

Proceso N° 11619

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 47

Santafé de Bogotá, D.C., marzo veintisiete (27) de dos mil (2000).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de JOSE ABELARDO TOBON SIERRA contra la sentencia de segunda instancia proferida el 21 de noviembre de 1.995 por el Tribunal Superior de Antioquia, mediante la cual, con algunas modificaciones sobre la cuantificación de los perjuicios, confirmó la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Yarumal que condenó a dicho procesado a la pena principal de 25 años y 5 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y al pago de las indemnizaciones correspondientes, como autor del delito de homicidio simple en concurso con el de porte ilegal de armas para la defensa personal.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Los que dieron origen a esta investigación, tuvieron ocurrencia al promediar las 10 de la noche del 5 de septiembre de 1.994 en el corregimiento El Pueblito de la comprensión municipal de Yarumal, Departamento de Antioquia, en la finca Piedras Blancas, cuando al

encontrarse su propietario ABELARDO TOBON SIERRA ingiriendo licor con Orlando Taborda desde tempranas horas del día, al llegar al lugar Alfredo Correa, de quien se decía le había hurtado una novilla, y brindarle un trago, que aceptó sin inconveniente alguno, actitud que no tuvo al ofrecerle el segundo, pues prefirió primero tomar una gaseosa, le disparó en 5 oportunidades, causándole la muerte en forma instantánea, porque según afirmó en su indagatoria, creyó que el requerimiento de la bebida que hizo la víctima era solo un pretexto para sacar el machete que cargaba en el cinto y atentar contra su vida.

Habiendo tenido conocimiento de estos hechos en las horas de la mañana del día siguiente el Inspecctor Departamental de Policía de Yarumal, sin dilación alguna, procedió a practicar la consiguiente diligencia de levantamiento del cadáver, recepcionando las declaraciones a algunos de los testigos, entre ellos la de Abelardo Taborda, para luego, esto es, el 13 de del mismo mes, remitir lo actuado a la Unidad de Fiscalías de ese mismo Municipio, en donde el 19 se abrió formalmente la investigación, disponiéndose la captura de TOBON SIERRA el día 22, fecha en la que también se hizo efectiva, procediéndose el 23 a vincularlo mediante indagatoria, siendo asistido por el ciudadano Alfredo Giraldo Yepes que la Fiscalía le designó oficiosamente ante su manifestación de no tener a quien nombrar como defensor de confianza, lo cual hizo el 27 del mismo mes y año, siéndole definida su situación jurídica el 28 con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas para la defensa personal.

Recopilada abundante prueba testimonial incluida la solicitada por la defensa y reconocida la progenitora de la víctima como parte y decretado el embargo y secuestro de la finca de propiedad del investigado, el 12 de diciembre de 1.994 se declaró cerrada la investigación, habiéndose calificado el mérito probatorio del sumario el 18 de enero de 1.995 con resolución acusatoria en contra del implicado por los mismos delitos que le fueron imputados en la medida detentiva, decisión que al ser recurrida por la defensa fue

confirmada el 27 de marzo del mismo año por una de las Fiscalías Delegadas ante los Tribunales de Antioquia y Medellín.

Iniciada la etapa del juicio, y ante la renuncia del defensor que venía ocupándose de los intereses de TOBON SIERRA por cuanto su poderdante no estaba satisfecho con los resultados obtenidos hasta ese momento, el 5 de mayo, fecha en que ocurrió lo anterior, se le comunicó de inmediato al procesado la determinación de su abogado para que designara su reemplazo, siéndole reiterada el 8, posesionándose el nuevo defensor de confianza del encausado el 15 de ese mismo mes, quien haciendo uso de la oportunidad procesal para ello, solicitó la práctica de algunas pruebas, las cuales le fueron decretadas el primero de junio siguiente, junto con las ordenadas de oficio.

Cumplido lo anterior y una vez rituada la audiencia pública, se profirió la sentencia de primera instancia que al ser apelada por el defensor del procesado fue confirmada por el Tribunal, con las modificaciones especificadas en precedencia.

LA DEMANDA:

Primer Cargo

Invocando la causal tercera de casación, acusa el demandante el fallo de segundo grado de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad por violación al derecho de defensa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 304.3 del Código de Procedimiento Penal por haberse desconocido las previsiones de los artículos 29 de la Carta Política y 333 del Estatuto procedimental, ya que, durante la instrucción el procesado no contó con un defensor para la evacuación de las pruebas, lo cual, dice, trascendió hasta la diligencia de indagatoria “en una localidad donde abundan los señores abogados”.

Así, inicia cuestionando la actividad desplegada por la Inspección Departamental de Policía de El Pueblito por haber adelantado la investigación preliminar “de espaldas y

sin la dirección y responsabilidad de la Fiscalía competente, el sindicado y su defensor”, desconociendo el derecho de defensa de TOBON SIERRA “a las voces de los Artículos 250 numeral 2º de la Constitución Nacional, Art. 251 numeral 4º. Ibídem; Artículo 81, 310 y 315 del Código de Procedimiento Penal Art. 3º numeral 8º del Decreto 2699 de 1.991”, pues tales diligencias sirvieron de fundamento para disponer la vinculación del procesado mediante indagatoria, diligencia en la que se le nombró como defensor de oficio al ciudadano Alfredo Giraldo Yepes, “persona que a duras penas firma, neófito en los menesteres difíciles de la defensa, lo que bajo ningún punto de vista se justifica sobre todo en una próspera localidad como la de Yarumal en donde litigan y residen un buen número de abogados (más de diez)”.

De esta manera, dice, se llevó a cabo la diligencia más importante del proceso, esto es, sin brindarle oportunidades defensivas al procesado que en este caso se trata de un campesino que ni siquiera sabe firmar, quedando así toda la etapa de instrucción e incluso la causa, las cuales se limitaron casi exclusivamente a escuchar un sinnúmero de testimonios de familiares de la víctima, por parte del Inspector de Policía, funcionario que carecía de competencia para ello y además, sin la presencia del defensor para que hubiera contrainterrogado.

Tampoco, dice, se llevó a cabo la inspección judicial al lugar de los hechos como lo regulan los artículos 259 y 260 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que inexplicablemente fue negada en la causa y “nunca” se ordenó a pesar de que con tal prueba “hubiese quedado plenamente demostrado mediante percepción directa del investigador, el estado de los protagonistas”, al igual que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, sus rastros, el estado de ebriedad del procesado, la ubicación de su hogar, “el sitio donde el occiso amoló su peinilla; el recorrido que realizó desde donde se encontraba hasta la casa del señor Tobón Sierra; la forma como llegó a altas horas de la noche donde don José Abelardo; los sitios por donde entró; el sitio donde estuvo, el lugar donde recibió el primer aguardiente; el sitio donde

se encontraban las naranjas que solicitó; el lugar donde estaban los testigos que han declarado; las condiciones del camino que debió transitar de noche; las circunstancias de la región; la falta de autoridades; el imperio de la autoridad guerrillera, etc., etc., etc.”.

Igualmente, se queja de que ni el defensor anterior ni la Fiscalía de oficio le hubieran ampliado la indagatoria de TOBON SIERRA para darle la oportunidad de explicar su comportamiento con más detalles a los suministrados inicialmente, más aún si se tiene en cuenta que en la injurada aquél no fue asistido por un abogado titulado, el defensor no participó en la práctica de las pruebas, las diligencias evacuadas por la Inspección de Policía no lo fueron bajo la dirección de la Fiscalía, siendo ilegal la comisión a funcionarios dentro de la misma sede y no habiéndose recepcionado todas las pruebas en la audiencia pública; por todo lo cual, se debe concluir, que en este asunto indiscutiblemente se violó el derecho de defensa de TOBON SIERRA, máxime que no se investigó nada de lo que le favorecía, como es su estado de ebriedad, las circunstancias de atenuación o eximentes de punibilidad por error o la legítima defensa simple o la de “ por rechazo del extraño en el hogar”.

Por tanto, luego de citar jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el alcance del derecho de defensa técnica y transcribir en extenso un fallo de esta Sala sobre el mismo tema, básicamente sobre la cualificación de quien cumple la función de abogado del acusado en el proceso penal, solicita el censor a la Corte, se case el fallo impugnado, decretándose la nulidad de todo lo actuado a partir de la diligencia de indagatoria.

Segundo Cargo

No obstante referirse a la causal primera de casación, así formula el defensor del procesado esta censura: “Nulidad por violación al debido proceso, donde las normas violadas son el Art. 29 de la Constitución Política en concordancia directa por encontrarse descritas en la ley como son los Artículos 1º. Y Artículo 304 numeral 2º del C. de P.P.”.

De esta manera, en lo que denomina demostración del cargo, sostiene el libelista que se presentaron irregularidades que afectaron el debido proceso, reiterando básicamente lo expuesto en la anterior censura para demostrar el quebranto al derecho de defensa respecto a la “competencia, comisiones, notificaciones, dirección y responsabilidad de la Fiscalía, omisión en la realización de inspecciones, carencia de asesoramiento de peritos, omisión a los trámites de los peritazgos, omisión en la evacuación de pruebas en la audiencia pública, evacuación de pruebas por fuera de la audiencia pública en la etapa del juicio, falta de investigación de las circunstancias favorables al sentenciado, falta de tasación de los derechos del sentenciado por confesión, Art. 299 del C. de P.P., etc.”.

Acto seguido, explica, que para comprender esta censura se debe tener en cuenta que su crítica a estas pruebas se debe a que el peligro de la zona no era suficiente para que el Fiscal y el Juez comisionaran la práctica de diligencias dentro de su sede. A continuación, pasa a quejarse, igualmente, del hecho de que al procesado se le hubiera condenado al pago de \$15.000.000 como perjuicios morales, no obstante carecerse de prueba sobre ello y sin dar cumplimiento a lo dispuesto en la ley en lo que tiene que ver con el trámite de la parte civil, como que al respecto no se abrió cuaderno separado “y lo que es más grave aún, no haberse acompañado las pruebas de que trata el numeral 8º. del Art. 46 del C. de P.P. cuando el fallecido tenía su compañera”, a lo que se suma la total ausencia del Ministerio Público que ni siquiera compareció a la audiencia de juzgamiento, la práctica de pruebas ordenadas fuera del término legal y por fuera del debate público, el cual, además, se suspendió sin cumplir lo dispuesto en el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, dejándose espacios en blanco en el acta de la audiencia, contrariando el artículo 157 ibídem, hasta llegar a desconocerse el artículo 449 del Estatuto Procesal al momento de abrirse a pruebas el debate público.

De otra parte, y volviendo sobre la instrucción, observa que otra irregularidad que debe advertirse, es el hecho de habersele resuelto la situación jurídica su defendido cuando carecía de defensor, con lo cual queda claro, que durante todo el proceso se afectó el derecho a la defensa y al debido proceso, debiéndose por tanto, decretarse la nulidad de lo actuado desde la diligencia de indagatoria, pues se violaron las normas “mencionadas y citadas a través de este respetuoso escrito”, que dice “apoyar en lo dispuesto en el Art. 218 a 231 del C.P.P., especialmente en lo estatuido en el Art. 220 numeral 3º y Art. 228 y 229 ibídem”.

Finalmente, impetra de la Corte la libertad del procesado y el levantamiento del secuestro que pesa sobre la finca de su defendido.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL:

Innumerables y sustanciales son los desaciertos técnicos que para el Delegado presenta la propuesta de nulidad del actor, como lo demuestra inicialmente con la transcripción de jurisprudencia de esta Sala sobre la técnica de la causal tercera de casación, parámetros, que afirma, desconoce por completo el casacionista, ya que involucra el derecho a la defensa con la falta de competencia de los funcionarios comisionados en este proceso para la práctica de pruebas, “y además, cuestiona de manera tangencial el principio de investigación integral”, desconociendo que las causales de nulidad son autónomas, y por ende, debieron ser propuestas de manera independiente en cargos separados demostrando su incidencia en el fallo, pero no quedarse simplemente en la exposición de consideraciones personales sin desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad de la sentencia impugnada.

Por tanto, dice, el primer cargo no debe prosperar.

En lo que tiene que ver con el segundo reproche, en el que el censor acusa la violación al debido proceso, “la cuestión es aún más antitécnica”, puesto que a manera de

demostración hace una lista de irregularidades que considera lesivas del debido proceso, concluyendo nuevamente en la afirmación de que se vulneró el derecho de defensa técnica, la carencia de competencia y la no investigación integral, afirmaciones que tampoco desarrolla y que “constituyen en su mayoría irregularidades formales que no tienen la más mínima capacidad para menoscabar las bases fundamentales del proceso, por lo que el cargo está llamado inevitablemente al fracaso”.

Sin embargo, y escogiendo un “orden lógico” de respuesta, procede a referirse a las irregularidades que según el casacionista se originaron en la etapa de la investigación preliminar, haciéndolo primero respecto del cuestionamiento que formula sobre el inicio de estas diligencias por parte del Inspector de Policía de El Pueblito, sin contar con la dirección y responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, que ubica como falta de competencia y sobre el hecho de haberse recepcionado pruebas sin contar con la presencia del implicado y su defensor, en lo cual, a juicio del Delegado, desconoce el censor que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal, cualquier funcionario de Policía Judicial puede hacerlo en casos de flagrancia y en el lugar de los hechos, pues solo hasta que la Fiscalía asuma el conocimiento del asunto es que esas autoridades deben actuar bajo su dirección. Además las diligencias preliminares no son de obligatorio cumplimiento y por ende, no es presupuesto de validez para la actuación posterior.

En lo que tiene que ver con los testimonios recaudados por dicho funcionario, tampoco encuentra el Procurador irregularidad alguna, no solo porque cumplen con todos los requisitos de ley, sino porque además, se satisfacen los principios de publicidad y validez, pues a TOBON SIERRA no se le ocultó el cargo que se le hacía, y aún así “no designó abogado ni solicitó que se le recibiera indagatoria”, siendo del caso aclarar que en esa etapa la designación de un defensor es facultad exclusiva del imputado.

Refiriéndose a la queja del demandante por la ausencia de defensa durante todo el

proceso, enfatiza que no es cierta la afirmación en tal sentido, puesto que entre el 27 de septiembre de 1.994 y el 5 de mayo de 1.995 TOBON SIERRA estuvo asistido por su defensor de confianza, quien se posesionó desde antes de que se le resolviera la situación jurídica al implicado y desde el 15 de ese mismo mes por otro nuevo, pero también de confianza. Tampoco, agrega, corresponde a la verdad que no procediera la medida detentiva, pues ninguna circunstancia de antijuridicidad o inculpabilidad fueron demostradas en el proceso, por lo que, concluye, el cargo es infundado.

En lo que tiene que ver con la irregularidad que plantea el casacionista aduciendo que el encausado no tuvo oportunidad de ampliar la indagatoria, precisa, que el funcionario “solo” la puede ordenar de oficio ante la presencia de nuevos elementos probatorios sobre los que no se interrogó en la diligencia inicial. Y en cuanto se refiere a la práctica de pruebas por fuera de la audiencia pública y por funcionario no competente, enfatiza que ello no constituye una irritualidad que alcance a quebrar la estructura del proceso, ya que esas pruebas fueron conocidas por la defensa, a quien se le brindó la oportunidad de controvertirlas, “a excepción de las declaraciones recepcionadas por el señor Inspector de Policía, las cuales son ilegales, como quiera que en esta oportunidad, este funcionario no tenía competencia para recaudarlas, dado que el Juez de Yarumal no lo podía comisionar como bien lo hace notar el casacionista, por estar dentro de su sede jurisdiccional”.

En cuanto concierne a la ausencia del Ministerio Público durante el trámite procesal, recuerda que su intervención es potestativa, es decir, cuando lo estime conveniente en defensa del orden jurídico, y si bien en el presente asunto es indiscutible que este sujeto procesal “ha debido pronunciarse, como quiera que las garantías fundamentales del sindicado se vieron vulneradas en punto del derecho a la defensa”, ello no comporta resquebrajamiento del debido proceso.

De otra parte, aclara, que a pesar de que al suspenderse la audiencia pública se manifestó

que posteriormente se fijaría fecha y hora, es lo cierto que ese mismo día a ello se procedió por auto separado que fue notificado personalmente a todas las partes, y además, en el acta contentiva de dicha diligencia no se aprecian los espacios en blanco que menciona el casacionista.

En cuanto a la violación del principio de investigación integral, responde el Delegado que el casacionista no señala las pruebas cuya práctica se imponía, refiriendo únicamente que se negó una inspección judicial al lugar donde ocurrieron los hechos, cuando revisado el proceso se advierte que nunca fue pedida una tal prueba por parte de la defensa, siendo la más semejante, una inspección a la peinilla, que fue denegada por improcedente, ni tampoco es cierto que no se hubiera indagado sobre el estado de ebriedad del procesado, toda vez que sobre esa circunstancia fueron interrogados varios testigos, especificando que, contrario a lo que cree el actor, la embriaguez por sí sola no constituye causal de antijuridicidad ni de inculpabilidad, sino que eventualmente podría servir para demostrar que el autor del hecho no estaba en condiciones de comprender la ilicitud ni autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, lo que no ocurrió en el presente asunto.

Así, afirma, en lo que le asiste razón al censor es en lo que se relaciona con la irregularidad en que incurrieron Fiscalía y Juez al comisionar la práctica de pruebas dentro de su misma sede, ya que el peligro de la zona no es razón suficiente para ello, como ocurre con los testimonios recepcionados por el Inspector Municipal de El Pueblito, según lo ordenado por el juzgador en auto del 23 de junio de 1.995, “pero como quiera que no son las únicas pruebas en las que se apoya el fallo impugnado, este quedaría inane a pesar de esta irregularidad”.

Por último, en lo que hace a las críticas del casacionista sobre la forma como se admitió y tramitó la parte civil, así como a la condena en perjuicios morales impuesta al procesado, señala el Procurador que ninguna irregularidad se observa, pues en este caso fue la

madre de la víctima la que se constituyó como tal, reclamando los perjuicios ocasionados con el delito, sin que el hecho de que el procesado hubiese tenido compañera afecte el trámite respectivo, pues la ley no obliga a que los perjudicados concurren conjuntamente al proceso, como tampoco existe irregularidad alguna en la tasación de los perjuicios hecha por el Juez, puesto que a él le corresponde hacerlo en concreto.

Casación oficiosa

No obstante la improsperidad de las censuras, para el Delegado el fallo debe casarse oficiosamente decretando la nulidad de toda la actuación a partir de la indagatoria, puesto que efectivamente se vulneró el derecho de defensa del procesado, habida cuenta que en dicha diligencia y ante la manifestación de TOBON SIERRA de no contar con abogado, lo asistió el ciudadano carente de esa calidad.

Explica, entonces, que si bien no desconoce que cuando sucedieron los hechos se encontraba vigente el inciso primero del artículo 148 del Decreto 2.700 de 1.991, que autorizaba la designación de un ciudadano honorable para que asumiera el cargo de defensor del procesado en la diligencia de indagatoria, en el presente asunto sí se le vulneró el derecho a la defensa a JOSE ABELARDO TOBON SIERRA, porque la Fiscalía “no se tomó la molestia de buscar un abogado inscrito, o al menos no dejó constancia de ello”, máxime si se tiene en cuenta que el proceso fue tramitado en el Municipio de Yarumal, que además, es cabecera de Circuito Judicial y allí hay varios abogados.

Así, luego de exponer algunas consideraciones sobre la indagatoria como medio de defensa y citar jurisprudencia de esta Sala sobre la procedencia en casos excepcionales de la designación de un ciudadano honorable para que cumpla en la indagatoria la función de defensor, concluye, que siendo en este caso el procesado una persona analfabeta y que la persona que lo asistió en la indagatoria escasamente sabía firmar, viéndose así mermadas “sus posibilidades defensivas como que no pudo plantear en debida forma

una posible causal de justificación como la legítima defensa, o de inculpabilidad, o al menos una atenuante de responsabilidad”, pues de haber contado en ese momento con el consejo de un profesional del derecho, “seguramente otro hubiese sido el recorrido probatorio”, se violó el derecho a la defensa que “debe tener un carácter continuo, en el sentido de que no puede existir una sola actuación procesal en la que se restrinja las posibilidades defensivas del imputado, así posteriormente se garantice el contradictorio, es que nos permitimos hacer la presente petición”.

CONSIDERACIONES:

1. Aunque el casacionista fracciona su alegación en dos supuestos cargos, la Sala acometerá su estudio como si se tratase de uno solo, pues lo expuesto en la llamada segunda censura de la demanda no es más que la continuación y reiteración de las presuntas irregularidades que expone en la primera, por cuanto son sustancialmente idénticas las argumentaciones con base en las cuales, aspira el demandante a que se invalide lo actuado.
2. En efecto, tanto en el primero como en el segundo reproche, indistintamente acusa el libelista la vulneración al derecho de defensa del procesado como a la presencia de irregularidades que afectan el debido proceso, sin que en uno y otro caso respete siquiera mínimamente la técnica que orienta este recurso ni mucho menos los principios que regentan las nulidades, haciendo de su escrito un farragoso, inconsistente y desatinado alegato que a la postre no permite identificar cuál de los múltiples supuestos que plantea es el que le sirve en cada evento como sustento de la afectación del derecho a la defensa o la afectación del debido proceso, como que todo lo reduce a una pesada y reiterativa crítica de toda la secuencia procesal, desde el momento mismo en que la Inspección de Policía de El Pueblito de Yarumal conoció el asunto y llevó a cabo las primeras diligencias.

3. Siendo ello así, forzoso resulta recordar, como ya lo ha venido haciendo de manera pacífica y constante la jurisprudencia de esta Sala, que la libertad argumentativa que, en principio, puede desprenderse de la naturaleza y alcances de la causal tercera de casación, no significa en manera alguna que el demandante no esté sujeto al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales de la demanda, debiendo indicar con precisión el motivo de casación que aduce, la nulidad que se genera, especificando en todo caso la actuación irregular a partir de la cual se vició la actuación subsiguiente, por manera que solo invalidándola es posible corregir el yerro; o con cuáles procederes se lesionó seriamente el derecho a la defensa, si como en este caso eso es lo que al parecer se busca, debiendo de todas maneras indicar cómo tales irregularidades finalmente se proyectaron desfavorablemente para los intereses del procesado en la sentencia, pues lo contrario sería no solo desconocer lo dispuesto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, sino la naturaleza rogativa de este, otrora, medio extraordinario de impugnación, toda vez que es al casacionista al que le corresponde indicarle a la Corte qué aspectos del fallo son los que ameritan revisión, pero no valerse de una especie de índice del proceso bajo el genérico postulado de que desconocen el debido proceso o el derecho de defensa, sin demostrar respecto de ninguna de las actuaciones procesales que cita como ilegales el por qué de tales afirmaciones.

4. Mayor aún deviene el desatino del casacionista al referir en su inconsistente y confuso alegato una serie de situaciones que escapan a la causal tercera de casación y que por el contrario, ponen en evidencia que su único interés es propiciar, so pretexto de la legalidad formal del proceso, una revisión oficiosa por parte de la Corte, lo cual da al traste con el principio de autonomía de las causales y el de limitación que orientan la casación penal.

5. En efecto, aparte de que el censor inicialmente propone como fundamento principal de la censura la presunta vulneración del derecho de defensa, en la medida en que, con el propósito de poner de presente la veracidad de su razonamiento se limita a

enlistar una serie de actuaciones, termina fusionando bajo esa misma exposición argumentativa un eventual desconocimiento del debido proceso, que además entremezcla con apreciaciones que, de entenderse como reproches al fallo, correspondería su formulación en cargos independientes, escindiendo los principales de los subsidiarios, y bajo causales de casación diversas a la tercera, como ocurre con las pruebas que, aduce, fueron practicadas de manera irregular por el Inspector de El Pueblito por comisión que le hiciera el fallador en la etapa del juicio, aspecto que ameritaba un reproche al amparo de la causal primera por violación indirecta de la ley por error de derecho por falso juicio de legalidad, con el ineludible deber de señalar a cuáles testimonios se refiere indicando las normas que fueron violadas en la aducción y producción de dichas pruebas, al igual que su incidencia en la sentencia.

6. En el mismo sentido impertinentes resultan las referencias en cuanto a que hubo “falta de tasación de los derechos del sentenciado por confesión”, ya que si con ello se sugiere la posibilidad de que se aplicase la reducción punitiva prevista en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, para tal efecto también se requería de una censura independiente al amparo de la causal primera, bien por violación directa o indirecta de la ley sustancial, dependiendo ello del contenido del fallo, pues si el sentenciador hubiese aceptado que TOBON SIERRA confesó y aún así negaba el descuento de pena, entonces procedería lo primero, pero de lo contrario, lo procedente era, a través de las diversas clases de error de hecho o de derecho, que el censor pusiera de presente que se dan todos los requisitos exigidos por la ley para que opere el descuento a que se contrae la preceptiva legal y no como ocurre en este evento, en donde pretextando la ilegalidad del proceso por considerar que está viciado de nulidad, aprovecha el casacionista para relacionar a su antojo una serie de frases sueltas que ningún respaldo le brindan a sus tesis.

7. De la misma manera, tan equivocado como desafortunado es el argumento del casacionista en lo que tiene que ver con la acción indemnizatoria, respecto del que

afirma no está demostrado en el proceso el valor de los perjuicios morales a que se condenó al procesado y que además, la actuación de la parte civil se llevó a cabo de manera irregular porque no se hizo en cuaderno separado, pues aparte de que carece de toda seriedad y no contiene nada que incida en el planteamiento anulatorio, desconoce por completo que si dentro de sus pretensiones estaba también lo relacionado con este tema, bien podía hacerlo pero acatando lo dispuesto en el artículo 221 del Estatuto Procedimental, esto es, tener como fundamento la cuantía y causales de casación civil.

8. Siendo, pues, esta la forma de demostrar las presuntas irregularidades, no puede tampoco pasarse por alto la incuria e irresponsabilidad del casacionista en sus afirmaciones, pues de espaldas a la verdad que muestra el proceso escuetamente sostiene que en este asunto se careció de un sujeto procesal: el Ministerio Público, cuando lo cierto es que en la actuación se observa que al Personero de Yarumal, en la instrucción y al abogado visitador de la Procuraduría Provincial de Medellín les fueron notificadas personalmente las decisiones que por ley corresponde hacerse en esta forma, por manera que lo único que queda en evidencia con un tal planteamiento es la confusión conceptual del demandante entre el Ministerio Público entendido bajo el concepto de sujeto procesal de presencia obligatoria en el proceso, con las funciones que constitucional y legalmente le corresponde ejercer, como ocurre con su comparecencia a la audiencia pública, pues en la actual normatividad procesal su intervención no es obligatoria, como que de manera taxativa el artículo 452 ibídem señala los sujetos procesales que deben intervenir en el debate público, que no son otros que el Fiscal, el Defensor y el procesado cuando se encuentre privado de la libertad.

Es que, y con el fin de clarificarle al censor la confusión en que incurre, necesario es recordarle, que bajo la expedición de la vigente Carta Política y de conformidad con el numeral séptimo del artículo 277, el Ministerio Público interviene en esta clase de procesos “cuando sea necesario” en defensa del ordenamiento jurídico, el patrimonio

público y los derechos y garantías fundamentales, norma ésta que reproduce el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con las cuales es claro que si bien fue reconocido como sujeto procesal, su intervención no quedó obligatoria, excepción hecha de aquellas diligencias en las que expresamente así lo determina la ley, siendo el mismo el que decide hacerlo, bajo su absoluta responsabilidad penal y disciplinaria, o en fin a la que hubiese lugar, sin que ello signifique que exista etapas procesales sin Ministerio Público, sino que permanece reconocido por ley y latente, vigilante, para materializar su actuación cuando “sea necesario”. Así, si no estimare imperativo hacerlo, esto no implica afectación alguna al debido proceso, pues se insiste, un tal proceder queda bajo su responsabilidad.

9. Igual ocurre con los cuestionamientos sobre las diligencias preliminares en donde confusamente afirma que se quebrantó el derecho de defensa porque no hubo defensor a nombre del imputado y desde luego, tampoco intervención del mismo en los testimonios recopilados por la Inspección Municipal, autoridad que además, avocó sin competencia el conocimiento del asunto, pues no puede perderse de vista que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310.4 del Código de Procedimiento Penal “Los alcaldes e inspectores de policía”, cumplen permanentemente funciones de policía judicial, las cuales fueron desempeñadas en este asunto de manera inmediata al tener conocimiento de los hechos, llevando a cabo el levantamiento del cadáver y escuchando los testimonios que surgieron de tal diligencia, sin que con posterioridad a la apertura formal de la instrucción hubiese sido comisionada por la Fiscalía o recaudado pruebas sin la dirección del ente investigativo, no siendo tampoco de recibo la acusación sobre la violación al derecho de defensa en esta etapa, ya que al no haberse escuchado en versión al imputado, mal podría admitirse la presencia de un defensor, cuya actuación es permitida a partir de tal acto procesal.

10. En estas condiciones, los únicos planteamientos que en verdad corresponderían a la causal escogida, pero que igualmente debieron presentarse en cargos separados, son

los pertinentes a la aducida vulneración del derecho de defensa por la designación de un ciudadano honorable para que asistiera al procesado en la diligencia de indagatoria, dentro del cual estaría incluida la presunta ausencia de defensor durante la instrucción y parte de la causa; la presunta lesión del principio de investigación integral y por último, la afectación al debido proceso en relación con la forma como operó la suspensión de la audiencia pública.

11. Así, en cuanto a lo primero, se tiene que si bien es cierto que al procesado se le designó al ciudadano no titulado como abogado como su defensor de oficio en la indagatoria, ante la manifestación que hiciera a la Fiscalía de no tener a quien nombrar, ello no significa que se le hubiese menguado el derecho a defenderse, pues al respecto debe tenerse en cuenta que para la fecha en que se llevó a cabo tal diligencia se encontraba en plena vigencia el inciso primero del Artículo 148 del Decreto 2.700 de 1.991 que preveía esta autorización para los eventos en que no fuere posible contar con la colaboración de un abogado titulado, norma que solo vino a declararse inexecutable el 8 de febrero de 1.996, mediante sentencia C-049 proferida por la Corte Constitucional, cuyos efectos únicamente se surten hacia el futuro.

12. Ahora bien, en cuanto a la crítica del demandante en el sentido de que, aparte de lo anterior, el procesado careció de defensa durante la instrucción y parte de la causa, es una afirmación que carece por completo de sustento, si se tiene en cuenta que el 27 de septiembre de 1.994, cuatro días después de haber rendido indagatoria y un día antes de que se definiera su situación jurídica, TOBON SIERRA designó su defensor de confianza, quien no solo fue posesionado en la misma fecha, sino que de inmediato se ordenaron las copias que solicitó para estudiar las posibilidades de defensa, desplegando a partir de ese momento una intensa actividad defensiva que incluyó la solicitud de pruebas que le fueron decretadas, hasta la presentación de alegatos de conclusión, culminando con posterioridad a la ejecutoria de la resolución acusatoria que fue apelada por dicho profesional, pues según se lee en el memorial en el que renuncia a su cargo, el motivo de

tal decisión fue la insatisfacción del acusado con los resultados obtenidos hasta ese momento.

Sin embargo, de inmediato, esto es, el 5 de mayo, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Yarumal aceptó la renuncia del defensor y le comunicó de ello a JOSE ABELARDO para que procediera a designar su reemplazo, viéndose precisado a reiterar tal comunicación el día 8, habiendo éste finalmente designado un nuevo apoderado judicial, quien presentó el poder y se posesionó como tal el 15 de mayo de 1.995, elevando solicitud de pruebas en el juicio el siguiente 24 e interviniendo en la audiencia pública y recurriendo de la sentencia de primera instancia.

13. En estas condiciones, no encuentra la Sala de qué manera pueda afirmarse que en este asunto el procesado estuvo desprovisto de una defensa técnica durante la instrucción y parte del juicio, y menos podría entenderse dentro de este contexto que debido a una tal falencia no fue posible que se le ampliara la indagatoria a TOBON SIERRA o que se acreditara su estado de embriaguez al momento de los hechos a efectos de acreditar circunstancias aminorantes, excluyentes de responsabilidad o justificante de antijuridicidad, pues ello solo equivale a una discrepancia respecto de la estrategia defensiva llevada a cabo por quienes defendieron los intereses de aquél en la investigación y la causa, que además, de haberse llevado a cabo como la concibe el censor, ningún éxito hubieran tenido, habida cuenta que, como lo recuerda el Delegado, la posibilidad de que se ampliara la indagatoria siempre permaneció latente en el proceso, cosa distinta es que ni para los funcionarios que conocieron de este proceso ni para el procesado y sus defensores, resultaba necesaria, habida cuenta que lo manifestado por aquél en la diligencia inicial y la prueba recaudada no presentaban vacíos o dudas que merecieran ser aclaradas interrogando nuevamente a JOSE ABELARDO.

14. Igualmente desacertado es el razonamiento del libelista en lo que concierne a la

presunta omisión en la práctica de una inspección al lugar de los hechos, que como se precisó anteriormente, debió proponerse como una nulidad por violación al principio de investigación integral, pues en el mismo sentido aduce que no se investigó nada de lo que favorecía al procesado, demostrando su desconocimiento del proceso, ya que no es cierto que la defensa hubiera solicitado tal prueba, y mucho menos que fuera decretada, pues, como bien lo recuerda el Delegado, en la etapa del juicio el abogado del acusado solicitó una inspección al machete que portaba la víctima, con el fin de verificar si la había preparado para atacar a TOBON SIERRA, siéndole negada, debido a que, como no fue protegida, con el transcurso del tiempo resultaba improcedente, toda vez que en esas condiciones no podría ofrecer elementos de juicio confiables.

Además, tan equivocada como ingenua es esta pretensión del demandante, que, a juzgar por la importancia y trascendencia que le otorga a este medio de prueba, bien puede concluirse que para él todos los interrogantes posibles de la investigación hubieran sido resueltos con la referida inspección, desconociendo que la libertad probatoria que ofrece nuestro sistema procedimental permite traer la verdad real al proceso por diversos medios de convicción, como ocurrió en este evento con las múltiples declaraciones escuchadas en la instrucción y el juicio, habida cuenta que todas las circunstancias que menciona el demandante como necesarias de establecer, fueron referidas por quienes de una u otra manera tuvieron conocimiento de los hechos objeto de investigación.

14. Por último, y coherente con la falta de seriedad que caracteriza la presente demanda, propone como nulidad el censor el hecho de que se hubiese suspendido la audiencia pública sin estricto cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 157 y 160 del Código de Procedimiento Penal, e igualmente que en el acta contentiva de la misma aparecen espacios en blanco, sin que ello corresponda a la verdad, pues lo que muestra el proceso es algo muy distinto, como que habiéndose fijado como fecha para evacuar tal diligencia el 2 de agosto de 1.995, llegado el momento no fue posible abrir el debate

público debido a que no compareció el representante del Ministerio Público ni el apoderado de la parte civil, sin que existiera constancia de la notificación personal al primero, por manera que “para evitar la declaratoria de nulidad por carecer de esta notificación” (fl. 306) la Juez suspendió su inicio, señalando en auto separado pero del mismo día el 23 de agosto para su evacuación, como así ocurrió, sin que tampoco se observe en ninguna de las actas los espacios en blanco a que de manera inusitada se refiere el demandante.

El cargo no prospera.

Casación Oficiosa

Como para el Delegado, no obstante la inconsistencia argumentativa del actor en la pretensión de nulidad, de oficio procede su declaratoria habida cuenta que el hecho de que al procesado se le hubiese indagado con la asistencia de un ciudadano honorable, no puede de ninguna manera ser subsanado, imponiéndose, por tanto, la invalidación del proceso desde la indagatoria de TOBON SIERRA, no puede la Sala dejar de reiterar que si bien no desconoce la importancia de la presencia de un abogado titulado en dicha diligencia, ello no significa, que en todas las oportunidades y por ese solo hecho, como parece entenderlo el Ministerio Público, se imponga un rigorismo extremo y ciego que so pretexto de garantizar formalmente un derecho desconozca la ley.

En efecto, para el Procurador es apenas suficiente la constatación simple de que en la indagatoria TOBON SIERRA no fue asistido por un profesional del derecho y que además, la Fiscalía no buscó uno para designárselo de oficio, pues omite demostrar cómo se resultó vulnerado el derecho de defensa del procesado, ya que la simple referencia de que si hubiera contado con el consejo de un profesional hubiera podido plantear una legítima defensa, una causal de inculpabilidad o una atenuante de responsabilidad, cayendo en la misma incoherencia del demandante, si se tiene en cuenta que, primero,

como se dijo al responder el libelo, para la fecha en que se evacuó la indagatoria de TOBON SIERRA se encontraba en plena vigencia el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, cuya inexecutableidad fue declarada con posterioridad sin que se especificaran efectos retroactivos al fallo correspondiente y segundo, acudiendo al principio de la buena fe en las actuaciones judiciales, no puede exigirse una constancia en el sentido de que se buscó en Yarumal un abogado titulado y no se encontró, sino que, al carecer el procesado de uno, debe entenderse que fue por no haber sido posible para ese momento la designación de un abogado que se acudió a la excepción legal de entonces en esta materia.

Además, teniendo en cuenta lo manifestado por TOBON SIERRA en la indagatoria y la prueba testimonial, los defensores que estuvieron a cargo de los intereses del procesado solicitaron, en su orden, la justificante de la legítima defensa tanto al alegar de conclusión como en la audiencia pública, luego no se ve entonces, cuál la afectación de dicho derecho ante una diligencia surtida bajo la legalidad imperante y un proceso en el que la defensa técnica, que además fue la que de confianza designó el inculcado, tuvo especial y activa intervención en su favor.

No se accederá, por tanto, a la solicitud oficiosa del Delegado.

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

RESUELVE:

1. No casar el fallo impugnado.
2. No acceder a la solicitud de nulidad oficiosa elevada por el Procurador Segundo

Delegado en lo Penal.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

No hay firma

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

Teresa Ruíz Núñez

Secretaria