

DEFENSA TECNICA/ VERSION LIBRE/ NULIDAD

Es cierto que los sindicatos no estuvieron asistidos por un defensor en la diligencia de versión libre, y también lo es que en el acta en que se consignó la exposición de (...) no aparece firma en el espacio que dice "INTERROGO", pero si está suscrita por el Jefe de la Sección de Sustanciaciones y de la secretaria.

Ahora, independientemente de las consecuencias que pudiera generar la falta de esa firma, lo importante es que para efectos de recibir las versiones a los sindicatos era necesaria la asistencia de su defensor de confianza, o de uno designado de oficio, so pena de que de no ser así, dichas diligencias no pueden ser tenidas en cuenta al evaluar el material probatorio, porque como lo precisa la Constitución Política en el artículo 29, son nulas de pleno derecho.

Pero lo que está viciada es la prueba, no el proceso, pues lo que ocurrió es que al recibir las versiones no se le dio cumplimiento a una formalidad establecida como garantía fundamental, consistente en que el sindicato debe estar acompañado por un defensor. Esa falla no trasciende a la estructura del proceso, de manera que no es necesario retrotraer la actuación para repetir la diligencia, ya que la versión libre no es presupuesto procesal de ninguna actuación o decisión posterior. Situación diferente se presentaría si se hubiera tratado de la indagatoria, pues ella además de ser un medio de defensa y un elemento de juicio, es un medio de vinculación del imputado al proceso, y un requisito previo a la definición de la situación jurídica.

RAD. 9591

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. RICARDO CALVETE RANGEL

Aprobado Acta No. 53

Santa Fe de Bogotá D.C., mayo veinte de mil novecientos noventa y siete.

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado HYUN SUP SHIN, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado setenta y cuatro Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al procesado recurrente a la pena principal de cien (100) meses de prisión por los delitos de tentativa de homicidio, hurto calificado y agravado e incendio, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, así como a la expulsión del territorio nacional.

I. HECHOS

Fueron sintetizados por el Procurador así:

“Tuvieron ocurrencia en esta ciudad en la residencia del ciudadano coreano Soo Kil Ham, ubicada en la calle 75 No.22-44, en la madrugada del siete de agosto de mil novecientos noventa, cuando el individuo mencionado se disponía a ingresar a su casa y en ese momento fue agredido por BYUNG HWAN CHOI Y HYUN SUP SHIN quienes se hallaban esperándolo y luego de golpearlo le proporcionaron escopolamina y lo amarraron y colocaron en el segundo piso de la casa. Horas más tarde el mismo día los

mencionados sujetos decidieron desocupar la residencia hurtando todo lo de valor que en ella encontraron y lo trasladaron a la residencia de Martha Gómez Orozco al sur de la ciudad, así como otros bienes de Ham que se hallaban en una bodega de San Andresito. En las horas de la madrugada del ocho de agosto del mismo año, le prendieron fuego a la residencia y gracias a la ayuda de los vecinos y el cuerpo de bomberos de la ciudad, Soo Kil Ham fue rescatado y trasladado a un centro hospitalario, salvando su vida.”

II. ACTUACION PROCESAL

El Juzgado Tercero de Instrucción Criminal abrió la investigación, y luego de oír en indagatoria a HYUN SUP SHIN le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de hurto calificado y agravado, incendio y tentativa de homicidio.

Cerrada la investigación calificó el mérito del sumario en providencia de octubre 24 de 1991, con resolución de acusación contra HYUN SUP SHIN por los delitos imputados en el auto de detención y ordenó la cesación de procedimiento en favor de BYUNG HWAN CHOI por haberse acreditado su fallecimiento.

La etapa de la causa correspondió al Juzgado Treinta Superior de Bogotá, clasificado luego como Setenta y Cuatro Penal del Circuito, despacho que una vez celebrada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria con los resultados antes reseñados.

Apelado el fallo anterior, el Tribunal lo confirmó con la modificación de revocar el plazo concedido para el pago de los perjuicios.

III. LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación, el libelista formula un

cargo único al estimar que la sentencia ha sido dictada en un juicio viciado de nulidad.

Considera el censor que se vulneró el derecho de defensa del procesado HYUN SUP SHIN, porque en la versión que rindió ante la Dirección de Extranjería del D.A.S. no le fue designado defensor ni le fue hecha la advertencia de que podía hacerlo, por lo que puede decirse que el acusado careció de defensa técnica.

Esta irregularidad genera la nulidad consagrada en la causal tercera de casación, por cuanto dicha versión y la del extinto Byung Hwan Choi rendida en idénticas condiciones, sirvieron de fundamento al funcionario instructor y a los falladores de instancia para deducir responsabilidad penal por los hechos investigados a su representado.

Transcribe apartes del auto que resolvió la situación jurídica de los implicados HYUN SUP SHIN y BYUNG HWAN CHOI, con el fin de que se pueda observar lo contundentes que resultaron para la investigación aquellas pruebas irregulares “constitutivas de nulidad constitucional por comprometer el DERECHO DE DEFENSA, sin pregonarse para este evento el estado de flagrancia”.

Otra situación irregular que vulneró el derecho de defensa del procesado, fue aquella que sin encontrarse en contumacia, y frente a las dubitaciones sobre su participación en los insucesos enunciados, consistió en no haberse presentado alegatos de conclusión a su favor por parte de quien lo representaba judicialmente sin que se pueda afirmar olímpicamente la no vulneración del mismo, no se dio en el asunto flagrancia de por medio y el acervo probatorio adjunto si bien resultó demostrativo de los hechos a nivel objetivo, no aconteció lo mismo frente a su subjetividad, y por ello no se puede tener la impugnación presente como estrategia defensiva atinente a dicha situación irregular”.

Por esta serie de irregularidades se llegó a

la violación del debido proceso, como quiera que la vulneración del derecho a la defensa compromete esa garantía.

Volviendo a la diligencia de exposición rendida en el DAS, en ella además de lo resaltado se omitió la firma del funcionario que recibió la versión, “lo que atenta contra el acto procesal mismo en cuanto no cumplió la finalidad para la cual estaba destinado, pues si bien se empleó esa prueba en contra de los intereses del ciudadano coreano HYUN SUP SHIN con el fin de atribuirle responsabilidad penal a título de coautor de los punibles que fueron investigados, no es menos cierto que las irregularidades que lo identifican son generadoras de nulidad suprallegal”.

Como consecuencia de tal irregularidad debe dársele plena credibilidad a lo afirmado por su representado en la indagatoria, en la que negó su participación a todo título en los hechos investigados, y donde además con espontaneidad atribuyó su autoría integral a Byung Hwan Choi.

Las fallas advertidas tienen la entidad suficiente como para afectar lo actuado, pues la única posibilidad existente para subsanarlas es la nulidad suprallegal que se intenta por la ostensible violación del debido proceso.

Frente a los cargos que se le hicieron al hoy sentenciado con base en una diligencia irregular “no se le dió por consiguiente la oportunidad plena a nivel procesal de controvertir la acusación, ni menos sus exculpaciones merecieron la más mínima credibilidad, las que fueron tenidas como inverosímiles frente a aquellas otras pruebas de cargo que de manera alguna lo señalan inequívocamente como coautor de las conductas típicas investigadas, y que la responsabilidad imputada se concluyó a nivel indiciario, por el sólo hecho de haber sido observado primeramente cerca de la residencia del ofendido, y luego porque éste mismo (afectado) acotó que HYUN SUP SHIN estuvo en su residencia momentos antes de cometer el hurto de sus pertenencias”.

Cita jurisprudencia de la Corte sobre el tema de la violación al debido proceso y al derecho a la defensa, e invoca como causales de nulidad las contenidas en los numerales 2o. y 3o. del artículo 304 del C. de P.P.

Finalmente solicita que se case la sentencia y se anule el proceso para retrotraer la investigación al estado instructivo para que se subsanen las irregularidades que comprometieron los intereses del acriminado.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar la sentencia impugnada por las siguientes razones:

Tratándose de vicios en la práctica de las pruebas por violación a las reglas previstas para ello, tales irregularidades -en el caso de existir- no generan en manera alguna nulidad del proceso por cuanto tal medida extrema solo ha de tomarse cuando han sido socavadas las bases de la instrucción o del juzgamiento y el vicio no puede ser subsanado de manera diversa, o se han violado las garantías fundamentales.

Para el caso concreto, las irregularidades denunciadas efectivamente se presentaron respecto de la versión libre del imputado, pero ellas no generan la nulidad del proceso ni la obligación de retrotraer la actuación, porque las fallas afectaron exclusivamente la diligencia cumplida durante la investigación preliminar, puesto que en las actuaciones subsiguientes el implicado proveyó lo necesario para su defensa, y por lo demás esta afectación de la garantía judicial no determinó similares consecuencias en el posterior trámite ni socavó las bases fundamentales del juzgamiento.

El derecho a la defensa técnica y material fue preservado durante todas las posteriores diligencias, de manera que no se ha vulnerado tal derecho, pues al

contrario, el procesado estuvo siempre representado por un abogado.

De lo anterior se infiere que el vicio señalado por el censor en la producción de la prueba mencionada hace relación, no al quebrantamiento de una garantía judicial, sino a un vicio que afecta la legalidad de la prueba por haberse practicado con desconocimiento de las exigencias para su propia validez, lo que determina que el funcionario ha de estimar como inexistente la diligencia, (art.161 del C.P.P.), y por tanto no debe tener en cuenta su contenido probatorio al momento de la valoración. El problema que tal situación comporta radica en que el sentenciador toma en cuenta un medio de convicción para valorarlo, debiendo desestimarlos; de ahí que se ubique dentro de los errores in iudicando por oposición al error in procedendo, fundamento de la nulidad.

Una posibilidad diversa, como sería la nulidad de la actuación propuesta en la demanda, es improcedente. No tendría ningún fundamento la invalidación de todo el proceso puesto que la ilegalidad de la actuación se encuentra en un solo acto del que no dependen los restantes medios producidos en forma legal ni los demás actos procesales también legalmente realizados.

Surge así con claridad que la vía de la alegación de esta clase de yerros in iudicando es la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho -falso juicio de legalidad-, cuya consecuencia es la eliminación, en el juicio del sentenciador, del medio ilegal y el reexamen de la sentencia a la luz del nuevo haz probatorio, siempre y cuando se demuestre que la trascendencia de la equivocación respecto al fallo impugnado es de tal magnitud que logre derrumbarlo, puesto que en virtud del principio de limitación a la Corte le está vedado corregir los errores de la demanda o resolver sobre los cargos no presentados en ella.

Fácil se advierte en los fallos de instancia que el medio de prueba

atacado -versión- no fue el único tenido en cuenta por los juzgadores para deducir la participación y consiguiente responsabilidad del procesado en los hechos investigados, por lo que, aunque hubiese sido presentado el cargo en forma correcta, habría fallado en su trascendencia por no corresponder a la realidad procesal.

En cuanto a la segunda irregularidad denunciada -ausencia de alegatos previos a la calificación por omisión del defensor del procesado-, es pertinente hacer un comentario adicional a lo ya expresado en el punto en que se demuestra cómo el procesado estuvo durante todo el proceso asistido por un defensor de confianza, y para aquella específica etapa su apoderada fue notificada de la resolución de acusación.

El solo hecho de que la profesional del derecho se haya abstenido de presentar alegatos precalificatorios y hubiese decidido no apelar dicha decisión, no puede indefectiblemente ser entendido como desidia de la abogada, pues perfectamente puede tratarse de una táctica defensiva dados los diversos medios de convicción que hasta ese momento procesal comprometían seriamente la responsabilidad de su defendido.

Como sustento de su tesis el censor acude a jurisprudencia de la Sala de Casación que cita en un aparte del libelo a fin de que se reconozca la vulneración que demanda, pero el caso presente resulta diferente al de la jurisprudencia en cuanto al estado de flagrancia que la Corte en esa oportunidad menciona como elemento que refuerza su tesis de no violación del derecho a la defensa.

Lo que la Corte ha querido expresar en tal jurisprudencia es que si bien el defensor no presentó alegatos previos a la calificación, no puede ello ser entendido como negligencia y por ende violación de derecho a la defensa, máxime cuando se trataba en ese caso de un evento de flagrancia en los que normalmente es muy difícil derrumbar los medios de convicción que hacen referencia a la identificación del autor y las circunstancias

que rodearon el hecho.

Además de no ser ese el argumento base de la sentencia comentada, en el presente caso puede decirse que si bien el procesado no fue capturado en estado de flagrancia, sí fue reconocido por el propio denunciante quien lo identificó como uno de los sujetos que lo agredió e intervino en el hurto de todos sus bienes y en el incendio de su residencia en el que casi pierde la vida, así mismo hay algunos vecinos que declaran haber visto a SHIN junto con Choi haciendo el trasteo, buscando la llave de la residencia durante los dos días en que sucedieron los hechos investigados; también el conductor del denunciante declaró que vio al implicado el día de los sucesos en compañía de Choi. “Todo ello constituye el concepto de flagrancia que, en estricto sentido, describe la situación objetiva de aquél autor de un hecho punible que ha sido sorprendido en el momento de la realización de una conducta típica, independiente de que sea o no capturado; es además una definición legal según la cual, aparte de esta situación meramente material, se consideran otras condiciones que obligan a calificar como flagrancia -que confunde el censor con captura en flagrancia y más grave: con contumacia-, circunstancias que van más allá de la simple percepción del agente en el momento de cometer el delito, como cuando ‘es perseguido por la autoridad’ o cuando por voces de auxilio se pide su captura, situación que si bien no integran en concepto rígido de flagrancia, sí han entrado a formar parte de su definición legal por virtud de la descripción normativa correspondiente (artículo 370 del Decreto 270 de 1991)”.

Es por ello que la jurisprudencia ha precisado que son elementos integrantes de la flagrancia la actualidad y la individualización o identificación del agente del hecho punible, en el sentido de que la percepción del delito no necesariamente ha de ser por parte de la autoridad, sino que cubre a todas aquellas personas que directamente se dieron cuenta de la realización de una conducta que, cuando menos se considera adecuada a un tipo penal previamente definido, y que el sujeto puede ser reconocido a pesar de que haya huido y no pueda ser capturado.

“A partir de este concepto jurídico de flagrancia, reconocido por la jurisprudencia y la doctrina la Corte, en el caso traído a colación por el demandante en esta oportunidad, consideró que no constituía violación al derecho a la defensa o falta de defensa técnica una situación de técnica defensiva, aunado al hecho de haber sido observado el procesado en la comisión del punible e identificado e individualizado; pero ello como argumento extra a su posición que, en el caso de estudio se ajusta no solo por ser un evento de flagrancia también, sino por el hecho de haber tenido representación el procesado durante toda la actuación habiendo cambiado en diversas oportunidades al profesional del derecho que había de representarlo en las varias etapas, tal vez por no compartir su táctica defensiva”.

Luego de hacer algunos comentarios respecto al ejercicio del derecho a la defensa y a la garantía del debido proceso, concluye que ninguna de las dos afirmaciones que contiene la demanda se desarrolla correctamente, y la Delegada no advierte que exista ostensible irregularidad que pueda ser declarada por la Corte acudiendo a su facultad oficiosa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En el único cargo que formula el libelista al amparo de la causal tercera de casación, expresa que a su juicio se cometieron irregularidades que violan el derecho a la defensa de su representado, y el debido proceso.

La primera inconformidad del impugnante radica en que para la versión libre que rindieron los vinculados HYUN SUP SHIN y BYUNG HWAN CHOY ante la Dirección de Extranjería del D.A.S., no les fue nombrado un defensor de oficio, ni se les advirtió el derecho que tenían a designar uno de confianza, y que en la del primero de los nombrados no aparece la firma del funcionario que la recibió.

Es cierto que los sindicatos no estuvieron asistidos por un defensor

en la diligencia de versión libre, y también lo es que en el acta en que se consignó la exposición de HYUN SUP CHIN no aparece firma en el espacio que dice "INTERROGO", pero si está suscrita por el Jefe de la Sección de Sustanciaciones y de la secretaria.

Ahora, independientemente de las consecuencias que pudiera generar la falta de esa firma, lo importante es que para efectos de recibir las versiones a los sindicatos era necesaria la asistencia de su defensor de confianza, o de uno designado de oficio, so pena de que de no ser así, dichas diligencias no pueden ser tenidas en cuenta al evaluar el material probatorio, porque como lo precisa la Constitución Política en el artículo 29, son nulas de pleno derecho.

Pero lo que está viciada es la prueba, no el proceso, pues lo que ocurrió es que al recibir las versiones no se le dio cumplimiento a una formalidad establecida como garantía fundamental, consistente en que el sindicato debe estar acompañado por un defensor. Esa falla no trasciende a la estructura del proceso, de manera que no es necesario retrotraer la actuación para repetir la diligencia, ya que la versión libre no es presupuesto procesal de ninguna actuación o decisión posterior. Situación diferente se presentaría si se hubiera tratado de la indagatoria, pues ella además de ser un medio de defensa y un elemento de juicio, es un medio de vinculación del imputado al proceso, y un requisito previo a la definición de la situación jurídica.

En las condiciones anotadas es muy claro que el demandante se equivocó de causal, ya que cuando el vicio que se aduce es haber sustentado la sentencia en pruebas ilegales, (error in iudicando), el reproche debe presentarse por la causal primera, inciso segundo, por error de derecho debido a un falso juicio de legalidad.

2. En cuanto a la afirmación de que se violó el derecho de defensa del procesado porque su abogado no presentó alegato de conclusión, reiteradamente

ha dicho la Corte que esa omisión no entraña en sí misma afectación de ninguna garantía, ya que es una oportunidad que los sujetos procesales pueden utilizar discrecionalmente, y razones de distinta índole pueden llevar al defensor a estimar que no es conveniente u oportuno hacer conocer su pensamiento en ese momento, y más bien decide esperar la calificación, para en el evento de que se formule acusación contra su cliente, utilizar los recursos teniendo como punto de referencia concreto el pliego de cargos.

Otra hipótesis puede ser la expuesta en la providencia que cita el libelista, (enero 21 de 1993. M. P. Edgar Saavedra), en donde la Sala analizó que tratándose de un caso de flagrancia y de abundante prueba de cargo, era posible que el defensor fuera conciente de que resultaba inútil tratar de evitar el enjuiciamiento, y por eso optó por reservar sus argumentos para una intervención posterior. Se equivoca el censor al inferir de éste proveído la idea de que cuando no hay flagrancia la no presentación de alegato de conclusión genera nulidad, pues esa es una clara tergiversación del planteamiento expuesto por la Corte.

También se ha dicho por parte de esta Corporación, que la no presentación de alegatos de conclusión puede ser en determinados casos un elemento de juicio, que sumado a otras circunstancias que revele el proceso, permitan concluir que hubo una verdadera ausencia de defensa técnica, balance que no es el que se obtiene en este caso, como acertadamente lo destaca el Procurador delegado.

Ante lo dicho, la queja en estudio, que ha debido formularla como un cargo independiente del de la prueba ilícita, carece por completo de fundamento.

3. Al margen de lo explicado en el numeral primero, suficiente para desestimar la censura en virtud del principio de limitación que rige el recurso, (art. 228 del C. de P. P.), la Sala estima oportuno recordar que para que el ataque prospere no basta

que el demandante demuestre la existencia de un error, sino que es necesario que sea trascendente, esto es, que vicié de ilegalidad la sentencia recurrida, de modo tal que dependiendo de la causal invocada, no quede más alternativa que anular el proceso o dictar el fallo de reemplazo que corresponda.

Esto explica que en el caso específico de la violación indirecta de la ley sustancial, (que es como el actor debía haber presentado el reproche), se deben atacar todas las pruebas que le sirven de sustento a la sentencia, pues resulta inocuo demostrar que hubo error en la apreciación de una, o de algunas de ellas, si siguen vigentes otras que mantienen la solidez de la decisión.

En el fallo impugnado es muy claro que la versión libre no fue su fundamento único, y ni siquiera se puede decir que la referencia a él fue importante, pues se apreciaron los testimonios de HORTENCIA BECERRA DE CONTRERAS, ADRIANA DE LOS ANGELES ROLDAN, LUIS ENRIQUE VALENCIA ESCOBAR, RICARDO ENRIQUE VALENCIA BERNAL, y OLGA VILLEGAS, vecinos del ofendido que vieron a los implicados en compañía de una mujer sacando los enseres hurtados y cargando dos camiones de mudanzas, en los cuales se los llevaron hasta la casa de la fémina en donde fueron recuperados por la policía.

Pero además obra la declaración de la víctima SOO KIL HAM, quien directamente y sin duda alguna señaló a HYUN SUP SHIN como uno de sus agresores, prueba ésta que acompañada de lo anterior ofrece plena certeza sobre lo ocurrido y sus responsables, y en nada podría incidir la no apreciación de la versión cuestionada.

De otra parte, el defensor se equivoca al traer como argumento que la prueba tachada sirvió de fundamento al auto de detención, e incluso a la sentencia de primera instancia, pues la impugnada es la decisión de segunda, y lo que correspondía

demostrar es que sin la versión libre la sentencia del Tribunal habría sido absolutoria, tema que ni siquiera aborda.

Por las razones anotadas se desestimaré el cargo formulado.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

NO FIRMO

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria