

PRUEBA TRASLADADA

PROCESO : 9412

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr.JORGE E. CORDOBA POVEDA

Aprobado Acta Nro.157

Santafé de Bogotá D.C., cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

VISTOS

El 25 de junio de 1993 el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Palmira condenó a Elibardo Millán García, Carlos Enrique Avila Merlano y Jairo de Jesús Colorado Gómez a la pena principal de diez y seis (16) años de prisión como coautores responsables del delito de homicidio agravado cometido en perjuicio de Servio Román Pasichana Cañar. Con el carácter de penas accesorias, les fueron impuestas la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y la suspensión en el ejercicio de la patria potestad. Además se les condenó a pagar el equivalente a quinientos gramos oro como indemnización moral.

El Tribunal Superior de Santiago de Cali, en sentencia del 8 de septiembre de 1993, confirmó la decisión anterior en cuanto a la pena principal, pero revocó la condena a la indemnización moral y complementó el fallo motivando la pena accesoria de suspensión

de la patria potestad por el término de quince años.

## HECHOS

El 28 de abril de 1991 en el corregimiento Tenerife, del Municipio de Cerrito, los agentes policiales Elibardo Millán García (vestido con ropa deportiva) y Jairo de Jesús Colorado Gómez y Carlos Enrique Avila Merlano, uniformados, condujeron a Servio Román Pasichana Cañar del bailadero El Chivor a un punto denominado El Basurero y allí le dieron muerte con un disparo de arma de fuego en el pómulo derecho.

## ACTUACION PROCESAL

Las diligencias de indagación preliminar se ordenaron mediante autos del 29 de abril y del 15 de mayo de 1991, y el proceso penal se abrió mediante proveído del 29 de mayo de 1991.

Los agentes Elibardo Millán García, Carlos Enrique Avila Merlano y Jairo de Jesús Colorado Gómez fueron oídos en indagatoria, en su orden, los días 17, 18 y 19 de julio de 1991. Su situación jurídica fue resuelta el 10 de diciembre de 1991, habiéndose ordenado la detención preventiva de los tres sindicados.

Con fecha del 13 de junio de 1992, se dictó resolución de acusación contra los sindicados en calidad de coautores del delito de homicidio calificado.

La audiencia de juzgamiento se realizó el 20 de mayo de 1993.

La sentencia condenatoria de primera instancia se dictó el 25 de junio de 1993 y la de segunda el 8 de septiembre del mismo año.

El Tribunal concedió el recurso extraordinario de Casación, oportunamente interpuesto por los tres sentenciados y por los defensores de Millán García y

Colorado Gómez.

A nombre de Carlos Enrique Avila Merlano no se presentó demanda de casación, por lo que respecto de él se declaró desierto el recurso extraordinario.

En esta Corporación, las demandas elaboradas por los defensores de Millán García y Colorado Gómez se declararon ajustadas a las formalidades de ley, por lo que se dispuso oír al Ministerio Público, que representado para este asunto por el Procurador Primero Delegado en lo penal, solicitó no se casara la sentencia en cuanto a lo demandado, pero sí parcialmente para reducir la pena de interdicción de derechos y funciones públicas a diez (10) años.

#### DEMANDA DE ELIBARDO MILLAN GARCIA

Dos cargos contiene esta demanda. El primero de ellos, por violación indirecta de la ley sustancial por haberse incurrido en un error de derecho, por falso juicio de legalidad, en cuanto se otorgó plena validez a testimonios ilegalmente aportados al proceso.

Sostiene la defensora impugnante que el único testigo presencial de los hechos, William Ante Tabares, al igual que Carlos Enrique Hincapié, Hausberto Giraldo Vásquez y Jairo Martínez Tabares rindieron sus declaraciones en la etapa de indagación preliminar, sin que los procesados, ni los defensores hubieran intervenido en su recaudo, y que al no repetirlas en la etapa instructiva, no se pudo ejercer el derecho de contradicción respecto de ellas.

La actora comenta que la resolución de acusación y el fallo condenatorio se estructuraron con base en estos medios de convicción, pues se dedujo la existencia de un indicio grave de oportunidad para delinquir. Si los testimonios no cumplieron las formalidades legales, mal podían ser tenidos en cuenta para efectos de dar por demostrado el hecho indicador, fundamento del indicio grave por medio cual se

deduce la responsabilidad de los procesados.

Ese proceder, en sentir de la recurrente, significó la violación de los artículos 7o. y 246 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, solicita se case la sentencia y se dicte la de reemplazo prescindiendo del análisis de los testimonios irregularmente recibidos.

