

PRUEBA/ DERECHO DE DEFENSA/ DEFENSA TECNICA

Ningún acto irregular o violatorio para las garantías procesales se ofrece en la actuación de primer grado, porque en el curso de la audiencia pública se dio debido cumplimiento a los principios de inmediación, oralidad, publicidad, lealtad, contradicción e igualdad, sin que el solo hecho de consignar en unas grabaciones magnetofónicas las intervenciones orales de las partes pueda constituir defecto sustancial alguno, tratándose de un procedimiento válido y previsto en la ley, no sometido por su regulación especial, a la forzada transcripción que establece en lo civil el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

No solamente por la ausencia de defensa técnica se incurre en la vulneración del derecho del sindicado a estar asistido por un abogado. Del mismo modo se desconoce el derecho a la defensa cuando el juez ignora los planteamientos oportunos del apoderado, porque de nada sirve que los profesionales en representación del acusado permanezcan atentos al desarrollo del proceso, presenten alegaciones, aporten o soliciten pruebas o hagan uso de recursos, si el juzgador se niega a oírlos.

Proceso No. 8821

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE CASACION PENAL.- Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente, Dr.JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Aprobado por Acta No.87

V I S T O S :

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del acusado LUIS MANUEL ARRIETA RAMOS en contra de la sentencia del 18 de mayo de 1993 emanada del Tribunal Superior de Montería, decisión que revocó el fallo absolutorio del Juzgado Penal del Circuito de Sahagún y profirió condena a la pena principal de diez años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y al pago de cuatro mil gramos oro como indemnización de perjuicios, por el delito de homicidio.

H E C H O S Y A C T U A C I O N P R O C E S A L :

En la mañana del 21 de noviembre de 1991, en inmediaciones del kiosco de Evelio Arrieta ubicado en el corregimiento de “El Guaimarito” del municipio de Sahagún se suscitó un enfrentamiento entre LUIS MANUEL ARRIETA RAMOS, quien llegó conduciendo un vehículo y acompañado de su esposa y una hija, y el individuo Olibardo Mercado, quien armado de un machete atacó el automotor y terminó por recibir varios impactos de proyectil de arma de fuego disparados desde el interior por el conductor, su antagonista, ocasionándole heridas que produjeron su fallecimiento tres días más tarde.

Adelantó las primeras diligencias la Policía de Sahagún, y la investigación el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal radicado en esa ciudad, despacho éste que el 22 de noviembre de 1991 dictó auto cabeza de proceso y luego, mediante proveído del 20 de marzo de 1992 calificó su mérito con resolución acusatoria en contra de LUIS MANUEL ARRIETA RAMOS, decretando además la cesación de procedimiento en favor de Lucinda María Bedoya Salgado. Esta decisión fue confirmada en su integridad por el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal de Montería el 23 de julio de 1992, recién entrado en vigencia el Decreto 2700 de 1991.

De la etapa del juicio conocería el Juez Penal del Circuito de Sahagún, que en la diligencia de audiencia recepcionó los testimonios de Víctor Acosta Hoyos, Teófilo Alberto Peñate Alvarez y Quimio César Luna Palomino, coleccionándose las intervenciones de las partes en un registro magnetofónico, para proferir finalmente el 12 de febrero de 1993 sentencia absoluta-ria “por falta de comprobación del cuerpo del delito”.

Inconforme con esta decisión, el representante de la parte civil interpuso el recurso de apelación que permitió al Tribunal de Montería revocar la absolución y proferir la sentencia de condena de mayo 18 de 1993, impugnada ahora en casación por el defensor del sentenciado.

L A D E M A N D A :

El Primer cargo del libelo se orienta a obtener la nulidad de la sentencia del Tribunal con asidero en la causal tercera de casación del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, aduciendo la violación de las disposiciones contenidas en los preceptos 180-3, 180-4, 304-2, 304-3, 305, 307, 308, 449, 450, 451 y 452 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución, al no tener en cuenta la intervención de las partes en la audiencia pública, incurriendo de ese modo en irregularidad de carácter sustancial.

La sentencia se refirió exclusivamente al memorial allegado por el defensor con motivo de la calificación del sumario, sin consideración alguna sobre los argumentos de la audiencia contenidos en la grabación magnetofónica agregada sin transcripción mecanográfica, seguramente porque los magistrados no la escucharon, pero además porque omitieron incorporar en la providencia el resumen de los alegatos de las partes como ordenaba el artículo 180 del estatuto procesal.

La omitida transcripción de la audiencia en la forma prevista por el artículo 156 ibídem, era labor “estrictamente necesaria” para poder analizar los alegatos, de modo que la diligencia quedó incompleta y “prácticamente inexistente” a pesar de las constancias obrantes en el expediente sobre su grabación, que por haber pasado desapercibida para el juzgador generó la violación del derecho de defensa, pues sin audiencia no hay defensa.

El hecho de que el Tribunal no hubiera escuchado la grabación significa que las partes no fueron oídas como se lo garantizaba no solamente el artículo 451 del estatuto procesal, sino el sentido mismo y razón de ser de la audiencia definida como el “acto de oír los soberanos u otras autoridades a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa. Ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrecen a un interesado en juicio o en expediente...”

Como no existe transcripción de las casetes ni constancia de haber sido oídos, y tampoco referenciados en la sentencia, fuerza es concluir que existe un error grave que de acuerdo con los numerales 2 y 3 del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal genera nulidad por no tener en cuenta un acto procesal de suma trascendencia.

La irregularidad es sustancial y afecta el debido proceso porque la audiencia es “único medio para que la defensa venza en juicio” y las restantes partes soliciten una correcta administración de justicia. Siendo bastante con omitir alguna de esas intervenciones para afirmar la presencia de su irregular realización, sería imposible inaceptar que el vicio se torna en protuberante cuando lo ignorado es el discurso de la integridad de los intervinientes. Tal omisión hizo evidente el incumplimiento del artículo 449, ibídem, y por lo mismo la violación del debido proceso.

De idéntico modo, cuando se desconoce la intervención del defensor y del vocero en el momento culminante del proceso, el que se afecta es el derecho a la defensa que garantiza el artículo 29 constitucional estableciendo en favor del procesado el derecho de probar, controvertir los medios en su contra y asistirse de abogado.

Tampoco las pruebas de la audiencia fueron consideradas por el Tribunal desconociendo en ello el artículo 180-4 del Código de Procedimiento penal que exigía “la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión”, así que la sentencia se basó tan solo en el recaudo del sumario, sin entrar a analizar los trascendentes testimonios recepcionados en la causa, que de haberlo sido variarían la decisión final.

Tal fue el caso de la declaración de Víctor Acosta Hoyos a quien le consta que un sujeto alto salió con una “rula” y golpeó el carro de ARRIETA, momento en que sonaron dos disparos, porque su versión “contradice abiertamente a los testigos que fueron base para la condena”, haciéndose obligado al ad-quem el mencionarla, así fuese para afirmar que no le merecía credibilidad. Como de ese modo no se hizo, se ignoró el artículo 180 generando nulidad por violación del derecho de defensa y del principio de contradicción, afirmación que se dice apoyada en jurisprudencia de abril 18 de 1988 sobre ausencia de motivación de los fallos judiciales.

Tampoco constituía esa omisión una informalidad intrascendente si se estima que el acto procesal por excelencia era la audiencia, pues se trataba del escenario para controvertir la prueba y los argumentos-base de la sentencia. Además, la audiencia careció de la autenticidad necesaria para garantizar el fiel contenido de los casetes, que solo habría permitido la transcripción suscrita por el Secretario.

Sin ella, la Secretaría estaría obligada a reproducir la audiencia cada vez que alguna de las partes deseara conocer los argumentos de las otras; actividad inefectiva de no contarse con una grabadora oficial. Por eso debió el Juzgado, o en su defecto el Tribunal, ordenar la transcripción y autenticación fidedigna que hubiera permitido ubicar las frases textuales indispensables para refutar, citar folios, o inclusive recordar la propia intervención. Mas, como así no se hizo, se incurrió en violación del principio de publicidad consagrado por el artículo 252 del estatuto procesal, dando lugar a la nulidad prevista por el artículo 304-2 ibídem por “la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso”.

La audiencia es pieza fundamental sin la cual no hay proceso judicial. Por ello, cuando los argumentos de los sujetos procesales quedaron en el aire, se hizo evidente esta irregularidad como sustancial, pues la actuación no tiene vida jurídica si los fines de la audiencia se truncan por omisión de su transcripción, sin que el consentimiento del perjudicado pueda convalidar la actuación irregular, ni exista medio distinto de la nulidad para subsanarla.

El cargo remata solicitando que de conformidad con el artículo 225-3 del Código de Procedimiento Penal decrete la Sala la nulidad de la sentencia impugnada, ordene la libertad del procesado, el levantamiento de las medidas preventivas y la transcripción de la audiencia; para que el ad quem, luego de correr traslado para alegar, analice los argumentos de las partes y las pruebas practicadas en desarrollo de esa actuación, en cumplimiento del artículo 180, ibídem.

En un segundo cargo fundado en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal se acusa la sentencia como violatoria por vía indirecta de los preceptos sustanciales de los artículos 323 y 29-4 del Código

Penal, el primero por aplicación indebida y el segundo por falta de aplicación, debida a la ocurrencia de un error de hecho en la valoración probatoria.

En el expediente obran elementos demostrativos de la legítima defensa con que actuó el procesado al proteger su vida, la de su esposa y la de su hija, que de haber sido analizados por el Tribunal necesariamente hubieran conducido a una sentencia absolutoria. Se ignoraron los testimonios de José Joaquín Daniels Coronado, Orbier Oyola Ordosgoitía, Vianny Arrieta Bedoya (parcialmente), Jairo Ayus, José de la Rosa Mercado Ramos, Aníbal Oyola, de los agentes de la policía Alberto Valencia Muñoz y Fidencio Román Trujillo, las declaraciones de Víctor Acosta Hoyos, Teófilo Alberto Peñate Alvarez y Quimio César Luna Palomino, recepcionadas en la audiencia y las pruebas documentales aportadas por el defensor Alvaro Petro en esa diligencia. Además, pese a que algunos aspectos de estos testimonios fueron objeto de análisis, resultaron erróneamente interpretados.

Fue así como al interrogar a los testigos presenciales quién había atacado primero, Víctor Acosta Hoyos respondió: “como que fue el señor Olivardo yo no le oí la voz a Luis...”, y Teófilo Alberto Peñate Alvarez dijo que “el señor Mercado fue quien inició el ataque”, pero para los testigos a quienes cree el Tribunal, fue el procesado quien revolver en mano llegó a provocar a la víctima.

Los testimonios rendidos en la audiencia merecen mayor credibilidad por haber estado sometidos al interrogatorio y la controversia de las partes, así que de haberlos estimado, no les hubiera atribuido el juzgador tanta certeza a las versiones de los acompañantes del occiso que contradicen la lógica elemental, pues no es posible creer que el procesado hubiera adivinado la presencia del occiso en ese sitio, tampoco que lo hubiera provocado sin bajarse del vehículo, por encima de su esposa y de su hija de 15 años, y menos asumido la actitud de un “super-héroe” para avanzar hacia el vehículo desde donde le apuntaban con un revólver.

Las versiones de Acosta y de Peñate encuentran respaldo en la del médico veterinario Quimio César Luna Palomino cuando afirma que éste tuvo que atender muchos bovinos que según LUIS ARRIETA habían sido cortados por la familia Mercado. Por eso se hace ilógico pensar que a sabiendas de esa peligrosidad, el procesado hubiera provocado al occiso exponiendo a su hija y a su esposa.

Más verosímiles fueron las declaraciones rendidas en la audiencia que atribuyeron al intenso tráfico y a la presencia en la vía de una tractomula atravesada que mencionaron los agentes de la policía, el que ARRIETA hubiera tenido que detener su vehículo, lo que permitió a Mercado lanzarse a romper el vidrio y la puerta, sin darle otra alternativa al agredido que la de disparar, lo que resulta comprensible frente al impacto mortal recibido en la axila, precisamente levantaba el brazo en la ruptura del vidrio. Los desperfectos causados al automotor y su origen fueron comprobados mediante la diligencia de inspección y las versiones de los policías que estuvieron en el lugar del hecho dos horas después de sucedido.

Si las versiones de los testigos de cargo fueran ciertas, tampoco el procesado hubiera esperado a que la víctima se aproximara a su vehículo, siéndole fácil dispararle antes, sin contar con que estos declarantes eran amigos íntimos del occiso y uno de ellos le colaboró en el ataque con un palo. Por el contrario, los testigos de la audiencia no tenían amistad íntima con el procesado ni interés afectivo o económico que permitiera pensar en su parcialidad.

El Tribunal no podía condenar sobre la base de los que consideró testigos contestes, porque apenas aportaban declaraciones prefabricadas; bastando su lectura para percibir que eran versiones calcadas, rendidas con acuerdo sobre lo que debían referir. Es más: el ad quem había aceptado la legítima defensa cuando dijo que después de una larga discusión Mercado se lanzó contra Arrieta y éste disparó, pero inexplicablemente no la concedió.

En la sentencia acusada se refutan unos argumentos de la defensa referidos a un momento superado, pero no los expresados en la audiencia, de modo que se dejaron sin respuesta las intervenciones del vocero, del defensor y de la Fiscalía que abogaban por la absolución.

No es cierto que el procesado asumiera una postura ventajosa cuando al tiempo que provocaba a la víctima le apuntaba con revólver, como lo afirma el Tribunal al descontar la legítima defensa, pues de ser ello cierto hubiera disparado antes de que se produjeran a su vehículo los daños demostrados. Ello acredita que al procesado no le asistía la intención de matar, sino que se le impuso la necesidad de disparar en defensa de su vida y la de su familia.

Igualmente equivocado el raciocinio con el que el Tribunal descarta la existencia del peligro inminente al sostener que si la “rula” entraba y salía del carro, como lo afirmó la hija del procesado, hubiera resultado lesionado ARRIETA RAMOS. Si por efecto de los machetazos resultaron rotos los vidrios, era porque las ventanas se hallaban cerradas, y ello impidió la causación de heridas. La versión de la menor no contradice la del indagado o la de su esposa y por contrario coordina con las de los testigos de la audiencia y las fotografías que demuestran la violencia ejercida en el vehículo, rastros que temerariamente considera la parte civil realizados a posteriori.

La tesis de la “simulación o pretexto de legítima defensa” que extracta de la doctrina el Tribunal para hablar de premeditación del hecho, es propia de delincuentes avezados, que no es la condición de LUIS ARRIETA. Si esa hubiese sido su intención, jamás se hubiera ido acompañado por su familia, sino tal vez de algunos de los trabajadores de su finca. Por el contrario. El acusado es hombre de conducta transparente, ejemplar padre de familia y ganadero que ha hecho su fortuna con esfuerzo, y que no acude a vías de hecho sino a las autoridades

como lo muestran las copias de las denuncias que aportó su abogado en el proceso.

Los elementos de la defensa justa coinciden en el comportamiento de ARRIETA quien se vio en la necesidad de defenderse ante la injusta agresión que en su contra desplegó la víctima, por lo que en el evento de no aceptar ese planteamiento principal, cuando menos y subsidiariamente debe reconocerse un exceso.

C O N C E P T O D E L M I N I S T E R I O P U B L I C O :

Los dos cargos formulados en la demanda de casación hallan respaldo en el concepto del Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien solicita a la Corte casar la sentencia y decretar la nulidad por las razones expresadas en el primero de ellos, o subsidiariamente proferir el fallo de reemplazo con reconocimiento del exceso en el ejercicio defensivo, cual es la última propuesta del censor.

El cargo de nulidad, estructurado sobre la violación de preceptos relacionados con la aducción de la prueba y la existencia de irregularidades sustanciales que vulneran el debido proceso persigue la invalidación de la sentencia por vulneración del derecho de defensa por parte del Tribunal al ignorar la audiencia pública de juzgamiento.

El medio técnico empleado para la incorporación del debate al expediente no fue el más frecuente, aunque sí está autorizado por la ley que en ese caso no exige la conversión a escrito de las grabaciones. Este recurso, sin embargo, vino a impedir en el caso revisado la apreciación completa de las alegaciones hechas en la audiencia como lo muestra el hecho de no constar “que el Tribunal hubiera escuchado los casetes previa la decisión de la alzada contra el fallo absolutorio, ni puede desprenderse de sus consideraciones que así lo haya hecho porque los argumentos esgrimidos como sustento de la condena no los refieren en manera alguna”.

Después de reseñar la Delegada la actividad que consta en el acta, refiere que en la grabación se escuchan cuestionamientos a la deficiente investigación, como la falta de demostración del cuerpo del delito que impedía el proferimiento de resolución acusatoria; sobre la credibilidad de los testigos de cargo, y en relación con la posición asumida por el instructor que en el calificadorio rechazó la legítima defensa, porque el procesado no disparó a otra parte del cuerpo del occiso.

Este aspecto, según allí lo expresa la defensa, obedeció al temor del procesado “ante la agresión de que estaba siendo víctima, la imposibilidad de exigírsele jurídicamente que evitara el peligro de manera diversa y la no medición de los medios de defensa frente a las particulares condiciones en que ocurrieron los hechos”.

También contienen las grabaciones planteamientos sobre la verdadera causa del deceso, la trayectoria de los proyectiles, el tratamiento médico-quirúrgico, la violación del principio de causalidad y el tema recurrente de la legítima defensa, pero esta vez con apoyo en la prueba de la audiencia.

Para el juzgado que presenció y dirigió el debate, ninguno de los argumentos era desconocido, pero como de todos seleccionó la tesis de la Fiscal sobre ausencia de demostración del cuerpo del delito, entrando a proferir sentencia favorable, no encontró necesario ocuparse in extenso de la causal de justificación que alegaron el vocero y la defensa. Luego si para el Tribunal eran rebatibles las razones del a-quo porque sí se tenía la prueba plena del cuerpo del delito, se hacía imprescindible desvirtuar la alegación sobre legítima defensa, pero no sobre la proposición del superado momento precalificadorio, sino ante el complemento probatorio y los debates de la audiencia que implicaban una transcripción del desarrollo de esa vista, lo que en su decisión resulta omitido.

En efecto, para negar el Tribunal la prosperidad de las alegaciones sobre justificación “de conformidad con el material probatorio recaudado en autos”, le bastó con resumir en la sentencia el memorial que agregara la defensa en el traslado pre- calificadorio, y responder que así no procedía la defensa justa, porque el provocador del incidente había sido el acusado cuando amenazó de muerte al ofendido apuntándole con un revólver, lo que le colocaba en ventajosa posición habilitante para asumir un riesgo. Luego y de manera súbita afirma la sentencia que la conducta de ARRIETA “encuadra perfectamente dentro de los marcos de lo que la doctrina ha dado en llamar simulación o pretexto de legítima defensa”, y sin más ya concluye revocando la absolución para entrar a tasar la pena adecuada.

En suma: cuando el ad-quem desechó el motivo de absolución y entró a desestimar la causal de justificación, apenas si refutó los alegatos precalificatorios, pero no los del debate público, desconociendo, además, los testimonios recaudados en esa última actuación.

Si el derecho a la defensa, tanto la que ejerce directamente el procesado como la que le brinda un abogado “constituye el presupuesto de legitimidad de cualquier actuación en la que el Estado someta a los ciudadanos a un proceso por causa de su comportamiento que se reputa delictivo”, la intervención del abogado no puede ser considerada simple formalismo dentro de un proceso dialéctico donde se enfrentan los diversos criterios expresados por los sujetos procesales para que el juzgador a través de juicios valorativos arribe a conclusiones ciertas, pues corresponde a la defensa técnica presentar las pruebas favorables al procesado y, previo análisis de los elementos de convicción, plantear fórmulas de solución mediante proposiciones fundadas en la ciencia y el derecho, todo en procura de los intereses de su representado.

La intervención de la defensa técnica y el respeto del juzgador por

sus planteamientos son fundamentales para que pueda hablarse del debido proceso; por eso el examen no puede realizarse únicamente desde el punto de vista del juez, sino que es necesario considerar los argumentos de todos los sujetos procesales para aceptarlos o controvertirlos con razones válidas.

“Cuando el sentenciador deja de lado, esto es, menosprecia la intervención de la defensa bien porque sectoriza sus proposiciones, ora porque no se ocupa de los temas que ella ha introducido en el debate procesal, o ya porque sus intervenciones no son materia de estudio en la sentencia correspondiente, no queda duda de que se está produciendo una grave lesión de la garantía constitucional del derecho a la defensa, pues vale tanto no haber contado con la presencia del abogado defensor como el no ocuparse de sus planteamientos para aceptarlos o rebatirlos sobre la base del material probatorio recaudado y las normas jurídicas que lo respaldan”.

Aún si la defensa mantiene la misma posición en todas las actuaciones, debe el juzgador analizar por separado cada una de las intervenciones porque puede suceder que a pesar de su identidad a lo largo del proceso los argumentos tomen mayor fuerza; de lo contrario la garantía constitucional sería un simple formalismo.

En el caso que ocupa la atención, el Tribunal no analizó los planteamientos de la audiencia, olvidando su deber de escuchar las intervenciones de los sujetos procesales para darles una respuesta adecuada, pero no es en el medio utilizado para conservarlas en donde radica la vulneración del derecho a la defensa (pues no le asiste razón al libelista cuando exige transcribir el texto de las intervenciones), sino la desatención de su contenido, pues la transcripción solo es obligatoria “cuando sea estrictamente necesario”, y el empleo de los medios modernos de conservación de documentos pueden acarrear un quebranto a las garantías fundamentales del procesado, pero no por su misma esencia sino por

su utilización.

Lo que sucede es que el derecho a la defensa no queda satisfecho con la sola mención del instituto jurídico planteado por el defensor durante el proceso, sino que es necesaria la incorporación en la decisión del juez de todos los elementos de juicio relacionados con la realidad procesal (en especial las pruebas y los alegatos de la audiencia), por lo que aquí resulta evidente que el incumplimiento de tan elemental presupuesto privó al acto procesal de la vista pública del fin para el cual estaba concebido, valga decir, el de servir de escenario para la discusión probatoria y la defensa del procesado.

Por lo anotado, la Delegada se muestra partidaria de la prosperidad del cargo, solicitándole a la Sala que ante la imposibilidad de corregir la irregularidad advertida en esta sede, se opte por declarar la nulidad de la sentencia de segundo grado y ordenar la devolución del expediente para que el ad quem reponga la decisión invalidada, incorporando en ella el análisis de las alegaciones defensivas.

Para el evento de resultar impróspera la nulidad, el Ministerio Público contesta sobre el segundo cargo pese a sus deficiencias técnicas, que verificados los fallos de instancia, se comprueba la ocurrencia de un error de hecho por parte del Tribunal al no tener en cuenta los testimonios recepcionados en la audiencia pública, así como de otros de cuantos integraban la instrucción y que relaciona el actor en la demanda y lo mismo que la prueba documental aportada en aquella diligencia.

Así, en tanto que el juzgado consideró innecesario adentrarse en el análisis de fondo de las demás pruebas recaudadas, “por no ser objeto de controversia en el fallo que ha de proferirse”, el Tribunal estimó “...verdad

inconcusa y que no admite... discusión alguna” la autoría de los disparos por parte del procesado, con sustento en las versiones de los testigos Argelio Arrieta Pérez y Gabriel Algarín Arrieta, mientras que la declaración de la menor Vianny Arrieta, hija del procesado, y las fotografías del vehículo, las consideró demostrativas de la agresión de la víctima en contra del automotor y no de la humanidad del procesado.

Tratando el tema de la legítima defensa vuelve sobre los testimonios de Argelio Arrieta, Gabriel Algarín, Vianny Arrieta, la indagatoria del acusado y la inspección sobre el vehículo para concluir que de acuerdo con las alegaciones previas a la calificación no se da la justificante alegada. Desde luego en aquella oportunidad se hizo un análisis pormenorizado de los medios de convicción hasta entonces aportados al proceso, más no de las pruebas recaudadas en la audiencia, como fueron las versiones de Víctor Acosta Hoyos, Teófilo Alberto Peñate Alvarez y Quimio César Luna Palomino y de otras anteriores.

Surge, sin duda, la presencia de un error de hecho por falso juicio de existencia, como quiera que la sentencia ignoró la materialidad y contenido de algunos testimonios que por ser medios de convicción necesariamente tenían que evaluarse.

De los examinados, unos no fueron presenciales o perdieron credibilidad porque negaron al occiso el porte de un arma y ello se acredita con los restantes testimonios y las versiones de los indagados. Otros sirvieron apenas para corroborar la enemistad habida entre ARRIETA y la familia del occiso, motivada por problemas de linderos y la posible autoría de frecuentes daños que el acusado le atribuye a los Mercado.

Las declaraciones de los agentes de la Policía que ante la noticia de lo ocurrido acudieron al lugar de los hechos, enteran sobre la presencia de un camión

obstruyendo la vía, de evidencias físicas del enfrentamiento y del rumor sobre la agresión de la víctima cuando se acercó al vehículo en que viajaba ARRIETA que se había detenido a esperar que el camión le diera paso.

Entre los testimonios omitidos, Víctor Acosta Hoyos dijo haber visto a un señor alto y con “rula”, que después de discutir con ARRIETA se abalanzó al carro y le dio unos machetazos, y “ahí mismo” se escucharon “salir unos disparos”. El declarante advierte que no supo quien iniciaría la discusión, pero como no oyó la voz de LUIS ARRIETA, infiere que sería Olibardo Mercado, asegurando que no vio arma en poder del acusado al momento de la discusión.

Teófilo Alberto Peñate Alvarez afirmó la presencia de un hombre alto y muy preocupado, que cuando iba entrando el señor ARRIETA se le botó contra el carro mientras le decía “hoy es el día Luis Arrieta que te vas a matar con...”. El individuo tenía una “rula” en la mano con la que propinó unos machetazos al espejo y la puerta del vehículo, y cuando ARRIETA cerró el vidrio y el señor se lo partió y metió la rula, escuchando de pronto unos disparos. Para el testigo la discusión la empezó el occiso.

Como se ve, las pruebas que ignoró el Tribunal cambiaban las evidencias, pues según estos testigos la agresión provino del occiso quien atacó con machete el automotor en que se desplazaban el acusado y su familia, al detenerse porque un camión le obstaculizaba el paso hacia su finca, lo que descarta la “simulación o pretexto de legítima defensa” predicada en la segunda instancia.

A continuación refuta la Delegada los presupuestos de provocación con amenaza de muerte, actitud desafiante, posición ventajosa, ausencia de agresión por parte de la víctima que atacó al vehículo y no la humanidad del acusado, ausencia de peligro inminente y propósito de ARRIETA RAMOS de matar y no de defenderse, con los que el ad-quem desecha la legítima defensa y estructura su

simulación.

Sin embargo, el concepto finaliza aceptando que la reacción del acusado sobrepasó sí los límites de proporcionalidad que demanda la agresión, sosteniendo la presencia de un exceso punible que permite la prosperidad del cargo subsidiario.

C O N S I D E R A C I O N E S D E L A C O R T E :

En la solicitud de nulidad sobre la cual reposa el cargo primero de la demanda se afirma el desconocimiento del derecho de defensa, porque al surtirse la segunda instancia omitió el Tribunal la consideración, análisis y respuesta de los planteamientos hechos por las partes en el debate público de la audiencia, con desconocimiento de los artículos 156, 180-4, 304-2-3, 449 y 451 del Código de Procedimiento Penal y desestimación absoluta de las pruebas allegadas en ese estadio procesal, todo lo cual concluyó en la subrogación del fallo absolutorio por uno de condena con violación de las garantías consagradas en el artículo 29 constitucional.

Como la génesis de la inconformidad apunta a la diligencia de audiencia, resulta imprescindible recordar que a ella -según reposa en el acta levantada para recoger los pormenores de lo sucedido-, concurrieron en el local del Concejo Municipal de Sahagún el señor Juez Penal de ese Circuito, su Secretario, el acusado, su defensor, el Fiscal, el abogado designado para llevar la vocería del señor ARRIETA RAMOS y el apoderado de la parte civil.

En la primera sesión cumplida el 28 de enero de 1993, se dio lectura a la acusación y a otras piezas procesales solicitadas por las partes, se interrogó al acusado, y por separado a los testigos Víctor Acosta y Elkin Ramos, quienes coincidieron en afirmar que habían visto el desarrollo de los hechos y percibido que su promotor fue el occiso quien esperó nervioso al procesado con una “rula” en la mano, y al verle aparecer se le lanzó a su carro golpeando el vidrio de la ventana hasta romperlo, recibiendo como

reacción unos disparos. Con los anteriores rindió su testimonio el doctor Quimio Cesar Luna, el veterinario consultado para atender los semovientes del señor ARRIETA, lesionados, según supo, por la familia de Oliverio Mercado.

Concluido este interrogatorio se decretó un receso de media hora y por disposición del presidente de la audiencia las intervenciones orales debían recogerse por el sistema de “audio-video”, según lo autorizaba el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal. Con esa explicación, de allí en adelante el acta solo anota que le fue concedido el uso de la palabra en su orden a la Fiscal quien terminó pidiendo la absolucón del acusado por falta de certeza, al representante de la parte civil quien remató diciendo que “se debe apuntar a la sentencia condenatoria”, y al vocero cuya solicitud de suspensión fue atendida para que el acto prosiguiera al día siguiente. Firman esa primera parte del acta el Juez, la Fiscal, el vocero el defensor y el secretario, haciendo constar que el representante de la parte civil se ausentó cuando el último de los intervinientes iniciaba su discurso.

EL acta complementaria correspondiente a la sesión del 29 de enero dice que en el acto continuó con el uso de la palabra el vocero, cuya intervención seguiría registrándose bajo el sistema del “audio-video”, concluyendo luego de un receso con petición de copias para investigar a un testigo, y solicitud de absolucón para el acusado quien actuó en legítima defensa. Se anota luego que la defensa reclamó tener en cuenta su memorial de folios 54 a 84, pero al continuar hizo el aporte en copia de unas denuncias formuladas por el enjuiciado en contra de Olibardo Mercado, rematando en ruego de absolucón sobre la tesis principal de no hallarse probado el cuerpo del delito, y en subsidio la exoneración de responsabilidad por legítima defensa.

Tras el breve resumen que ofrece el acta y que suscriben los intervinientes procesales, no aparece la transcripción de las alegaciones, pero sin que ello sea indispensable, podría extrañarse cuando menos una certificación que

indique en cuantas cintas fueron recogidas, de qué manera se identificó su contenido, y cuales fueron el sistema o la técnica utilizados para grabar y conservar, información complementaria que en casos como el presente hubiera sido aconsejable para mayor seguridad del documento y su fácil acceso y manejo para fines procesales. En estas condiciones se produce el fallo absolutorio cuyo argumento centra en la insatisfactoria prueba del cuerpo del delito, apareciendo la referencia única pero bastante del envío con el expediente a la segunda instancia de una docena de casetes que contenían, se dice sin contradicción, las intervenciones de los sujetos procesales.

De la actuación así cumplida puede afirmar la Sala que ningún acto irregular o violatorio para las garantías procesales se ofrece en la actuación de primer grado, porque en el curso de la audiencia pública se dio debido cumplimiento a los principios de inmediación, oralidad, publicidad, lealtad, contradicción e igualdad, sin que el solo hecho de consignar en unas grabaciones magnetofónicas (que no sistema de audio-video como se había dispuesto por el Juez) las intervenciones orales de las partes pueda constituir defecto sustancial alguno, tratándose de un procedimiento válido y previsto en la ley, no sometido, por su regulación especial, a la forzada transcripción que establece en lo civil el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, y así el principio que rige en su esencia el procedimiento penal Colombiano sea el de su impulso por escrito y en el idioma castellano como se indica en el artículo 157 del código vigente, tratándose de diligencias, el normador valida la utilización de medios técnicos para su recaudo y conservación, como aparecía ya en el inciso segundo del artículo 151 del Decreto 050 de 1987 y ahora de manera más expresa en el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal que auspiciando el sistema de audiovideo tan solo impone su transcripción cuando ella resulte “estrictamente necesaria”, lo que parece ineludible, por vía de ejemplo, a

falta de elementos técnicos que permitan su fácil reproducción y consulta siendo ella indispensable para fines procesales, o justificadamente imprescindible para el recto ejercicio de la defensa, cuando se afronte el riesgo de su pérdida o deterioro, etc.

Ha de admitirse, entonces, que cuando el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal da la autorización para tomar y conservar por estos medios técnicos una diligencia, para su validez bastará el cumplimiento de los requisitos consignados en el inciso quinto del artículo siguiente, valga decir que el deber de levantar un acta en donde consten fecha y hora del acto y sobre la cual suscriban “quienes tomaron parte en ella”, exigencias reunidas en el caso del análisis, y con mayor razón cuando los testimonios recibidos en la vista quedaron consignados por escrito, igual que la versión final del acusado con la que hiciera uso de su derecho a la última palabra, lo que implica que si las partes todas habían asistido a la audiencia e intervenido en ella, no se hacía necesario reproducir en un escrito lo consignado en los casetes.

Por otra parte, y para contestar en ello algún reparo de la defensa, es de notar que así el juzgador esté obligado a resumir y contestar en su sentencia las alegaciones de la vista pública -art.180 del Código de Procedimiento Penal-, no por ello incurre en irregularidad si omite la pormenorización de aquel debate, cuando entre las varias propuestas escuchadas se inclina por reconocerle a alguna su operancia -como sucede aquí en el fallo de primera instancia- si al hacerlo se torna innecesario rebatir otros argumentos de aquella derivados.

2.- Vista, sin embargo, la actuación surtida ante el Tribunal, la situación se muestra diferente, pues sin que allí se repitiera el debate oral, la única manera que tenía la Sala de imponerse de cuanto en él había sucedido era la revisión del expediente, y en el caso concreto de las alegaciones de las partes, o bien la escucha de

los casetes recibidos, o bien la lectura del acta sobre la cual se hubiese realizado su previa transcripción.

Esta gestión, que podría entenderse de rutina, se hacía imprescindible en el caso de examen, donde la decisión a optar no era de respaldo a la providencia apelada, pues, como queda dicho, de hallar probada la tipicidad de la conducta, tenía el Tribunal que valorar tanto las pruebas como las alegaciones atinentes con la autoría, la imputabilidad, la responsabilidad y aún la pena.

La referencia que sobre este aspecto consigna la sentencia, dice que “El defensor actual del procesado... durante su intervención en la audiencia pública pide que al momento de fallar se tenga en cuenta el alegato de conclusión que corre a folios 54 al 86 del informativo, presentado por el doctor EDUARDO GONZALEZ FLOREZ...”, pasando a continuación y en su orden a sintetizar los argumentos de ese alegato y a expresar las razones por las que desestima la justificación en él solicitada, denegando credibilidad a la versión de la menor Vianny Arrieta, reprochando al procesado el haber hecho un tercer disparo después de herir a la víctima, y encuadrando su conducta en el fenómeno de la “simulación o pretexto de legítima defensa”, para lo cual transcribe dos párrafos del tratadista Alfonso Reyes Echandía sobre el tema, previo a afirmar que queda “Descartada la legítima defensa alegada por el defensor del procesado en la audiencia pública...”.

Como fácil puede verse, la Sala del Tribunal descarta los argumentos aducidos para la calificación del sumario, pero ni tiene en cuenta los del vocero ni los del defensor en el curso de la audiencia que, a pesar de referirse al mismo tema, versaban sobre elementos probatorios que ni el instructor ni las partes conocían cuando se declaró cerrada la instrucción. Allí las únicas personas distintas del sindicado y su familia, que se habían referido a los hechos, eran Argelio Arrieta Pérez y Gabriel Algarín Arrieta, versiones analizadas por el defensor en el alegato preca-

lificadorio y fundamento del fallo de condena, como si a partir de aquel momento el proceso no hubiera sufrido modificaciones.

El inexplicable silencio del Tribunal no permitió saber qué incidencia podían tener los planteamientos defensivos expuestos en la audiencia, especialmente los del vocero procurando desvirtuar con base en la versión suministrada en ese acto por los testigos Víctor Acosta Hoyos y Teófilo Alberto Peñate Alvarez, la supuesta provocación del acusado mientras le apuntaba su revolver a la víctima; demostrar que el encuentro además de casual obedeció a la obstrucción del camino por un camión que obligó al procesado a detener la marcha del automotor en que viajaba, no como dicen los testigos de cargo que llegó preguntando por Olibardo; y que el ataque de Mercado sobre el vehículo fue sorpresivo y tan grave que su asistido no tuvo otra alternativa que la de repeler la agresión disparando, sin intención de matar.

Olvidó el ad-quem que no solamente por la ausencia de defensa técnica se incurre en la vulneración del derecho del sindicado a estar asistido por un abogado. Del mismo modo se desconoce el derecho a la defensa cuando el juez ignora los planteamientos oportunos del apoderado, porque de nada sirve que los profesionales en representación del acusado permanezcan atentos al desarrollo del proceso, presenten alegaciones, aporten o soliciten pruebas o hagan uso de recursos, si el juzgador se niega a oírlos.

En tal sentido no puede ser la audiencia una formalidad de más, de contenido inocuo o contingente, cuyo debate pueda pasar inadvertido. Por el contrario, con ella se integra un hito procesal sustancial y trascendente, tanto por ser la oportunidad final de aportación y controversia probatoria, como por concederle al procesado la última ocasión para explicarse, pero además por concentrar para el conocimiento del juez la suma de los argumentos culminativos de los sujetos procesales y

muy en especial de la defensa que allí agota integral y definitivamente en la instancia sus esfuerzos técnicos. Por eso se comprende que cuando el sentenciador relega al olvido esos planteamientos capitales, afecta irremediablemente el derecho de defensa y desconoce su preponderante raigambre superior (artículo 29 de la Carta Política), asomando su actuación a la fatalidad de la invalidación con la que insubsanablemente se sanciona en el artículo 304-3 la violación de esta garantía fundamental del juzgamiento.

Sin duda que el Tribunal, con una visión limitada del proceso, de espaldas a la realidad que le ofrecía la audiencia e ignorando la importancia que la confrontación final de argumentos representaba en la sentencia, emitió esta providencia vulnerando al acusado sus prerrogativas defensivas, y pasando de la sola desvirtuación formal del medio utilizado para conservación de las alegaciones al desconocimiento de los planteamientos de descargo, constitutivos de la razón de ser del acto oral de juzgamiento. Ello deriva en la necesidad de acoger de la demanda de casación el cargo primero que sustenta, como los fundamentos que en su apoyo aporta la Procuraduría, haciendo próspera la nulidad de la sentencia de segunda instancia, pero sin que le sea posible a la Corte el emitir un fallo que la sustituya, porque de lo que aquí se trata no es de rectificar en ella un vicio, sino de expedir la decisión en su totalidad bajo el análisis íntegro de la prueba y del debate, y la respuesta de las alegaciones defensivas, lo que implica la fundamentación primera de una decisión que de otro modo privaría a quien resulte con ella inconforme de posibilitar su controversia.

Por lo expuesto, debe la Corte en cumplimiento de los artículos 220-3 y 305-3 del Código de Procedimiento Penal casar el fallo impugnado, decretando su nulidad para que el Tribunal reponga la actuación invalidada con sujeción a lo considerado, lo cual podrá implicar, solo de hallarlo estrictamente justificado y necesario, en cuanto nadie discute la autenticidad de las cintas allegadas, la

transcripción de los casetes contentivos del debate oral.

Como obligada consecuencia de la anulación quedará sin efecto la revocación de la libertad provisional del procesado decretada por el Tribunal, por cobrar vigencia la excarcelación otorgada al señor ARRIETA RAMOS por el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, sentido en el cual se dará noticia a las autoridades de policía.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E :

PRIMERO: CASAR el fallo condenatorio impugnado por el defensor del procesado LUIS MANUEL ARRIETA RAMOS, en el sentido de decretar su nulidad, para que regresando el expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, se entre a hacer el pronunciamiento de segunda instancia que en derecho corresponda, con acato a las consideraciones contenidas en la presente decisión.

SEGUNDO: Ofíciase lo pertinente a las autoridades de Policía comunicando que continúa vigente la excarcelación concedida por el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún a favor del procesado LUIS MANUEL ARRIETA RAMOS.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA, FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, RICARDO CALVETE RANGEL,
CARLOS E. MEJIA ESCOBAR, DIDIMO PAEZ VELANDIA -no firmo, EDGAR
SAAVEDRA ROJAS, JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

CARLOS A. GORDILLO LOMBANA, Secretario