

Proceso No 10546

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado Acta No. 176

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Bogotá, D. C., diecinueve de noviembre del dos mil uno.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 19 de diciembre de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó al procesado ALVARO DE JESUS GARCES PEREZ a la pena principal de 10 años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio.

Hechos y actuación procesal.

El 20 de mayo de 1992, en las horas de la mañana, en el barrio Santa Cruz del Municipio de Itagüí (Antioquia), frente a la residencia de la señora Olga Ruiz Botero, un sujeto atacó con arma de fuego a Gildardo Antonio Tabares Hernández, causando su muerte. La víctima se encontraba en compañía de su primo Gustavo Adolfo Rivera (menor de edad) quien dio aviso de lo ocurrido a sus familiares María Cleotilde Rivera y Amalia María Hernández Rivera, señalando a Alvaro Garcés (a. La Lanza o Kike), como autor del hecho (fls.2, 95, 96/1).

Las diligencias fueron repartidas al Juzgado 99 de Instrucción Criminal de Itagüí, que por auto de 22 de mayo siguiente ordenó iniciar indagación preliminar, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 341 del Código de Procedimiento Penal Vigente (Decreto 050 de 1987), y escuchó en declaración juramentada a María Cleotilde Rivera y Amalia Hernández Rivera, quienes coinciden en señalar que la noticia de la muerte de Gildardo Antonio la recibieron de su primo Gustavo Adolfo, quien estaba muy asustado, y escasamente lograba precisar que lo habían matado frente a la casa de las “tetonas”, y que había sido Alvaro (a. “La Lanza”). Afirman haberse enterado, por comentarios callejeros, que el problema se originó porque Alvaro de Jesús culpó a Gildardo Antonio de haberle dado muerte al perro de su propiedad la noche anterior, pero que esto no era cierto (fls.4 vuelto y 6 vuelto).

Con motivo de la entrada en vigencia del nuevo estatuto procesal penal (Decreto 2700 de 1991), la Fiscalía Cuarta Delegada del Grupo de Previas de Itagüí apprehendió el conocimiento del asunto, y dispuso, mediante resolución de 17 de septiembre de 1993, comisionar a la Unidad del Cuerpo Técnico de Investigaciones radicado en dicha ciudad, para adelantar las averiguaciones pertinentes, orientadas a lograr el esclarecimiento de los hechos, y establecer la posible participación de Alvaro de Jesús Garcés Pérez en los mismos (fls.10, 10 vuelto y 11).

En cumplimiento de esta comisión, la Unidad del Cuerpo Técnico de Investigación escuchó en declaración juramentada a Marleny del Socorro Tabares Hernández, hermana del occiso (fls.12) y Hugo Bernardo Estrada Restrepo (fls.13), adjuntó copia de la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía del implicado, y rindió el informe 066 de 28 de febrero de 1994 (fls.15). La primera, asegura que el autor de la muerte de su hermano fue Alvaro Garcés, apodado “Lanza” o “Kike”, y que ella pudo ver cuando le disparó en el piso. Explica que Gildardo recibió el primer impacto encontrándose frente a la casa de la señora Olga Rosa Ruiz Botero, y que al salir corriendo fue perseguido hasta la cancha de fútbol, donde cayó, siendo rematado en el suelo. El segundo, afirma haber visto cuando Alvaro Garcés salió de su casa armado con un revólver y empezó a disparar contra Gildardo Antonio en la esquina de la residencia de Olga Rosa Ruiz Botero,

causándole la muerte.

Remitida de nuevo la actuación a la Fiscalía, se ordenó la apertura de la investigación y se escuchó en indagatoria al imputado Alvaro de Jesús Garcés Pérez, quien manifestó no haber sido el autor del homicidio, ni haber tenido problemas con el occiso la noche anterior. Explicó que en el momento del crimen se encontraba trabajando en la procesadora de mondongo del barrio, y que los comentarios sobre la muerte de un perro de su propiedad no son ciertos (fls.20, 22 y 29/1). En el curso del sumario se ampliaron las declaraciones de Hugo Bernardo Estrada Restrepo, quien ratificó lo dicho ante el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía (fls.24 y 120/1), y Marleny del Socorro Tabares Hernández (hermana del occiso), quien se retractó de lo allí afirmado, para sostener que no presenció los hechos, y que una señora, de nombre Bertha, que ya falleció, le dijo que señalara a Alvaro como autor del crimen, pero que este señor es inocente, no se mete con nadie, y lo único que hace son favores (fls.31 vuelto y siguiente).

Del proceso hacen también parte los testimonios de Fernando Garcés Pérez (hermano del procesado), Albeiro Cardona Ruiz, Gildardo de Jesús Corrales Escobar, Tobías Antonio Calderón Orozco, Otoniel González Cañaveral, Javier Estrada Giraldo, Olga Ruiz Botero y Martha Elena Cardona Ruiz, entre otros. Los dos primeros, aseguran que Alvaro de Jesús se encontraba con ellos en la procesadora de mondongo del barrio cuando ocurrieron los hechos (fls.102 y 103 vuelto/1). Gildardo de Jesús Corrales Escobar y Tobías Antonio Calderon Orozco , afirman haber visto cuando una persona distinta del procesado, desconocida para ellos, perseguía a la víctima, y luego cuando la “remató en el suelo”. Estos testigos, al igual que Otoniel González Cañaveral, declaran también sobre la buena conducta del procesado, su condición de líder comunitario, y de miembro de la Junta de Acción Comunal del barrio (fls.54, 57, 77). Olga Ruiz Botero, afirmó no haber presenciado los hechos (fls.79 vto), y su hija Martha Elena Cardona Ruiz aseguró haber oído un disparo, y haber visto un sujeto, distinto de Alvaro, que corría

detrás de otro (fls.81).

Se practicó también diligencia de inspección en el lugar de los hechos (fls.110), en cuyo desarrollo se escuchó en declaración al menor Gustavo Hernández Vélez (17 años de edad), quien aseguró ser la persona que en el proceso venía siendo citado como Gustavo Adolfo Rivera. Preguntado sobre los hechos, precisó que encontrándose sentado en compañía de su primo Gildardo, cerca de la casa de “las tetonas”, apareció un tipo y empezó a disparar, pero que no puede precisar de quién se trataba. Agrega que a sus familiares no les dijo que “Alvaro lo había matado”, sino que “lo habían matado en la cuadra donde vive Alvaro” (fls.110-115, 153-157).

Cerrada la investigación, la Fiscalía la calificó el 25 de julio de 1994 con resolución acusatoria por el delito de homicidio agravado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 323 y 324.7 del Código Penal (fls.161-174/1). Esta decisión quedó ejecutoriada el 4 de agosto siguiente (fls.174 y 178/1). El 27 octubre, el Juzgado de conocimiento absolvió al procesado de los cargos imputados en la resolución de acusación (fls.213-227/1). Apelado este fallo por el Fiscal del proceso (fls.230, 231, 243/1), el Tribunal Superior de Medellín, mediante el suyo de 19 de diciembre siguiente, que ahora recurre en casación la defensa, lo revocó, y en su lugar condenó al imputado a la pena principal de 10 años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, como autor responsable del delito de homicidio simple (fls.244-256/1).

La demanda.

Tres cargos, todos con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, presenta el actor contra la sentencia impugnada.

Cargo primero:

Violación indirecta de la ley sustancial, derivada de un error de hecho por falso juicio de existencia, por falta de apreciación de los testimonios de Olga Ruiz Botero, María Helena Cordona Ruiz, Albeiro Cardona Ruiz y Fernando Garcés Pérez, de cuyo contenido surge que el procesado no participó en el homicidio de Gildardo Antonio Tabares Hernández.

Después de transcribir los apartes pertinentes de estos testimonios, sostiene que la trascendencia del error en la decisión impugnada resulta indubitable, “ya que en ellos se expresa con claridad que en el momento y lugar en que falleció el señor Tabares Hernández no estaba Alvaro Garcés Pérez”. Este error, determinó que el Tribunal aplicara indebidamente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, y dejara de aplicar el artículo 445 ejusdem, que consagra el principio “in dubio pro reo”.

Cargo segundo:

Violación indirecta de la ley sustancial, debido a un error de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación de las pruebas recibidas por la Unidad del Cuerpo Técnico de Investigación de Itagüí dentro de la fase de indagación preliminar, concretamente de los testimonios de Marleny del Socorro Tabares Hernández y Hugo Bernardo Estrada Restrepo, la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía del imputado, y el informe No.066 suscrito por el Jefe de la Unidad.

Sostiene que el 22 de mayo de 1992, encontrándose vigente el Decreto 050 de 1987, el Juzgado de Instrucción Criminal de Itagüí dictó auto de sustanciación ordenando iniciar investigación preliminar, acorde con lo dispuesto en los artículos 341 y siguientes del referido estatuto. Con motivo de la entrada en rigor del Decreto 2700 de 1991, las diligencias pasaron a la Fiscalía, donde se dispuso continuar la investigación preliminar el 1º de diciembre de 1992. Varios meses después (17 de septiembre de 1993), el Fiscal instructor comisionó a la Unidad del Cuerpo Técnico de Investigación para

adelantar las averiguaciones pertinentes, orientadas a esclarecer los hechos y establecer la participación de Alvaro Garcés en los mismos, siendo facultados para practicar pruebas. La Unidad del Cuerpo Técnico dispuso dar cumplimiento a la comisión invocando al efecto el artículo 313 del nuevo estatuto, y procedió a practicar las pruebas ya relacionadas.

Expresa que la comisión ordenada por el fiscal resulta ilegal, puesto que en la fase de la indagación preliminar la Policía Judicial solo tiene competencia para practicar pruebas en situaciones de flagrancia, y en el lugar de los hechos, y que el artículo 82 ejusdem solo permite comisionar a otras autoridades judiciales de igual o inferior categoría, fuera de su sede. Además, algunas actuaciones judiciales, desprendidas de las atribuciones constitucionales encomendadas a la Fiscalía, solo la facultan para comisionar para la práctica de pruebas, durante las fases de la investigación y el juzgamiento.

Podría pensarse que la expresión “por iniciativa propia”, que utiliza el artículo 312, permite a los miembros de la policía judicial ordenar y practicar pruebas sin providencia previa en los casos de flagrancia, y en el lugar de los hechos, y contrario sensu, que existiendo providencia previa proferida por un Fiscal, podrían ordenar y practicar pruebas en la investigación preliminar. Sin embargo, un principio que informa nuestro ordenamiento jurídico establece que la legitimidad de los actos realizados por cualquier servidor público requiere autorización legal expresa, y así lo entendió la Corte Constitucional en sentencia de 19 de agosto de 1993, con ponencia del Magistrado doctor Vladimiro Naranjo Mesa.

Tampoco es atinado insinuar que el artículo 315 del referido estatuto autoriza a los funcionarios de Policía Judicial a iniciar la investigación previa y remitir lo actuado a la Unidad de Fiscalía en la primera hora hábil del día siguiente, porque dicha potestad solo la tienen en casos de flagrancia. Una comprensión sistemática del texto conduce por tanto

a la conclusión de que la Fiscalía no puede comisionar a la Policía Judicial para la práctica de las pruebas dentro de la fase de la investigación previa, y que en la fase de la instrucción solo puede hacerlo cuando deban ser realizadas fuera de su sede.

Así las cosas, se tiene que las pruebas practicadas por la Unidad del Cuerpo Técnico de Investigación de Itagüí son nulas, y que el Tribunal, al apreciarlas, vulneró el principio de legalidad consagrado en el artículo 246 del estatuto procesal penal. Igualmente se violaron los artículos 32, 312 y 315, llegándose, por esta vía, a la aplicación indebida del artículo 247, siendo lo correcto dar aplicación al artículo 245 ejusdem. En consecuencia, solicita a la Corte casar el fallo impugnado, y en su lugar, proferir decisión “inhibitoria”.

De manera subsidiaria, sostiene que las pruebas recepcionadas por la Unidad del Cuerpo Técnico de Investigación de la ciudad de Itagüí, son también nulas por haber sido practicadas por fuera del término legalmente establecido para adelantar la investigación previa. En la sustentación del cargo, precisa que al momento de ocurrencia del hecho se encontraba vigente el Decreto 050 de 1987, que establecía que la indagación preliminar, cuando existía persona identificada como presunto autor o partícipe, tenía un término de quince (15) días. Y cuando no existía identificación o individualización, contaba con 60 días para ordenar las pruebas del caso.

El Decreto 2700 de 1991, que entró en vigencia el primero de julio de 1992, estableció que la investigación previa podía desarrollarse mientras no existiera prueba para dictar resolución inhibitoria o mérito para vincular al imputado, consagrando, de este modo, un término indefinido para tales efectos. Juzgado y Fiscalía entendieron que podían aplicar esta nueva disposición, y así lo hicieron, pero esta interpretación resulta contraria a lo normado por el artículo 40 de la ley 153 de 1887, que establece que los términos que hubiesen empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que hubiesen sido empezadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

En las anotadas condiciones, la indagación preliminar ordenada en auto de 22 de mayo de 1992, no podía exceder de 15 días, si se parte de reconocer que las primeras pesquisas recibidas permitieron la individualización plena de Alvaro Garcés. No obstante fue prolongada en forma indebida, inicialmente por el Juez Instructor y después por el Fiscal, quien, como ya se dijo, comisionó a la Unidad del Cuerpo Técnico el 17 de septiembre de 1993 para la práctica de pruebas. El 28 del mismo mes, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del artículo 324, restableciéndose, desde el día siguiente, y hasta el primero de noviembre de 1993, cuando fue expedida la ley 81, el término de duración previsto en el artículo 346 del estatuto procesal anterior (15 días), atendiendo al criterio de la misma Corte que reconoce que la declaración de inexequibilidad restaura de plano la vigencia de las disposiciones derogadas por la norma declarada inconstitucional.

Al entrar en vigencia el 2 de noviembre de 1993 la ley 81, quedó derogado el artículo 346, y se dejó establecido que la investigación previa no podía tener un término de duración superior de dos meses cuando existía imputado conocido. También, que las comisiones debían establecer con precisión las diligencias a practicar y el término dentro del cual debían realizarse. De allí que deba concluirse que los testimonios de Marleny del Socorro Tabares Hernández y Hugo Bernardo Estrada Restrepo, y el informe No.066, se practicaron por fuera del período de duración de la investigación previa establecido en la nueva ley, puesto que tienen fecha enero 6, febrero 7 y febrero 28 de 1994, respectivamente.

Si las diligencias, entonces, debían ser estrictamente precisadas y no responder a una resolución abierta e ilimitada, la decisión proferida por la Fiscalía, en la que se sustraía de la averiguación previa al conceder una licencia ilimitada para “lograr el total esclarecimiento de los hechos en que perdió la vida el señor GILDARDO ANTONIO TABARES HERNANDEZ, y la presunta participación que hubiera podido tener el individuo ALVARO GARCES”, debió ser modificada a la luz de las nuevas disposiciones legales, sin que

por ello se contrariara el contenido y alcance del artículo 40 de la ley 153 de 1887.

El excesivo retardo para proferir la resolución de apertura de instrucción, aunque no extinguía por prescripción la acción penal, se tornó a la postre en una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones injustificadas, que protege la Constitución, ya que se privó al imputado de solicitar una versión libre, así como de pedir pruebas, y controvertir en su momento las que lo incriminaban, es decir, desarrollar las garantías consagradas en la ley. Tanto afectó esto la situación de Garcés Pérez, que el fallo de segundo grado al entrar a valorar las argumentaciones de la defensa, precisó: “así aparezcan en la cartilla los testimonios introducidos después de su captura, como los de TOBIAS CALDERON OROZCO Y GILDARDO DE JESUS CORRALES (...) quienes involucran a un forastero en el vecindario como quien efectuó los disparos mortales, dichos estos que, indudablemente, son prefabricados y llevan a concluir que ambos testigos o no presenciaron lo ocurrido o le han mentado descaradamente a la administración de justicia”. Como puede verse, el único razonamiento que se advierte para descartar dichos testimonios, es que se presentaron después de la captura del procesado, pero, por qué razón la Fiscalía no los llamó durante la investigación previa? .