En el segundo cargo, la demandante menciona la nulidad, pero desvía el ataque hacia la violación indirecta, en la modalidad de error de derecho “por haberse utilizado un medio probatorio, el reconocimiento fotográfico, ilegalmente producido”.

Al efecto afirma que en el informe rendido por la Sijin no se expresa el número de fotografías sobre las que se realizó el reconocimiento, ni sobre la presencia del defensor, ni del agente del Ministerio Público. Por consiguiente, en su opinión, fueron violados los artículos 369 y 246 del estatuto de procedimiento penal. Y en esas condiciones la casacionista solicita que se profiera un nuevo fallo en el cual no se tenga en cuenta ese elemento de convicción.

#### DEMANDA DE JAIRO COLORADO GOMEZ

También este libelo contiene dos cargos. El primero, por estimar que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, pues no existe la plena prueba para condenar, porque en la tenida en cuenta se incurrió en error de derecho que consistió en otorgar a unas pruebas el valor que no tenían y en negar a otras el valor que efectivamente poseían.

Considera, igualmente, que se le ha dado valoración a una prueba aportada ilegalmente, pues fue en la etapa de indagación previa cuando se recaudaron los testimonios de Nidia Ante de Tabares, Patricia Arcila Valencia, William Ante Tabares, Hausberto Giraldo, María Helena López, Jorge Didier Ocampo Román, Eduardo

Valencia, Efraín David Andrade, Carlos Enrique Hincapié, Neil Isaac Craff Fontalvo , Jhon Jairo Rosero, Jesús María Giraldo, Jairo Martínez Tabares, Armando Alirio Telpiz, Wilson Quintero, Jose Azael Mosquera, Sneider Ñañez.

El actor puntualiza que el fallador le dió plena credibilidad a la declaración del testigo presencial William Ante Tabares y a los testimonios de Carlos Enrique Hincapié, Jairo Martínez Tabares y Hausberto Giraldo Vásquez, que no hacen parte de ninguna etapa del proceso, con lo cual se violó el derecho de contradicción.

Dice que la declaración de Ante Tabares, único testigo presencial fue recibida en una investigación administrativa sin el lleno de los requisitos legales, al igual que las de Carlos Enrique Hincapié, Hausberto Giraldo Vásquez y de Jairo Martínez Tabares, motivo por el cual no puede darse por probado el indicio de oportunidad.

Solicita se case la sentencia y se absuelva al procesado al ser desestimadas las pruebas irritualmente allegadas.

El actor formula un segundo cargo al amparo de la causal tercera de casación, por la existencia de graves irregularidades que afectan el debido proceso y el derecho de defensa y que hace consistir en que un funcionario administrativo recibió los testimonios de William Ante Tabares, Hausberto Giraldo Vásquez, Jairo Martínez Tabares y Carlos Enrique Hincapié Londoño, con violación del principio de contradicción, pues en el momento de su recaudo no estuvieron presentes ni los procesados ni sus defensores y tampoco fueron ratificados ante el funcionario competente.

Igualmente, considera irregular el reconocimiento fotográfico que se hizo de los procesados, pues el informe de la oficina investigativa no da cuenta del número de fotografías, ni reseña la presencia del defensor, ni del agente del Ministerio Público.

Con los anteriores argumentos el representante judicial de Jairo Colorado Gómez

solicita se case la sentencia y se declare la nulidad del proceso a partir del cierre de investigación para que se rehaga la investigación.

## CRITERIO DEL PROCURADOR PRIMERO

### DELEGADO EN LO PENAL

El representante del Ministerio Público advierte que como las dos demandas contienen los mismos argumentos, las contestará de manera conjunta. Así, en el análisis de ellas, comenta que desde el punto de vista técnico, ni siquiera precisan con claridad la causal, ni el sentido de la misma, pues “Se dice de violación indirecta por error de derecho respecto del falso juicio de legalidad de las pruebas recogidas, y luego se discute la valoración de la prueba, y a la par se alega nulidad sobre las pruebas ilegales reclamando la imposibilidad de controvertirlas, y de presenciar su práctica. Ello envuelve un contrasentido, como que no se puede admitir el supuesto del ejercicio de los derechos de contradicción y de participación y de contrainterrogatorio, en frente a una prueba ilegal como es lo afirmado por el recurrente”.

En opinión del Delegado, se trata de una mezcla de causales, motivos y sentidos de casación en forma imprecisa que dificultan la comprensión, a pesar de lo cual, anunció que daría contestación a las tesis planteadas.

Con relación al primer argumento, el funcionario colaborador estima que el recaudo de pruebas en la investigación disciplinaria de la Policía o en la etapa preliminar, no afecta su validez , por cuanto:

“...es plenamente válido el recaudo probatorio, siempre que la aducción de pruebas en sí mismas sea correcta. En efecto, si se trata de actuación procesal disciplinaria, que validamente adelanta la policía nacional respecto de tres de sus miembros que han cometido el delito, es claro que tales declaraciones de testigos del hecho o de sus

circunstancias inmediatamente anteriores o posteriores pueden, y deben, trasladarse al proceso penal que se refiere al mismo hecho en cuanto fenómeno de ilicitud penal. Ello lo permite el artículo 255 del C. de P. P. bajo el nombre de prueba trasladada, que dice: "Las pruebas practicadas validamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código". Es decir, el texto legal citado establece la categoría de las pruebas que se trasladan de una actuación judicial diversa o administrativa, para admitirlas con plenitud de pruebas a la manera de las pruebas verificadas por el propio investigador o juez penal, bajo las reglas y criterios de aducción, producción y valoración que se utilizan para las pruebas propias del proceso penal. El criterio básico parece el de la unidad de la persona jurídica del Estado, y el de conceder a tales pruebas la legitimidad que por sí mismas tienen como fuentes y medios de prueba para la obtención del conocimiento de la autoridad judicial, indispensable en el juzgamiento de los hechos punibles."

En referencia a la ilegalidad de la prueba, por haberse practicado en la etapa preliminar considera que si es el propio legislador quien autoriza la práctica de pruebas en esta etapa absurdo sería pensar que ellas no tuviesen validez y en tal sentido sostiene:

"Por manera que en las hipótesis de los recurrentes, es claro que hubo la oportunidad procesal de controvertir las pruebas bien sea si se consideran trasladadas, o si se estima que fueron practicadas en la investigación previa. De manera que es claro que las pruebas referidas fueron validamente practicadas, y debían ser valoradas por el juez penal, de lo cual se viene a decir que no es cierto que haya un error de derecho por falso juicio de legalidad de las pruebas. Como que ciertamente no existe vicio de legalidad de cada medio probatorio en sí, y su incorporación al proceso es correcta, bien como prueba trasladada, o bien como prueba de investigación previa según lo dicho".

Con referencia al segundo cargo, por la presunta ilegalidad del reconocimiento sobre

fotografías el Procurador sostiene que en realidad no se hizo un verdadero reconocimiento sobre fotografías, sino que se le pusieron a disposición del testigo varias tarjetas biográficas de los diversos agentes de la Estación y reconoció a los tres agentes, identificando a uno de ellos por su apellido pues dice haberlo conocido como agente Millán. Respecto del mismo afirma que en el proceso colombiano existen diversas opciones para individualizar al autor de un hecho ilícito, como son: el reconocimiento sobre fotografías de persona no capturada, el reconocimiento en fila de personas para persona capturadas y las pruebas de identidad que es objeto propio de la investigación penal, puesto que la ley así lo permite y para ello existe libertad probatoria y todavía más cuando precisamente la investigación preliminar está destinada a individualizar o identificar a los autores o partícipes. Por ello considera que el cargo debe ser rechazado.

Finalmente, el representante del Ministerio Público solicita se case la sentencia para que se ajuste la pena de interdicción de derechos y funciones públicas al máximo legal, esto es diez años.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El cargo primero de ambas demandas, como lo sostuvo el Procurador Primero Delegado, es idéntico, por lo cual se responderá de manera conjunta.

Ante todo es necesario señalar que los libelos adolecen de fallas técnicas, de manera especial el presentado a nombre de Jairo Colorado Gómez, en el que se denuncian, dentro del mismo cargo la nulidad, el error de derecho por falso juicio de convicción y el error de derecho por falso juicio de legalidad, desconociendo que cada uno de estos yerros tiene su propia individualidad y autonomía, pues obedecen a motivos disímiles y producen consecuencias jurídicas distintas, por lo que no resulta lógico ni técnico formular el mismo reproche amparado por diferentes causales, planteadas conjuntamente.

No obstante los anteriores desaciertos, y haciendo un gran esfuerzo podría inferirse que

la censura es por error de derecho por falso juicio de legalidad, por haberse apreciado unos testimonios allegados al proceso penal sin el cumplimiento de los requisitos legales, ya que unos fueron recibidos en una actuación administrativa-disciplinaria y otros en la indagación preliminar, sin que los procesados ni sus defensores hubieran intervenido en su recaudo y sin que hubieran sido repetidos en la etapa instructiva, por lo que no pudieron ejercer el derecho de contradicción y defensa.

El cargo está condenado al fracaso, porque ninguna razón asiste a los casacionistas, pues, en primer lugar, no constituye ninguna irregularidad el que las pruebas practicadas en un proceso administrativo sean incorporadas al proceso penal, ya que tal traslado está expresamente autorizado por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que establece:

“Las pruebas practicadas validamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código.

“Si se hubieren producido en otro idioma, las copias deberán ser vertidas al castellano por un traductor oficial”.

En segundo lugar, y con referencia a las pruebas recaudadas en la fase de indagación preliminar, tampoco se desconoció el principio de legalidad, pues su práctica se encuentra autorizada por el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal (subrogado por el 40 de la ley 81 de 1993). Por lo tanto, si la propia ley faculta al funcionario para practicar y recaudar pruebas en esa fase preprocesal, resulta inconsecuente tacharlas de ilegales, por haberse allegado en ese momento. En Colombia, las pruebas practicadas en ese estadio son válidas, a diferencia de lo que ocurre en otros países, que siguen un sistema acusatorio acentuado, en los que las diligencias practicadas en esa fase preliminar son simples medios de investigación y no de prueba, debiendo repetirse,

para que adquirieran tal calidad, de manera oral en la audiencia pública.

En tercer lugar, en ninguno de los casos se vulneró el derecho de la parte defensora a contradecir los testimonios censurados porque tanto en la actuación disciplinaria como en el proceso penal tuvo ocasión de conocerlos y controvertirlos, derecho que, por lo demás, fue ejercido a cabalidad, pues se enteró de su contenido y lo cuestionó ampliamente, de manera escrita y oral (en la diligencia de audiencia pública) y, así mismo, tuvo la oportunidad de solicitar y aportar pruebas tendientes a desvirtuarlos.

Por otra parte, es preciso reiterar que el derecho de contradicción de la prueba se efectiviza no sólo cuando se asiste a su recaudo, sino cuando se critica en sí misma y con relación al resto del material probatorio, cuando se solicitan y aportan elementos de convicción tendientes a demeritar la que milita en contra del acusado y cuando se argumenta y contra argumenta en su favor.

Así las cosas, no se incurrió en la vulneración indirecta de la ley sustancial por la existencia de un error de derecho, ni se desconoció el derecho a controvertir la prueba, como lo pretenden los censores. En consecuencia, tal como lo solicita el Procurador Primero Delegado en lo Penal el cargo será rechazado.

El segundo cargo en ambas demandas es idéntico. Se alega, con fundamento en la causal tercera, la ilegalidad de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, por no haberse dejado constancia sobre el número de fotografías sobre el que se realizó, ni tampoco de la participación del defensor o del Agente del Ministerio Público.

Aquí nuevamente en la censura se confunden las causales primera y tercera de casación. Sin embargo, es cierto que las irregularidades ocurrieron en la práctica del reconocimiento a través de fotografías, y en tales condiciones la prueba está viciada en sus propios ritos de formación, configurándose así una violación indirecta de la ley sustancial, por la existencia de un error de derecho.

Sin embargo, el vicio no alcanza a producir efectos sobre la sentencia impugnada, puesto que los agentes fueron debidamente individualizados y acusados por numerosos testigos, por lo que obra prueba más que suficiente para dar sustento a la sentencia impugnada.

Se debe recordar cómo el testigo principal menciona a los agentes Millán y Colorado, como personas ampliamente conocidas por él por su condición de tales, razón por la cual se podría afirmar que la prueba del reconocimiento fotográfico sobraba. Además, se debe tener en cuenta que tal diligencia tiene su razón de ser en la individualización de personas desconocidas. Pero si quien lo hace se refiere de manera concreta a personas ya conocidas, como en el caso presente, la diligencia resulta totalmente innecesaria.

En las condiciones precedentes y de conformidad con lo pedido por el Agente del Ministerio Público se debe rechazar el cargo formulado.

Por lo demás, es de advertir que la garantía de la legalidad de la sanción fue desconocida, en cuanto se le impuso a los procesados la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término que el de la pena privativa de la libertad, que es de dieciséis años, cuando el tope legal es el de diez años, como máximo, según lo pregonan el artículo 44 del Código Penal. Tal exceso debe ser reparado, casando parcialmente la sentencia impugnada para ajustar esa dosificación al máximo permitido por la ley, conforme a los artículos 228 y 229.1 del Código de Procedimiento Penal.

Son suficientes las anteriores consideraciones, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVA

PRIMERO: DESESTIMAR la demanda.

SEGUNDO: CASAR OFICIOSA Y PARCIALMENTE el fallo impugnado para limitar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas al término de diez (10) años.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

NO FIRMO

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria