sin respaldo en la actuación llevada a cabo, pues de la lectura de la diligencia se colige, de una parte, que por razón de la lucidez del indagado el funcionario de instrucción no vio necesidad de dejar constancia sobre su estado anímico al rendir la declaración, y, de otra, de la plenitud de sus facultades mentales en que se encontraba, de lo cual da cuenta, entre otros el siguiente aparte, con el que se desvirtúa el supuesto fáctico en que se apoya el comentario que hace el libelista, y se

descarta la configuración del aludido motivo de nulidad:

“Me llamo LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGO, no me tienen apodos, soy hijo de María Dolly y Efraín, nací en Guarne en julio 9 de 1967, resido en la vereda El Sango en Los Arrayanes, titular de la cédula de ciudadanía número 70.752.440 expedida en Guarne, estudié hasta segundo de bachillerato en el Liceo Santo Tomás de Aquino de esta localidad, soy obrero, soy soltero, no tengo obligaciones, no tengo ninguna clase de propiedades, me gano el mínimo mensualmente, estuve detenido acá en Guarne, sindicado de Homicidio, eso fue en el año de mil novecientos ochenta y siete, estuve por cuenta del Juzgado 34 Inscriminal de Rionegro y Segundo Superior de Medellín, no fui condenado, salí en libertad condicional por cinco años, el occiso se llamaba EDUARDO ALZATE, no he tenido más sindicaciones, he vivido en La Ceja y Guarne, en ninguna otra parte más, me gustan las bebidas alcohólicas, ninguna clase de estupefacientes, en mi familia no ha habido locos, no he sufrido enfermedades de la mente o infecto-contagiosas que me prohíban vivir en comunidad, estuve detenido ciento veinte días por el anterior homicidio”.

Y, en cuanto hace al reproche que se postula por no haber contado el procesado LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGO con un abogado titulado en el acto de su vinculación al proceso mediante declaración sin juramento, es de decirse que si bien es cierto que la afirmación en tal sentido hecha encuentra respaldo en la actuación, no sucede igual con la trascendencia jurídica que se persigue darle.

Recuérdese, como se dejó expuesto en los antecedentes procesales, que al ponerle de presente el Fiscal el derecho de designar defensor que lo asistiera en el curso de la actuación, LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGO manifestó no tener a quién nombrar siendo esta la razón por la cual se procedió a proveerle defensor de oficio, recayendo la designación en el señor PEDRO JULIO OCHOA GIL, como igual ocurrió en la ampliación

de la indagatoria en donde, también de oficio, la fiscalía nombró a la señora MARLENY CHAVERRA FRANCO, personas éstas respecto de las cuales todo indica que no ostentan la condición de abogados titulados.

Ello, sin embargo, carece de la relevancia jurídica que se persigue darle a la actuación, llevada a cabo en las referidas circunstancias, pues no debe olvidarse que por la fecha de las diligencias de indagatoria y su correspondiente ampliación, 10 y 13 de octubre de 1994, se encontraba vigente el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, que autorizaba la designación de un ciudadano honorable que asistiera en la indagatoria del imputado, cuando para el acto no pudiere contarse con abogado inscrito que cumpliera tal cometido.

Y si bien, como lo recuerda la Delegada, la referida disposición fue separada del ordenamiento jurídico mediante sentencia de inexecutable proferida por la Corte Constitucional el ocho de febrero de mil novecientos noventa y seis, sus efectos, al proyectarse hacia el futuro, no alcanzan a cobijar actuaciones consolidadas durante el tiempo en que el precepto se mantuvo vigente.

Sobre el punto, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse, en términos que vale la pena recordar:

“De acuerdo con lo que ahora dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, desde antes definido por la jurisprudencia constitucional y también señalado por esta Sala, entre otras providencias en las de fecha 26 de junio de 1996, casación 9280, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel (‘en ese momento no solo no constituía irregularidad alguna, sino que el funcionario obró así en cumplimiento de la ley, de manera que su posterior declaración de inconstitucionalidad produce efectos hacia el futuro, y no puede pretenderse, so pretexto

de esa circunstancia sobreviniente, la nulidad de un proceso ajustado a la legislación vigente’); 25 de julio de 1996, casación 9577, y 6 de mayo de 1998, casación 11053, M. P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA, la sentencia de la Corte Constitucional, de fecha 8 de febrero de 1996, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz, que declaró la inexequibilidad de las disposiciones citadas en el párrafo anterior, sólo produce efectos hacia el futuro, al no haberse realizado mención a alguna hipotética retroactividad, por lo cual no alcanza a incidir en tal diligencia, practicada con anterioridad y dentro de la facultad claramente conferida por los expresos preceptos legales vigentes en el momento de su realización” (Sent. Cas. Oct. 21/98. Rad. 10240. M.P. Dr. PINILLA PINILLA ).