Los razonamientos expuestos, permiten precisar que el Tribunal, al proferir el fallo de condena, dejó de observar los requisitos de oportunidad procesal, competencia, y capacidad para recaudar las pruebas, vulnerando, de este modo, el artículo 246 del estatuto procesal penal. Esto implicó, a su vez, la aplicación indebida del artículo 247 del estatuto procesal, y la falta de aplicación del 445 ejusdem, pues si las pruebas hubiesen sido declaradas nulas, se habría presentado una duda razonable en torno a la participación del procesado en los hechos.

Cargo tercero:

Violación indirecta de la ley sustancial, producto de un error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de los testimonios de Hugo Bernardo Estrada Restrepo, María Cleotilde Rivera, Amalia María Hernández Rivera, Tobías Antonio Calderón Orozco, Otoniel González Cañaveral y Gildardo de Jesús Corrales, que condujo a la aplicación indebida del artículo 147 del estatuto procesal penal, y la falta de aplicación del artículo 445 ejusdem, pues el Tribunal, en el fallo impugnado, hizo solo un examen parcial de ellas, dejando de lado aspectos importantes, como los móviles del hecho punible, y la conducta social del occiso.

Sostiene que los tres primeros al referirse al móvil del delito, precisan que se debió a un incidente la noche anterior donde resultó muerto un perro de propiedad del imputado, y que de ello se culpó a la víctima, quien de acuerdo con lo narrado por el primero de dichos testigos, y Tobías Antonio Calderón Orozco, Otoniel González Cañaveral y Gildardo de Jesús Corrales, era una persona indeseable, un ladrón, de pésima conducta, el terror del barrio.

Argumenta que sus afirmaciones, cuyo contenido transcribe, no hicieron parte del sustento fáctico ni jurídico del fallo, y que el Tribunal se circunscribió a explorar la acción típica homicida, sin adentrarse en los demás factores relevantes para estructurar el hecho punible. El error es patente, cuando sostiene: “así la encuesta no hubiese podido acreditar de manera cabal el móvil de la conducta sangrienta, lo cual no obsta para indicar que sí existe patente demostración de quién fue el autor del hecho y de que el mismo es penalmente responsable de su acción; no concurren circunstancias de justificación, inculpabilidad o atenuación”.

Al expresar el Tribunal que los móviles de la acción homicida se desconocían, realiza un examen parcelado de las mencionadas pruebas, reconociendo que el deber legal de averiguar “los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal (artículo 334 numeral 3º del Código de Procedimiento Penal) no se cumplió a

cabalidad”, y dejando en evidencia la configuración del error de hecho por falso juicio de identidad, que resulta trascendente, si se toma en cuenta que el móvil puede conducir al reconocimiento de una justificante, que elimina la responsabilidad.

Agrega que en el presente caso no es desatinado insinuar, frente al acervo probatorio allegado al proceso. y el marco social y cultural en el cual tuvo ocurrencia el ilícito, una legítima defensa. Las pruebas que fueron objeto de cercenamiento, indican que el comportamiento social y familiar del occiso dejaba mucho que desear. Había sido puesto en varias oportunidades a recaudo de las autoridades, y era dejado libre, e inclusive se obstinaba en la idea de vengarse de sus denunciantes. La comunidad “sentía aterrorizada los efectos de los actos devastadores de TABARES y sus amigos, que no tenían reductos de conciencia recta que les impidiera atacar a sus propios vecinos de una manera cruel y despiadada. La gente veía con horror el encuentro con estas personas que creaban un ambiente de miedo dentro del vecindario. Ni siquiera la hermana del occiso se escapaba de tan lamentable situación”.

Esto llevó al procesado, hombre honrado y trabajador, dirigente comunitario, a llenarse de pánico terrible al ser informado por ROSALBA que iba a ser lesionado, circunstancia a la que se agregó, como una premonición lapidaria, que mataran su perro, y luego lo tiraran a la puerta de su casa, y que Gildardo Antonio lo atacara la noche anterior, y pusiera en peligro la vida de su hijo, como lo sostiene el testigo Hugo Bernardo Estrada Restrepo. Frente a tales circunstancias, el estado emocional de una persona cuya actividad comunitaria no suscita ningún reproche, se trastorna.

La defensa de un derecho propio o ajeno no constituye un mecanismo subsidiario. Por el contrario pertenece a la esencia de un Estado Social de Derecho, “ya que el particular debe defender el ordenamiento jurídico, y las autoridades siempre tendrán razón para reclamar por su insolidaridad y falta de colaboración con sus congéneres, cuando elude el compromiso cívico. A nadie se le exige actos heroicos, pero si los realiza, para evitar un

peligro o daño contra la comunidad o contra un derecho propio o ajeno, no podrá sancionarle por ello.

Después de esa noche de pesadilla, perseguido por quien goza de fama de temerario y que no se detendrá para cometer su oscura y torcida intención, ¿qué podía esperarse del procesado? Que huyera con los suyos a una zona más tranquila después de haber ayudado a construir el barrio, y ganarse cada día una disputa con la vida subsistiendo con decoro y dignidad a pesar del abandono oficial? El Estado esperaba su huida? Es de anotarse que la legítima defensa no exige para su configuración de una acción violenta. Basta la exteriorización del propósito de lesionar mediante actos que aparezcan idóneos: “la muerte de un perro no representa por si misma más que un daño en cosa ajena, pero el hecho de tirarlo muerto contra la puerta de la casa de alguien, luego de haberle disparado con arma de fuego, es la representación nítida de un propósito de agresión que desde su consumación deja en peligro inminente a la víctima inicial; y qué decir si a esto se agrega el atentado dirigido momentos antes contra la integridad de un hijo de esta última?

A renglón seguido alude a la actualidad de la agresión como elemento estructural de la justificante para sostener, con apoyo en criterios doctrinales, que para su existencia no es necesario una acción durable y permanente del agresor, sino “el riesgo inmediato de un daño contra un derecho propio y ajeno”. Esto, para concluir que el error denunciado “determinó la omisión de circunstancias relevantes que generan una duda razonable acerca de la existencia de una legítima defensa (artículo 29.4), o un error acerca de la causal de justificación (artículo 40.3), que representó la indebida aplicación del artículo 247 del estatuto procesal penal, y la falta de aplicación del 445 ejusdem.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte desestimar los cargos

presentados contra la sentencia impugnada, por siguientes razones:

Cargo primero: Sostiene que si bien en cierto la sentencia de segunda instancia no mencionó los testimonios de Olga Ruiz Botero, María Elena Cardona Ruiz, Albeiro Cardona Ruiz y Fernando Garcés Pérez, también lo es que tomó en cuenta otras pruebas, como la declaración de María Cleotilde Rivera, Marleny del Socorro Tabares Hernández y Hugo Bernardo Estrada Restrepo, que comprometen la responsabilidad del procesado en los hechos.

Argumenta, complementariamente, que la retractación de Marleny del Socorro no destruye per se su testimonio inicial, y que el Tribunal acierta cuando sostiene que ello se debió al temor de la testigo, o a la circunstancia de haber sido amedrentada, sobre todo si se toma en cuenta que su presencia en el lugar de los hechos al momento del crimen no alberga dudas, y que de alguna manera debió haber apreciado lo acontecido.

Cargo segundo: En relación con el primer reproche, relativo a la falta de competencia de la Unidad del Cuerpo Técnico para practicar pruebas en la fase de la indagación preliminar, argumenta que el censor incurre en un evidente error de técnica, porque en vez de demostrar que los funcionarios omitieron requisitos formales en su producción, se limita a cuestionar la competencia del funcionario que las practicó, desplazando el ataque hacia una posible nulidad.

Al margen de esta inconsistencia técnica, agrega que el censor no tiene razón, porque de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 319 y 320 del Decreto 2700 de 1991, en la investigación previa la Policía Judicial puede practicar pruebas por iniciativa propia (en casos de flagrancia), o por comisión, orientadas a hacer claridad sobre los hechos, con excepción de aquellas cuya práctica ha sido reservada a una determinada autoridad judicial.

En la etapa de indagación preliminar el medio probatorio debe cumplir los mismos

requisitos de aducción requeridos en la fase instructiva. Es decir, que exista una providencia que ordene su producción, que sean citados los sujetos procesales cuando sea obligatorio hacerlo, que se observen las formalidades ad substantiam actus, y todas las necesarias para la validez jurídica del medio, presupuestos que se cumplieron a cabalidad en el caso objeto de estudio.

Respecto del segundo ataque, relacionado con la prolongación indebida del término de duración de la fase de indagación preliminar, sostiene que el casacionista incurre nuevamente en errores de carácter técnico, como quiera que los desaciertos que comprometen la legalidad de una prueba son de derecho, no de hecho, y además, que esta clase de error se presenta cuando el medio no cumple las exigencias formales de aducción, no cuando lo alegado es en el fondo una nulidad.

Aparte de las mencionadas incorrecciones, el cargo tampoco estaría llamado a prosperar, porque el trámite de los procesos penales a partir del 1º de julio de 1992 debía regirse bajo los parámetros de la nueva normatividad, acorde con lo dispuesto en los artículos 40 de la ley 153 de 1887 (que el casacionista parcialmente cita), y el 13 transitorio del Decreto 2700 de 1991, y así se dispuso en el caso sub judice, no en detrimento del procesado, sino en procura de asegurar sus garantías, ya que se estaban practicando las pruebas necesarias orientadas a determinar si había o no lugar al ejercicio de la acción penal.

Cargo tercero: Argumenta que este reproche también presenta incorrecciones de carácter técnico, por desconocimiento de los principios de autonomía de las causales y limitación del recurso extraordinario de casación, porque se invoca un falso juicio de identidad, pero lo desarrollado realmente es “un falso juicio de existencia por omisión parcial”, pues se sostiene que “el fallo condenatorio hizo un examen parcial de las pruebas incorporadas a la actuación”. Además, entremezcla reparos propios “de ser formulados a través de un falso juicio de convicción al manifestar su inconformidad con la

valoración que les dio el juzgador”, cuando sostiene: “no siendo desatinado estimar que dicho acervo probatorio puede insinuar una legítima defensa, al restringirse la valoración de la prueba a la ocurrencia del hecho y la acción típica...”.

El actor estima que existió una legítima defensa, que ni siquiera fue considerada por el juzgador, y ello resulta apenas obvio, pues la investigación no demostró que hubiese existido una agresión actual e inminente, y en tales condiciones, mal podía el ad quem hacer pronunciamiento favorable al respecto, pues es requisito esencial para el reconocimiento de la eximente, que existe agresión, y que sea actual, esto es, inminente, presupuesto que no habría tenido cumplimiento en el presente caso, a juzgar por el contenido de las alegaciones de la defensa.

Consecuente con estos planteamientos, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

SE CONSIDERA:

Cargo primero:

Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia, por omisión. Falta de apreciación de los testimonios de Olga Ruiz Botero, María Helena Cardona Ruiz, Albeiro Cardona Ruiz, y Fernando Garcés Pérez.

El casacionista tiene razón cuando sostiene que el Tribunal Superior, al valorar la prueba, no hizo referencia expresa a los citados testimonios, pero ello, por sí solo, no implica que el error haya existido, ni que el fallo deba casarse. Para que esto último ocurra, es necesario demostrar, además, que el error es trascendente, es decir, que tuvo implicaciones sustanciales en la decisión impugnada, y por tanto, que de no haberse presentado, el sentido, o sus consecuencias jurídicas, habrían sido distintas. Si ello no es acreditado, la censura carecerá de idoneidad para remover los fundamentos del fallo.

¿Pero cómo demostrar en casación la trascendencia de un error de apreciación probatoria? La Corte ha sido reiterativa en sostener que realizando una nueva valoración de las pruebas, con inclusión o exclusión, según el caso, del medio probatorio ignorado o supuesto, si se trata de errores de hecho por falsos juicios de existencia; o con exclusión del medio que fue tenido en cuenta no obstante haber sido irregularmente aportado, o con inclusión del que fue desestimado habiendo sido legalmente aportado, si el error denunciado es de derecho por falso juicio de legalidad; o con apego a las reglas de la sana crítica, si se está en presencia de un error de hecho por falso raciocinio; o ajustando la lectura del contenido material de la prueba a su texto, si lo planteado es un error de hecho por falso juicio de identidad.

En el caso sub judice, el casacionista se limita a sostener que el Tribunal omitió apreciar los referidos testimonios, pero no explica qué implicaciones reales tuvo el error denunciado en las conclusiones probatorias del fallo. Se sabe, por las transcripciones que hace de algunos de ellos (el testimonio de Olga Ruiz Botero no es analizado por el casacionista), que Albeiro Cardona Ruiz y Fernando Garcés Pérez ubican al implicado en la procesadora de mondongo en el momento del crimen, y que María Helena Cardona Ruiz asegura que la persona que corría detrás de la víctima no era Alvaro de Jesús, pero el actor no se esfuerza en confrontar sus versiones con la prueba que sirvió de sustento a la decisión de condena (testimonios de María Cleotilde Rivera, Amalia María Hernández Rivera, Marleny del Socorro Tabares Hernández y Hugo Bernardo Estrada Restrepo), como correspondía hacerlo, ni explica los motivos por los cuales habría de acogerse la prueba que afirma ignorada, y desestimarse la acogida por el Tribunal, o el motivo por el cual su análisis conjunto generaría una duda probatoria en torno a la responsabilidad de Alvaro de Jesús Garcés Pérez en los hechos que amerite la aplicación del principio in dubio pro reo.

Al margen de esta inconsistencia de carácter técnico, se tiene que en relación con los testimonios de Albeiro Cardona Ruiz y Fernando Garcés Pérez no existió realmente el

error denunciado, pues estos declarantes, como viene de ser visto, afirman la presencia del acusado en la “procesadora de mondongo” la mañana de los hechos, y esta circunstancia fue analizada en el fallo, por lo que se concluye que su contenido sí fue tenido en cuenta por el ad quem, como surge de los siguientes apartes: “La presencia del procesado GARCES PEREZ en el área donde se agotó el crimen y la franca probabilidad que tuvo él de ejecutarlo, aún admitiendo que esa mañana se dedicaba a su labor de procesar desperdicios de res a 14.70 metros del lugar en que se encontraba el occiso (ver fls.159), constituye un indicio grave en su contra...” (página 6 de la sentencia. Negrillas fuera de texto).

Se desestima la censura.

Cargo segundo:

Violación indirecta de la ley sustancial. Error de derecho por falso juicio de legalidad. Inexistencia jurídica de las pruebas aportadas en la fase de la indagación preliminar por la Unidad del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía (Testimonios de Marleny del Socorro Tabáres Hernández y Hugo Bernardo Estrada Restrepo; tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía del procesado; e informe No.066, suscrito por el Jefe de la Unidad).

Dos ataques presenta el demandante al interior de este reparo: Primero, que en la fase de la indagación preliminar los órganos de Policía Judicial solo pueden practicar pruebas cuando se trata de situaciones de flagrancia, en cuyo caso pueden hacerlo por iniciativa propia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 312 del estatuto procesal penal (Decreto 2700 de 1991, vigente cuando se practicaron las diligencias). Segundo, que las pruebas fueron incorporadas por fuera del término legalmente establecido para hacerlo. Separadamente la Corte se referirá a cada uno de estos reparos:

1. Facultades de las Unidades de Policía Judicial para practicar pruebas en la fase

de la indagación preliminar.

La aprehensión que el casacionista hace del contenido de los artículos 312 y 313 del Decreto 2700 de 1991, en el sentido de que la facultad de intervención de los órganos de policía judicial en la fase de la investigación previa quedaba reducida a los casos de flagrancia, y por tanto, que la Unidad del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía carecía de competencia para atender la comisión impartida en el presente caso por el Fiscal Delegado en el curso de este estadio procesal, resulta sin fundamento.

El artículo 312, que sirve de referente al actor, y que se encontraba vigente cuando fueron practicadas las diligencias cuya legalidad se cuestiona, regulaba los casos en los cuales los órganos de policía judicial podían actuar directamente, sin que mediara resolución de apertura de indagación preliminar. Es decir, a los eventos en los cuales la Policía Judicial podía aprehender el conocimiento del asunto, sin previa decisión del Fiscal. Pero si la Fiscalía había ya asumido su conocimiento, y dictado, como en el presente caso, resolución de apertura de indagación preliminar, deviene obvio entender que los órganos de Policía Judicial podían ser comisionados para la práctica de pruebas orientadas al cumplimiento de los fines de la indagación previa, acorde con lo dispuesto en el artículo 320, cuyo contenido el actor interesadamente omite analizar.

Adicionalmente el casacionista sostiene que el Fiscal Delegado no podía comisionar dentro de su propia sede al Cuerpo Técnico de Investigación para la práctica de pruebas, por prohibición expresa del artículo 82, inciso segundo ejusdem, modificado por el 12 de la ley 81 de 1993. Esta apreciación es también equivocada. La norma que el impugnante cita, alude a las comisiones impartidas por los Tribunales y Jueces a otras autoridades judiciales, no a las ordenadas por los Fiscales Delegados a los órganos de policía judicial para la práctica de pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos, que no tienen limitación de carácter territorial, y que se regían por lo dispuesto en el

inciso cuarto de la norma citada, en armonía con lo establecido en los artículos 313 y 320 ejusdem.

Entender, como lo propone el impugnante, que los Fiscales Delegados no pueden acudir al Cuerpo Técnico de Investigación de su propia sede para la práctica de pruebas, resulta absurdo, pues ello equivaldría a dejar a las Unidades de Fiscalía sin su apoyo en el lugar donde operan, y desconocer que el Cuerpo Técnico es un órgano auxiliar al servicio de la función investigativa de la Fiscalía, que actúa a través de unidades distribuidas en el todo el territorio nacional, y que su estructura y ubicación geográfica obedecen a la necesidad de que su intervención pueda ser inmediata y eficiente (artículos 40 y siguientes del Decreto 261 del 2000).

Aparte de que el ataque carece de fundamento, el casacionista omitió demostrar, al igual que en el anterior, la trascendencia del yerro, dejando la censura incompleta, pues en manera alguna precisa qué implicaciones probatorias tendría la exclusión de los testimonios cuya legalidad cuestiona, labor que resultaba imprescindible, no solo porque la naturaleza del ataque así lo exigía, sino porque los testimonios practicados por el Cuerpo Técnico de Investigación fueron recibidos de nuevo por el Fiscal del proceso en el curso del sumario, de suerte que, de llegar a ser declarada la ilegalidad de los primeros, mantendrían validez los últimos, siendo necesario, por ende, entrar a analizar su contenido (fls.24, 31 vuelto y 120).

Dígase finalmente, con el fin de responder a las críticas de la Delegada en punto a la naturaleza del error planteado, que la ilegalidad de una determinada prueba puede derivar no solo del desconocimiento de los requisitos esenciales que deben ser cumplidos en el proceso de formación (antecedentes, concomitantes o subsiguientes). También puede derivar de su incorporación por fuera de las oportunidades probatorias legalmente establecidas para hacerlo, o de su realización o aducción por parte de funcionarios que no tienen facultades legales para ello, entre otras eventualidades. Por

tanto, cuando uno cualquiera de estos últimos supuestos se presenta, el ataque debe ser orientado por la vía de la causal primera, cuerpo segundo, por falso juicio de legalidad, y no de la tercera como lo postula el Procurador.

2. Prolongación indebida del término de investigación preliminar. Aducción extemporánea de los testimonios de Marleny del Socorro Tabares Hernández y Hugo Bernardo Estrada Restrepo.

Varias son las falencias de carácter técnico y de fundamentación que presenta este reproche. Al igual que en los cargos que vienen a ser analizados, el actor omite acreditar la trascendencia del yerro, dejando la censura incompleta. Adicionalmente, refunde dentro de un mismo contexto argumentativo consideraciones propias de la causal primera y tercera, haciendo que la propuesta de ataque se torne confusa, y que no resulte posible concretar su verdadero alcance.

Inicialmente alega que las pruebas fueron aducidas tardíamente, y que esta circunstancia afecta su existencia jurídica, planteamiento que devendría correcto dentro del ámbito de la causal primera, cuerpo segundo, como error de derecho por falso juicio de legalidad, pero mas adelante sostiene que la prolongación indebida de la fase de indagación preliminar violó el debido proceso, y el derecho de defensa, por tratarse de una dilación injustificada, y porque no se le permitió al imputado controvertir en su momento las pruebas que lo incriminaban, ataque que vendría a ser constitutivo de un error in procedendo, susceptible de ser propuesto al amparo de la causal tercera.

Además de estas inconsistencias técnicas, de suyo suficientes para desestimar la impugnación, el cargo carece de fundamento. El artículo 346 del Decreto 050 de 1987, vigente cuando fue dictado el auto de iniciación de investigación preliminar, establecía un termino de 15 días para adelantar la investigación previa cuando existía imputado identificado, y de sesenta cuando no obraba en el diligenciamiento prueba de

su identificación o individualización, sin perjuicio de que el Cuerpo Técnico de Investigación de Policía Judicial pudiera continuar las pesquisas en procura de establecerla, cuando dentro del término previsto no había sido posible lograrlo (artículo 347 ejusdem).

En el presente caso, la iniciación de la investigación preliminar se enmarcó dentro de la segunda hipótesis, pues para entonces, contrario a lo afirmado por el actor, no se contaba todavía con la identificación completa del imputado, y en dicho sentido se orientó la actividad investigativa, como se desprende del contenido del auto respectivo: “De conformidad con el artículo 341 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, se ordena la práctica de diligencias de indagación preliminar con el fin de, entre otros, identificar o individualizar el autor del hecho punible” (fls.4/1).

A partir del primero de julio de 1992, el trámite del asunto debía sujetarse a lo dispuesto en el Decreto 2700 de 1991, según lo establecido en su artículo 13 transitorio, y 40 de la ley 153 de 1887, estatuto en el cual la investigación previa no tenía término, pudiendo prolongarse indefinidamente en el tiempo (artículo 324). Esta norma tuvo vigencia hasta el 28 de septiembre de 1993, cuando fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C-411). A partir del 2 de noviembre siguiente, entró en rigor la ley 81, que en su artículo 41 fijó un término de dos (2 meses) para adelantar la investigación preliminar cuando existiera imputado conocido, e indefinido, cuando no hubiese sido determinado, erigiéndose la obtención de la identidad, en su único límite.

El casacionista arguye que el nuevo término de dos meses previsto por la ley 81 de 1993 fue desconocido, puesto que la ley entró en vigencia el 2 de noviembre, y las pruebas fueron practicadas a partir del 6 de enero del año siguiente, pero esta apreciación resulta equivocada, ya que en el presente caso el imputado no se encontraba cabalmente identificado, y esta circunstancia autorizaba continuar la indagación hasta lograrlo,

objetivo que solo vino a cumplirse con la aportación de las pruebas cuya legalidad se cuestiona (fls.12,13,15,19,20). Además, el simple incumplimiento de los términos, no genera, de suyo, nulidad de la actuación procesal, ni torna ineficaz las pruebas practicadas, como parece entenderlo el casacionista.

Se desestima la censura.

Cargo tercero:

Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de identidad. Apreciación parcial de los testimonios de Hugo Bernardo Estrada Restrepo, María Cleotilde Rivera, Amalia María Hernández Rivera, Tobías Antonio Calderón Orozco, Otoniel González Cañaveral y Gildardo de Jesús Corrales.

Ante todo debe ser precisado que las críticas de la Delegada, referidas a la falta de consonancia entre el error denunciado (falso juicio de identidad) y el realmente desarrollado en la censura (falso juicio de existencia por omisión parcial), resultan desafortunadas. Cuando una determinada prueba es apreciada solo en parte, se está en presencia de un error de hecho por falso juicio de identidad, no frente a uno de existencia, pues para que esta segunda clase de error se estructure, es necesario que la prueba sea ignorada o supuesta en su integridad, es decir, en forma absoluta.

La inconsistencia del cargo no deriva, entonces, de equivocaciones en su planteamiento, sino de su absoluta falta de demostración. El casacionista construye la censura sobre la base de que el Tribunal omitió tener en cuenta las afirmaciones que los testigos hacen sobre el pésimo comportamiento social del occiso, y su actitud hacia el acusado la noche anterior (haberlo atacado poniendo en peligro la vida de su hijo, y haber matado su perro para después arrojarlo en la puerta de su casa), pero no demuestra

por qué, de haber sido tenidos en cuenta los aspectos relativos a los posibles móviles del crimen, la visión de los hechos habría sido distinta, al punto de tornar deleznable los fundamentos del fallo.

Sus conclusiones, se fundamentan en apreciaciones muy particulares, cargadas de suposiciones y conjeturas, que desarrolla a partir de las afirmaciones que los testigos Hugo Bernardo Estrada Restrepo, María Cleotilde Rivera y Amalia María Hernández Rivera hacen sobre los comentarios que se tejían en torno a los incidentes ocurridos la noche anterior, que toma por ciertos, sin detenerse a analizar las pruebas que niegan el acaecimiento de tales hechos, entre las que se cuenta la versión del propio procesado, ni las argumentaciones del Tribunal sobre su falta de demostración.

Estas breves consideraciones, y las expresadas por el Procurador Delegado en su concepto, en el sentido de que los requisitos exigidos para el reconocimiento de la justificante alegada tampoco concurrirían, puesto que, si se aceptara en gracia de discusión que los hechos sucedieron como lo relata el casacionista, habría de concluirse que la acción del procesado estuvo determinada por un deseo de venganza, y no de por la presencia de una agresión actual e inminente, resultan suficientes para desestimar el reproche.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, 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 impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Tribunal de origen. CUMPLASE.

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

No hay firma

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS
GALVEZ ARGOTE

CARLOS A.

JORGE A. GOMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO O. PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

Teresa Ruiz Nuñez

SECRETARIA