Del mismo modo, más recientemente, la Sala reiteró su postura sobre el tema que en esta oportunidad nuevamente se somete a su consideración:

“En repetidos pronunciamientos esta Sala ha sostenido que la declaración de inexequibilidad del artículo 148 del estatuto procesal Penal solo produce efectos hacia el futuro, no siendo posible pretender, so pretexto de esta circunstancia sobreviniente, la invalidación de un proceso cuya ritualidad ha sido adelantada de acuerdo con lo establecido en los cánones legales vigentes”.

“Esto no significa, como acertadamente lo destaca el Procurador Delegado en su concepto, que el procesado, con anterioridad al fallo de inexequibilidad de la Corte Constitucional, careciera del derecho a ser asistido en su indagatoria por un abogado titulado, o que esta garantía fundamental pudiera ser desconocida por los funcionarios judiciales. Lo que ocurre es que el intérprete no puede ignorar la existencia de la precitada norma legal, que habilitaba en casos especiales a personas honorables para que asumieran la defensa del imputado en la indagatoria, ni desconocer que la ineficacia de los actos procesales deriva de la violación de la ley, que no de su acatamiento o

conformidad con ella”.

“La Corte ha sido clara en sostener que el derecho a la defensa es una prerrogativa intangible, debiendo su ejercicio ser real, continuo y unitario, y que es obligación del funcionario judicial asegurar su concreción en todo momento, atendiendo, desde luego, las especiales circunstancias en que se desarrolla el proceso, y los instrumentos legales de que dispone para hacerlo (Cfr. Cas. Sept. 22/98, M. P. Dr. Arboleda Ripoll, entre otras).

.....

“En cuanto dice relación con el cumplimiento de las condiciones establecidas en dicho precepto para que pudiera procederse por vía excepcional a la designación de una persona honorable como defensora del imputado, es de precisarse que la norma solo autorizaba esta habilitación cuando en el lugar no hubiera abogado inscrito, condición que ha venido siendo entendida por la Corte, no en el sentido de ausencia material de profesionales en la ciudad sede del Despacho, sino desde una perspectiva de disponibilidad, atendidas las circunstancias en las cuales debe ser recibida la injurada” (Sent. Cas. Enero 20/99. Rad. 12792. M. P. Dr. Arboleda Ripoll).

Si se toma en consideración que la indagatoria de LUIS ALBEIRO OSSA GALLEGO y la ampliación de la misma tuvieron lugar cuando aún se encontraba vigente el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, ningún reproche capaz de comprometer la validez de dichos actos cabe formular por haber sido designadas personas honorables para que asumieran la defensa del imputado.

Y por si acaso quedare alguna duda sobre la inmaculación de la garantía constitucional de ser defendido por un abogado titulado, es de recordarse que a partir de la fecha de la ampliación de indagatoria (jueves 13 de octubre de 1994), al día 17 siguiente en que el imputado otorgó poder a un abogado para que lo asistiera procesalmente, transcurrió

solamente un día hábil, el viernes 14, en el cual ninguna actividad probatoria fue desplegada como para suponerse que por dicho motivo se hubiere transgredido el derecho de defensa.

Entonces, al no haberse configurado en el proceso el motivo invalidatorio que se postula al fallo del Tribunal, se impone declarar la improsperidad del cargo.

**CARGO SEGUNDO.** (Violación indirecta de la ley sustancial).

El actor malentende la modificación introducida al instituto de la casación por el Decreto 2700 de 1991, en el sentido de suprimir las categorías de errores probatorios, antes explícitos, en que se puede incurrir por los jueces en la labor de apreciación probatoria y establecer la fuerza persuasiva de cada uno de los medios de convicción allegados al proceso. Debido precisamente a la errada concepción que se tiene sobre la violación indirecta de la ley sustancial, en la demanda no se desarrolla una concreta hipótesis de error probatorio, como tampoco se logra exteriorizar la pregonada violación indirecta de la ley sustancial según parte de anunciarse en la postulación del cargo, y al no cumplirse ninguno de estos presupuestos indispensables para el pronunciamiento de fondo por la Corte, se determina la improsperidad de la censura.

Desde la puesta en vigencia del actual estatuto procesal penal, la Corte dejó sentado que no por haber suprimido la ley la obligación de precisar en la demanda si el error probatorio en que incurrió el juzgador es de hecho o de derecho, había desaparecido la carga de indicar en qué consistió el desacierto cometido en la apreciación probatoria, o la de precisar las normas medio cuya inaplicación condujo a la transgresión de la ley sustancial, o la de señalar el sentido de la violación, si ésta tuvo lugar por aplicación indebida o por la falta de aplicación de determinado precepto sustancial.

Al efecto, baste con recordar lo dicho por la jurisprudencia de esta Corte, recién entrado en vigencia el estatuto que gobierna actualmente la materia (Decreto 2700 de 1991):

“De acuerdo con la exigencia normativa del Código vigente cuando se elaboró la demanda y conceptuó el Ministerio Público, el cargo debía precisar si el error alegado era de hecho o de derecho, pues en el primer caso éste debía aparecer manifiesto en los autos. El nuevo estatuto procesal simplemente dice, que ‘si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente’. Lo cual indica que ahora no es esencial que el error planteado se califique como de hecho o de derecho, pero esto no significa que no se exija que con total claridad se determine en qué consiste la inconformidad, para así mismo saber a qué debe apuntar su fundamentación”.

“El demandante que alega violación indirecta está obligado a concretar si el error cometido por el fallador consistió en no tener en cuenta una prueba, o en haber apreciado una inexistente, o en tergiversar su contenido fáctico; o desde otro punto de vista, el haber valorado una prueba ilegalmente aducida al proceso, o haberle dado un valor mayor o menor del que la ley le tenga señalado. Estas alternativas no son una imposición de la Corte sino de la lógica, pues en la labor apreciativa de las pruebas ellas presentan todas las posibles fallas que puede cometer el juzgador”.

“Así las cosas, cuando el censor sostiene que hubo deficiente y torcida apreciación de los testimonios, el cargo no surge con la claridad requerida, y al tratar de precisarlo acudiendo a la fundamentación, allí lo que se encuentra es que en opinión del recurrente la sentencia de primera instancia y el concepto del Fiscal del Tribunal son más acertados que la decisión, pero sin demostrar por qué”.

“La claridad en la presentación del error que sirve de base al reproche, así como la demostración de su existencia y trascendencia son requisitos esenciales para que la

demanda de casación pueda tener éxito, y cuando el cumplimiento de estas exigencias se omite, como ocurre en el caso en estudio, la conclusión no puede ser otra que su desestimación” (Sent. Cas. Sept. 29/92. Rad. 6668. M. P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL).

Es cierto, como se alude en la demanda, que los jueces en sus fallos no gozan de absoluta libertad en la función de apreciar los medios de convicción y asignarles su mérito persuasivo, ya que tal facultad se halla limitada por los postulados de la ciencia, la lógica, la experiencia y el sentido común, en los cuales se inspira la sana crítica como método de valoración probatoria. Sin embargo, en este caso el actor no postula ni llega a demostrar que el Tribunal hubiere incurrido en violación de las reglas de la persuasión racional.

La fundamentación del cargo estriba en otorgar particular valor probatorio a la indagatoria del procesado, por fuera del asignado por los juzgadores, demeritar la exposición de LUZ DARY JARAMILLO y perseguir que se confiera credibilidad a los testimonios de GERMAN RIOS VANEGAS, GONZALO MONTOYA HURTADO, JUAN DAVID ZAPATA GARCIA y BLANCA JANETH OSORIO, pero sin mencionar siquiera qué en concreto dijeron los mencionados personajes, cuál fue el mérito atribuido por los juzgadores a sus dichos, porqué en tal labor incurrieron en errores de hecho, si fue por falsos juicios de existencia, identidad o transgresión de las reglas de la sana crítica, cuáles fueron las disposiciones medio inaplicadas, o si a la violación de la ley sustancial se llegó por falta de aplicación o por aplicación indebida de determinado precepto, nada de lo cual se ensaya.

Contrario al criterio que evidencia el actor, a pesar de la puesta en vigencia del Decreto 2700 de 1991, de la demanda de casación se exige el cumplimiento de una serie de presupuestos de orden técnico consustanciales a su naturaleza de recurso extraordinario y que permiten diferenciarlo de un alegato propio de las instancias del proceso. Tanto

es esto, que omite indicar cuál habría de ser el sentido de la decisión a adoptar por la Corte para el caso de optar por el desquiciamiento del fallo, al punto de no saberse en últimas si lo perseguido es la absolución por aparecer acreditado que el procesado actuó amparado por la causal de justificación de la conducta mencionada en el artículo 29-4 del Código Penal o porque habiendo realizado un comportamiento típicamente antijurídico y culpable, debe ser condenado solo que dentro de los límites punitivos previstos por el artículo 60 ejusdem, lo cual por entrañar proposiciones excluyentes ameritaba formulación y desarrollo separado.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada. Devuélvase al Tribunal de origen.

CUMPLASE.

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

No hay firma

ALVARO O. PEREZ PINZON NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria.