

Proceso Nº 12241

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 60

Santafé de Bogotá, D.C., catorce de abril de dos mil.

VISTOS:

Se pronuncia la Sala sobre la demanda de casación interpuesta a nombre del procesado MARTIN ROBERTO CUERVO LEMOS contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 1.996 por el Tribunal superior de Cundinamarca, que confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villeta, mediante la cual se condenó dicho procesado a la pena principal de 29 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios ocasionados como autor del delito de homicidio simple, en concurso con el de otro de la misma naturaleza pero en grado de tentativa y el de porte ilegal de armas para la defensa personal, al tiempo que absolvió de cargos idénticos de delitos contra la vida a Alejandro Cuervo Lemos.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

El 3 de diciembre de 1.993 en la vereda las Marias del Municipio de Alban (Cund.) en la residencia de Rafael Torres, padre de Edgar Giovanni Torres Ibarra, miembro activo del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación que para

entonces se desempeñaba como escolta de una Fiscal Regional asignada a dicha dependencia investigativa, hacia la media noche, cuando se celebraba el grado de Ignacio Torres, hijo del primero y hermano del segundo, se presentaron a ese lugar los hermanos MARTIN ROBERTO y Alejandro Cuervo Lemos, procediendo el segundo a pedir que le vendieran cerveza, pero como le manifestaran que no había y que además se retirara que se encontraban en una reunión familiar, salió del recinto y luego de cruzar algunas palabras con su hermano que lo esperaba afuera, aquél, ROBERTO, comenzó a disparar en forma indiscriminada hacia el interior de la residencia con un pistola calibre 9mm. que portaba hiriendo mortalmente a Omar Urrego Ramírez, quien falleció en el acto, al tiempo que lesionó a Juan de la Rosa Ramírez en un brazo, por las que se le determinó una incapacidad provisional de 25 días y a Edgar Giovanni en la cabeza lo cual le ameritó 45 días de incapacidad según el reconocimiento médico legal, no obstante que éste alcanzó a reaccionar disparándole a sus agresores con su arma de dotación, hiriendo a MARTIN ROBERTO en el bajo vientre.

Ocurrido lo anterior, los lesionados fueron trasladados al hospital de Sasaima siendo de allí remitido hacia Santafé de Bogotá, D.C. Edgar Giovanni Torres, quien finalmente fue atendido en la Clínica Nicolás de Federmán, mientras que los agresores, lograron huir.

Habiendo la Policía de lugar, enterado de tales hechos al Coordinador del Cuerpo Técnico de la Fiscalía General de la Nación con sede en Villeta, de inmediato dicho funcionario llevó a cabo la diligencia de levantamiento del cadáver y escuchó en declaración a varias personas que presenciaron los hechos, no obstante que, según consta en informe del 4 de diciembre de 1.994, dirigido al Coordinador de la Unidad de Fiscalías de esa ciudad, durante las actividades realizadas tendientes al esclarecimiento de los hechos y la ubicación de sus responsables, “nos encontramos con el Doctor Carlos Hernando Bigot, Fiscal Regional con sede en Bogotá, el cual venía comisionado para el esclarecimiento de los hechos. En horas de la tarde del 04 de Diciembre del año en curso, se aprehenden a los señores

ALEJANDRO CUERVO y PEDRO GOMEZ, quienes colaboraron con la huida del señor ROBERTO CUERVO, los cuales manifestaron que habían dejado al señor ROBERTO CUERVO, en el Hospital de Kennedy de Santafé de Bogotá, por solicitud del señor Fiscal Regional se hizo entrega de todas las diligencias pertinentes mediante oficio No. 1051 del 04 de diciembre de 1.994, en dos (2) cuadernos con 3 y 1 folio, se anexan tres (3) vainillas calibre 9 mm. y cuatro (4) fragmentos de plomo, una vez practicadas las diligencias necesarias serán enviadas por parte del mismo a la Unidad de Fiscalías de esta localidad por competencia" (f. 22 c. 1).

Efectivamente, como el mismo 4 de diciembre a la Fiscalía Regional de esta ciudad se le había informado que en hechos ocurridos en el sector rural del municipio de Alban resultó gravemente lesionado Edgar Giovanni Torres Ibarra, escolta del Cuerpo Técnico de Investigaciones asignado a la seguridad personal de la Fiscal Regional de código 023 Delegada ante la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigaciones, por resolución de la fecha dispuso la apertura de la investigación preliminar ordenando el desplazamiento de un Fiscal a ese Municipio, procediéndose ese mismo día también y ante la captura de Alejandro Cuervo, a decretar la apertura de investigación vinculándoseles mediante indagatoria, como también se hizo con MARTIN ROBERTO, diligencia que con la participación de la doctora Alba Liz Rodríguez Ballesteros, designada como apoderada de oficio, se llevó a cabo en el Hospital de Kenedy a donde fue trasladado por su hermano para recibir atención médica en la herida que sufrió durante el desarrollo de los hechos.

Posteriormente y una vez cumplida la comisión otorgada por el Fiscal Delegado ante el Cuerpo Técnico de Investigaciones a miembros de ese mismo Cuerpo en Villeta, quienes recaudaron varios testimonios en los que intervino la defensora de oficio, por resolución del 4 de diciembre de 1.994, y teniendo en cuenta que "al concurso delictual de Homicidio y Lesiones se suma el de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, lo que determina la competencia de la Justicia Regional en el presente caso..." (f. 90 c.2) se

ordenó enviar las diligencias a la Dirección Regional de Fiscalías, en donde fueron asignadas a un Fiscal de la Unidad de Terrorismo, quien procedió el 16 del mismo mes y año a resolver la situación jurídica de los implicados con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio simple en concurso con los de homicidio en grado de tentativa y porte ilegal de armas para la defensa personal en contra de MARTIN ROBERTO, mientras que se abstuvo de afectar con medida alguna a Alejandro Cuervo Lemos, debiéndose precisar que en dicho proveído se calificó el delito contra la seguridad pública dentro de aquellos de defensa personal por favorabilidad debido que como no fue posible hallar el arma que portaba el inculcado no contaba con elementos de juicio que permitieran establecer si efectivamente esta pertenecía a las de uso privativo de las Fuerzas Armadas y además, en cuanto los hechos de sangre, se adujo que si bien Giovanni Torres, quien resultó lesionado en los hechos es miembro activo del Cuerpo Técnico de Investigaciones, “no puede afirmarse que heridas padecidas en su humanidad y que afectaron su integridad física, fueron ocasionadas por causa o por motivo de su cargo o por razón del ejercicio de su función, puesto que de las probanzas allegadas se desprende que se encontraba en una reunión familiar en la que se celebraba el grado de bachiller de uno de sus hermanos y no desempeñando sus funciones como escolta del C.T.I.” (F. 102 C.2). Por esa razón, en dicha providencia se ordenó remitir la actuación a la Fiscalía Seccional de Santafé de Bogotá, D.C., por “jurisdicción y competencia”, proponiéndole conflicto administrativo negativo de competencia, en el evento de no compartir sus apreciaciones.

Por ello, ejecutoriada la resolución anterior y enviadas efectivamente las diligencias a las Fiscalías Seccionales de esta ciudad, le correspondió su conocimiento a la No. 55 de la Unidad Quinta de delitos contra la vida y la integridad personal, en donde por decisión del 24 de enero de 1.995, aceptó las razones del Fiscal Regional y asumió la competencia del asunto, procediendo el 25 de febrero de 1.995 a decretar el cierre del ciclo instructivo, proveído contra el que MARTIN ROBERTO CUERVO interpuso recurso de

reposición que fue despachado desfavorablemente por interlocutorio del 14 de marzo del mismo año, luego de lo cual la doctora Alba Liz Rodríguez presentó memorial en el que manifestó que “en mi calidad de defensora del sindicato MARTIN ROBERTO CUERVO LEMOS, con todo respeto le manifiesto a su despacho que renuncio al poder que oficiosamente se me diera en la injurada de este señor y que fue única y exclusivamente para esa diligencia y más teniendo en cuenta que soy defensora del hermano de este en el mismo proceso, siendo evidente que los sindicatos entraron en alguna contradicción” (f. 148 c.2), petición que fue decidida adversamente el 27 del mismo mes, advirtiéndole que la designación de oficio es de forzosa aceptación salvo causa legal justificada y además, no existen intereses incompatibles entre los procesados.

De esta manera, el 6 de abril de 1.995 se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de MARTIN ROBERTO CUERVO LEMOS imputándole los mismos cargos que le fueran deducidos al definirle la situación jurídica, como igualmente se hizo con Alejandro Cuervo a quien se le llamó a juicio por los delitos de homicidio y homicidio en grado de tentativa, decretándole, en consecuencia, medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación y se dispuso la expedición de copias con destino al Inspector de Policía Municipal de Alban para que investigue lo pertinente a las lesiones sufridas por Juan de la Rosa Ramírez, y como dicha providencia cobrara ejecutoria el 21 del mismo mes, de inmediato se enviaran las diligencias al Juez Penal del Circuito de Funza, por ser el competente para adelantar la etapa del juicio.

Devuelto el proceso por el Juzgado Penal del Circuito (reparto) de Funza, se remitió al de Facatativá, en donde también se advirtió que Alban no pertenecía a dicho Circuito Judicial, enviándolo finalmente a los de Villeta en donde el Segundo Penal del Circuito avocó el conocimiento del asunto, despacho que por auto del 18 de julio de 1.995 decretó las pruebas solicitadas por la defensa, las cuales, para permitirle a este sujeto procesal “interrogarlos” los evacuó en la diligencia de audiencia pública, luego de lo cual se

dictó el fallo de primera instancia que al ser apelado por la defensora de oficio de MARTIN ROBERTO CUERVO, recibió confirmación del Tribunal en los términos precedentemente expuestos.

LA DEMANDA:

Con fundamento en las causales tercera y primera del Código de Procedimiento Penal, dos cargos dice proponer el defensor de MARTIN ROBERTO CUERVO LEMOS contra la sentencia de segunda instancia, así:

Primer Cargo

1. Manifiesta el demandante en esta censura que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 304.1 del Estatuto Procesal, pues se presenta falta de competencia de la Fiscalía Regional para haber llevado a cabo la instrucción, irregularidades que afectaron el debido proceso y ausencia de defensa técnica durante la fase instructiva.
2. Así, sostiene en cuanto a lo primero que como para la Fiscalía resultó de mayor importancia que un empleado suyo resultara lesionado, llevó a cabo prácticamente toda la instrucción sin examinar si ello tenía como motivo o causa el ejercicio del cargo o de la función, ya que solo cuando se vio acosada por los términos decidió resolver la situación jurídica de los implicados remitiendo las diligencias a la Fiscalía de Villeta, que lo único que tuvo que hacer fue clausurar dicha etapa.

Por ello, y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 71 y 126 del Código de Procedimiento Penal sobre la competencia de los Fiscales y Jueces Regionales, debe concluirse en este caso que la Fiscalía Regional ante el Cuerpo Técnico excedió sus atribuciones, dejando por ende viciado el trámite por falta de competencia, pues se trataba de hechos comunes que ninguna relación tienen con terrorismo, narcotráfico o

funcionarios públicos, con lo cual se lesionó el principio del Juez Natural, previsto en la categoría de fundamental en la Carta Política.

Solicita, en consecuencia, se case el fallo impugnado, ordenando “rehacer la actuación desde la providencia que inicie la instrucción por el Fiscal Competente, o sea el señor Fiscal de la Unidad de vida de Villeta-Cundinamarca”.

2. También, dice, se presentan irregularidades que afectan el debido proceso (art. 304.2 del C.P.P.), que en este evento concreta en que las pruebas recaudadas durante la instrucción por la Fiscalía Regional, lo fueron conforme al procedimiento aplicable a esa justicia, esto es, por Fiscales sin rostro y sin la firma del funcionario como se aprecia en las declaraciones.

De la misma manera se encuentran viciadas las diligencias practicadas por el Cuerpo Técnico de la Fiscalía de Villeta, porque desde el mismo 4 de diciembre la Fiscalía Regional ya había iniciado la investigación, lo cual implicaba que no podían actuar por su propia cuenta sino en cumplimiento de órdenes de un Fiscal, irregularidad, que dice, se trató de subsanar en la resolución No. 189 del 4 de diciembre de 1.994, en donde aparentemente fueron comisionados los investigadores, “pero incurrieron en el lamentable error de elaborarla a continuación de una constancia que tiene fecha 13 de diciembre de 1.994, lo que significa una de dos cosas: que en vez de 4 de diciembre es 14, y entonces tenemos que el cuerpo técnico de villeta no había recibido la orden pertinente para realizar las diligencias que hizo desde el 5 de diciembre, ya que la orden solo se produjo el 14. La segunda posibilidad es que se haya incurrido en una falsedad al consignar la fecha de la providencia”.

En el mismo sentido, señala como irregularidad que la resolución que definió la situación jurídica de los procesados no está firmada por el Fiscal correspondiente, hecho que a su modo de ver implica que sea inexistente y por tanto, no era viable que se cerrara

la investigación, situación que unida a las anteriores pone de presente la afectación de las bases fundamentales de la instrucción, toda vez que la instrucción solo podía abrirse por un Fiscal Seccional, el procedimiento que correspondía era diverso al de la justicia regional y los funcionarios que practicaron las pruebas no tenían competencia ni estaban autorizados legalmente para ello.

Por tanto, solicita se case la sentencia recurrida, declarando la nulidad de lo actuado desde la resolución de apertura de la instrucción “que debe ser dictada por el Fiscal Seccional de Villeta - Cundinamarca, y si va a comisionar a los señores del Cuerpo Técnico que lo haga expresamente”. Subsidiariamente pide que se disponga rehacer lo actuado desde el cierre de la investigación y se ordene previamente resolver la situación jurídica.

3. De otra parte, solicita el demandante la nulidad del fallo impugnado por violación al derecho de defensa puesto que la abogada de oficio designada a MARTIN ROBERTO CUERVO LEMOS en la indagatoria, que fue la misma de confianza de su hermano Alejandro, lo fue únicamente para esa diligencia, máxime si se tiene en cuenta que como el segundo rindió su versión injurada después del aquí recurrente, no podía continuar cumpliendo con las labores profesionales encomendadas habida cuenta de las “contradicciones de fondo” que en dichas intervenciones procesales tuvieron los hermanos CUERVO LEMOS, puesto que mientras MARTIN ROBERTO sostuvo que actuó por defender la vida de su hermano quien estaba siendo agredido, Alejandro manifestó que no fue objeto de agresión alguna y en tales condiciones “era imposible mantener un solo defensor”, y muy seguramente, agrega, previendo una tal situación, el Fiscal designó oficiosamente a la doctora Alba Liz Rodríguez Ballesteros como defensora de este último únicamente para dicho acto procesal.

Lo anterior, enfatiza, también encuentra corroboración en las diligencias practicadas por el Cuerpo Técnico de Villeta en las que dicha profesional actuó únicamente como

defensora de Alejandro Cuervo, porque “en las demás pruebas no se tuvo en cuenta la posibilidad de que los sindicatos tuviesen defensor”, continuándose la investigación por el Fiscal Regional sin que se le designara a MARTIN ROBERTO CUERVO LEMOS un profesional del derecho, dejándolo desprovisto de esta garantía hasta el cierre de la investigación, cuando el Fiscal Seccional citó a la doctora Rodríguez, ésta le advirtió que solo asumió la condición de defensora de dicho procesado para la diligencia de indagatoria y además, que existen contradicciones entre la posición de éste con la de su hermano, y no obstante tal situación se le ordenó presentar alegatos en su nombre, lo que dicha abogada “hizo contra su voluntad”.

En tales condiciones, dice, es evidente que este procesado careció de defensa durante toda la instrucción en la que además, se presentaron varias irregularidades, pero no hubo quien intercediera en su favor. Por tanto, solicita se case el fallo impugnado “y se ordene rehacer la actuación a partir de la diligencia de indagatoria del sindicato”.

Segundo Cargo

De manera subsidiaria, en esta oportunidad ataca el casacinista la sentencia impugnada al amparo de la causal primera, cuerpo primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, de violar la ley sustancial de manera indirecta y por errores de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad, que condujo a la aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal y 247 del Código de Procedimiento Penal y falta de aplicación del 329 ibídem.

Al respecto, afirma, que para llegar a la certeza de que MARTIN ROBERTO CUERVO disparó contra la casa de Rafael Torres con intención de matar causándole la muerte a Omar Urrego y lesionando a Egar Giovanny Torres, al igual que “le quedó claro el porte ilegal de arma de fuego”, entendió el Tribunal que en ese sentido son contestes los testimonios de Inés Dioselina González, Carmen Rosa Reubiano, Luz Herminda González

Pérez y Edgar Giovanni Torres, los cuales, para el ad quem, dice, se encuentran corroborados con las versiones de Rafael Torres y Elkin Urrego, descartando a los demás con la frase de que “en realidad estos son los testigos presenciales”, no siendo “necesario” analizar los que no fueron objeto de valoración por el sentenciador.

Pasa, entonces, a referirse al testimonio de Dioselina González destacando que incurre en una contradicción al afirmar inicialmente que el procesado le pegó el primer tiro a Omar y después, ella se metió al baño, aunque vio cuando aquél cayó pero no pensó que estaba herido, apreciación en la que, dice, “fue muy juicioso el Tribunal cuando dijo que los que se habían encerrado en el baño no vieron” como ocurre también con Carmen Rosa Rubiano, Luz Hermina González Pérez.

Por su parte, enfatiza que el deponente Edgar Giovanni Torres no menciona de ninguna manera el nombre de MARTÍN ROBERTO CUERVO, Rafael Torres solamente dice que cree que fue el que disparó, pero tampoco lo asegura y Elkin Urrego dice que escuchó un disparo pero cuando vio que ROBERTO Le apuntó se tiró al suelo, y por esto a diferencia de lo sostenido por el sentenciador, es claro, insiste, que ninguno de estos testigos afirma que el procesado accionó su arma contra Omar Urrego para matarlo y por el contrario, otros, como Carmen Rosa Rubiano Egdar Givanny y Juan de la Rosa Ramírez, manifiestan que el acusado hizo los disparos al aire.

Concluye entonces, que lo demostrado es que es CUERVO LEMOS actuó imprudentemente al disparar al aire “seguramente en gesto de furia por estar convencido de que no le quisieron vender cerveza”, pues no tenía motivos para matar ni lesionar a nadie, solo que la situación terminó agravándose con las fatales consecuencias ante la reacción de Giovanni Torres, quien “se puso a disparar a la diablo”

Solicita, entonces, se case la sentencia cuestionada y se dicte una de reemplazo en la que se condene al procesado por delitos culposos en aquellos que se le imputaron a título de

dolo.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL:

Primer Cargo

1. Incompetencia del Funcionario Judicial

Para el Delegado “el supuesto de hecho procesal que sirve de fundamento a la censura es correcto, más no así la conclusión que de él deriva”, pues efectivamente de las pruebas recaudadas al inicio de la investigación no podía deducirse nada distinto a la comisión de un homicidio y otro en grado de tentativa, ya que nada indicaba la presencia del punible de porte ilegal de armas de uso privativo de la Fuerza Pública, máxime que ninguno de los testigos manifestó haberle observado al imputado arma de dotación o elemento que se adecuara a dicha descripción legal, lo cual se corrobora con el hecho de que en la resolución de apertura de la investigación proferida por la Fiscalía Regional solamente se hiciera alusión a los delitos de sangre y no al de la seguridad pública, como se aprecia “en las comunicaciones libradas con diversos destinatarios”, todo lo cual implicaba que el instructor advirtiera que no era el competente para conocer del asunto.

Sin embargo, explica que aunque en la resolución No. 189 incorrectamente fechada el 4 de diciembre se expresara que al concurso de delitos contra la vida y la integridad personal se “suma el de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas”, tal vez basado en la afirmación que CUERVO LEMOS hiciera en la indagatoria de que portaba una pistola 9 mm., al resolverse la situación jurídica de los implicados hubo de reconocerse la insuficiencia de elementos para una tal calificación, acudiendo a un principio de “favorabilidad” para considerar encuadrado típicamente un porte de armas de defensa personal, todo lo cual pone de presente que los Fiscales que actuaron al inicio

de la investigación desconocieron las reglas de competencia, apersonándose del asunto “quizás por el interés de sacar adelante la investigación por el delito cometido en contra de una persona que mantenía relaciones con el (sic.) un fiscal regional (escolta)”.

Insiste entonces en que el procedimiento llevado a cabo fue irregular y por ende, solicita a la Corte la expedición de copias penales y disciplinarias contra el Fiscal Regional que adelantó la investigación, no obstante que tal situación, dice, no vicia de nulidad la actuación, pues de conformidad con lo dispuesto en los artículos 250 de la Carta Política, 3 y 4 del Decreto 2699 de 1.991 y 119 y 120 del Código de Procedimiento Penal la Fiscalía cumple funciones de instrucción a nivel nacional, aunque la acusación debe formularse ante el Juez competente.

Además, si bien el procedimiento aplicable a los delitos de competencia de la entonces justicia regional contiene algunas limitaciones frente al ordinario, la actuación inicial llevada a cabo en este asunto no vulneró derechos de los procesados “y en la actuación no se hace evidente una restricción de la defensa” o la violación de garantías constitucionales porque se ajustó a las disposiciones legales vigentes, no debiendo, por tanto, prosperar esta censura.

2. En lo que tiene que ver con la causal segunda del artículo 304 del Código de Procedimiento penal aducida por el demandante por considerar que en este asunto se presentaron varias irregularidades que afectaron el debido proceso, esto es lo pertinente a las disposiciones aplicables a la justicia regional, para el Ministerio Público resulta suficiente a lo expuesto en precedencia, precisando que el hecho de que las diligencias adelantadas y la definición de la situación jurídica se hubieran cumplido sin la identificación de los funcionarios públicos que en ellas intervinieron solo obedece a la naturaleza de sus cargos en donde estos gozan de la reserva de su identidad, además se practicaron conforme a la legislación vigente y aplicable también a la denominada justicia ordinaria.

Sin embargo, al referirse a las diligencias practicadas por el Cuerpo Técnico de Investigaciones de Villeta, que según el demandante actuaron sin la dirección del Fiscal instructor, precisa que en el folio 90 del cuaderno original 2 se aprecia la resolución No. 189 del 4 de diciembre de 1.994, firmada a las 10:00 a.m., otorgándole competencia a la Unidad Nacional de la Policía Judicial para la práctica de varias pruebas presenta varias irregularidades, como que se ubica inmediatamente después de una constancia fechada el 13 de diciembre en la que se hace mención a la ausencia del Fiscal de esta ciudad durante los días 8, 9, 10 y 11 del mismo mes por encontrarse practicando varias pruebas, “lo que hace presumir que la resolución no fue dictada el cuatro de diciembre, sino el catorce del mismo mes”. Igualmente en dicho proveído se dispone cumplir el No. 187 del día 4, la cual aparece suscrita a las 18:30, lo cual es contradictorio.

Al respecto, destaca que se aprecia también una orden de trabajo fechada el 19 de diciembre para darle cumplimiento a la resolución citada y el 20 siguiente, se remitió al Fiscal Regional el informe sobre las labores realizadas al respecto y se conformó un cuaderno No. 1 con las diligencias practicadas por el Cuerpo Técnico de Villeta “sin autorización judicial” y otras recopiladas por la Unidad de Policía Judicial, lo que indica que “las pruebas inicialmente recogidas en el expediente, fueron ilegalmente allegadas a él, pues de lo transcrito se concluye que la resolución 189 no fue emitida el cuatro de diciembre, sino el catorce, a pesar de que se le quiso dar esa fecha y se trabajó con el convencimiento de que la resolución 189 efectivamente se emitió el cuatro de diciembre”.

No obstante lo anterior, sostiene el Ministerio Público que como en el informe rendido por el cuerpo Técnico de Villeta se afirma que ese mismo día fueron informados de los hechos y por esa razón practicaron el levantamiento del cadáver y adelantaron las primeras diligencias, éstas si son válidas porque solo ese mismo día, pero en la tarde se encontraron con el Fiscal Regional comisionado para esa investigación, aunque a partir de ese momento requerían de la autorización de aquel para recaudar los

testimonios del día 5, pero como no existió, todos estos “fueron ilegalmente allegados al proceso”.

En este sentido, dice, no es cierta la afirmación del Tribunal de que tales funcionarios no estaban enterados de que un Fiscal Regional de Santafé de Bogotá, D.C., ya había asumido el conocimiento del asunto, puesto que en el referido informe se da cuenta que se encontraron con él y a petición suya le entregaron las diligencias y menos se cumplen los requisitos de la supuesta flagrancia a que alude el ad quem para justificar tal proceder.

A pesar de todo lo anterior, concluyó el Delegado que “este problema” por no constituir causal de nulidad ha debido plantearse al amparo de la causal primera de casación en cuanto error de derecho por falso juicio de legalidad porque tiene que ver con la aducción de la prueba al proceso, lo que significa una inadecuada formulación del cargo y por lo tanto, no debe estimarse.

3. En lo pertinente a la nulidad por falta de defensa técnica durante la instrucción también el Procurador encuentra ciertas y admisibles todas las glosas del casacionista, toda vez que en la indagatoria consta que se le designó abogada de oficio únicamente para esa diligencia, limitandose “abusivamente” el alcance de las disposiciones procesales que indican que tal nombramiento no solo es para todo el proceso sino que es de obligatoria aceptación, pero además, no se solucionó a tiempo la incompatibilidad que surgió de las versiones de los procesados, quienes fueron contradictorios en cuanto a las motivaciones de MARTIN ROBERTO para disparar, como efectivamente lo entendió la abogada, porque “durante todo el transcurso del proceso actuó solamente a nombre del señor Alejandro Cuervo, quien le había otorgado poder para que lo representara”.

En idéntico sentido, enfatiza que durante el traslado para alegar de conclusión el propio MARTIN ROBERTO solicitó la designación de un defensor de oficio, puesto que ni siquiera

sabía si se le había resuelto su situación jurídica, y ante ello “tardíamente” la Fiscalía requirió a la defensora para que se notificara del cierre de la investigación, habiendo expresamente manifestado ésta que solo venía actuando en nombre de Alejandro, y sin embargo, el Fiscal le “solicitó” que actuara a nombre de aquél al tiempo que calificó de dilatorio su proceder, y solamente a partir de ese momento empezó a representarlo.

Hace una serie de consideraciones en torno a la importancia de la defensa durante la etapa instructiva a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1.991, afirmando que la crítica que le hiciera el Fiscal a dicha abogada aparece sin fundamento, máxime cuando tanto él como el Regional que conocieron del asunto debieron percatarse de la incompatibilidad que se presentaba y designarle un apoderado de oficio a MARTIN ROBERTO, ya que este derecho se satisface con su ejercicio efectivo, sin que pueda en este asunto sostenerse que la intervención de aquella profesional beneficiaba a los dos procesados, porque se desconocería que la responsabilidad penal es individual, máxime cuando la defensa en este caso únicamente se ocupó de demostrar la no participación de Alejandro Cuervo en los hechos, habiéndolo logrado, ya que finalmente resultó absuelto y aunque fue diligente desde el mismo momento en que actuó a nombre de MARTIN ROBERTO por orden del Fiscal, ello no subsana la nulidad generada.

Por lo tanto, para el Delegado, esta censura debe prosperar, y por ende solicita se case el fallo impugnado declarando la nulidad de lo actuado a partir de la providencia que definió la situación jurídica del procesado.

Segundo Cargo

Para el Procurador, este cargo también debe ser desestimado, pues “a pesar de la ilegalidad de las pruebas”, el Tribunal apreció en su justo contenido los testimonios que el demandante cita como tergiversados, puesto que todos ellos observaron que ROBERTO

CUERVO portaba el arma y además, que fue él la persona que disparó al interior de la casa, así en varios de ellos se sostenga que hubo algunos hechos al aire y aunque algunos de los testigos afirmaron haberse escondido en el baño, si percibieron las primeras detonaciones.

Finalmente, dice, que el libelista trata de demostrar a manera de alegato de instancia un homicidio y una tentativa de homicidio en grado de culposos, cuando no encuentran sustento probatorio en el expediente, ya que no solo no se distorsionaron las pruebas por parte del Tribunal, sino que la responsabilidad del procesado se acreditó con certeza.

CONSIDERACIONES:

1. Aunque al amparo de la causal tercera de casación, dice el libelista proponer una sola censura que se fundamenta en tres causales de nulidad, la Sala entiende que cada uno de ellos constituye un cargo independiente, no solo porque la presentación es autónoma, sino porque en cada uno de ellos expone diversos fundamentos y los efectos invalidantes, en cada caso los ubica en un momento procesal distinto, por manera que, por metodología y ser ello lo que corresponde, para su respuesta se respetará el orden escogido en la demanda por cuanto están en su orden, de acuerdo a la de la mayor cobertura del proceso.

2. Igualmente, y antes de iniciar el estudio de fondo de cada una de las nulidades propuestas, forzoso resulta precisar que todas ellas presentan los mismos desaciertos técnicos en la medida en que se limitan únicamente a exponer situaciones del proceso que para el libelista o bien desconocieron las bases fundamentales de la instrucción o el Juzgamiento o afectaron garantías fundamentales del procesado, sin que en ninguna de ellas atine a demostrar la veracidad de sus afirmaciones, pues al igual que lo hace el Delegado en el concepto al hallarle razón a todas las propuestas de esta naturaleza, se

queda, en unos eventos, en meras especulaciones teóricas y en otros en una equivocada comprensión de las contingencias presentadas en este asunto, por lo que las pretensiones terminan reduciéndose a meros planteamientos formales que no satisfacen los principios que conforme a lo previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, regentan las nulidades.

2. En efecto, en lo que corresponde a la nulidad propuesta por incompetencia de la Fiscalía Regional para haber iniciado la instrucción y conducirla hasta la resolución de la situación jurídica, proceder que para el Delegado resulta por completo ilegal al punto que solicita la expedición de copias penales y disciplinarias para dicho funcionario, carece por completo de fundamento, pues tanto el demandante como el Representante del Ministerio Público parten de un supuesto equivocado y es el sostener que seguramente por el hecho de que el procesado hubiese manifestado en la indagatoria que portaba una pistola 9 mm. se asumió la competencia por la entonces denominada justicia regional, lo cual es desde todo punto de vista desacertado, pues múltiple es la jurisprudencia de la Sala, aún desde esa época, en sostener que esa clase de armas no se ajustan a la clasificación de aquellas de uso privativo de la Fuerza Pública.

Y si bien es cierto que en la resolución No. 189 fechada del 4 de diciembre de 1.994 se hace mención a que a los delitos contra la vida y la integridad personal “se suma” uno contra la seguridad pública de tal naturaleza, eso no está significando que fuese este el motivo por el que inicialmente se considerara que la competencia radicaba en esta clase de Fiscales, pues según consta en la resolución No. 185 de esa misma fecha, lo fue en razón a la calidad de una de las personas que resultó lesionada en los hechos, esto es, Edgar Giovanni Torres Ibarra, quien para ese momento era miembro activo del Cuerpo Técnico de Investigaciones y le prestaba sus servicios como escolta a una Fiscalía Regional de esta ciudad, porque como se hizo constar esa fue la información que recibieron vía telefónica y en esas condiciones, en aquella época, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado para entonces por el 9.5 de

la Ley 81 de 1.993, a los Jueces Regionales les correspondía conocer de los delitos de homicidio agravado de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 324 del Código Penal, a su vez modificado por el 30 de la Ley 40 del mismo año y que se refiere a los casos en que dicho delito se cometa, entre otros, “en persona que sea o hubiere sido servidor público” y “por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones”.

De ahí, que, resulte inconsistente el argumento del casacionista en el sentido de que el funcionario instructor debió analizar desde un comienzo si se daban esas circunstancias para decidir si adelantaba o no la investigación, pues solo en esas condiciones sería el competente, si se tiene en cuenta que sus propias afirmaciones terminan quitándole la razón al afirmar que cuando se percataron de ello procedieron a resolver la situación jurídica, disponiendo el envío del proceso a las Fiscalías Seccionales a las que por ley les correspondía conocer del asunto, ya que precisamente, por este motivo no se advierte vicio alguno, puesto que, conocidos apenas los hechos no era posible determinar los fines de los mismos y si tenían relación o no con el cargo o las funciones desempeñadas por el miembro de Cuerpo Técnico, objetivo que se cumplió con las pruebas recaudadas previo a resolver la situación jurídica.

De ahí, que, efectivamente, y descartando tanto la tipicidad del porte de armas como de uso privativo de las Fuerzas Militares para ubicarlo en uno de defensa personal, como la posibilidad de que los hechos estuvieran relacionados con las actividades oficiales de Edgar Giovanni Torres, fue que el Fiscal Regional advirtió en la resolución que definió la situación jurídica de los hermanos CUERVO LEMOS, que:

“Es del caso aclarar que a pesar de que dentro de las presentes diligencias se ha aseverado que EDGAR GIOVANNU TORRES IBARRA labora como servidor público en el Cuerpo Técnico de Investigación, adscrito a la Fiscalía General de la Nación, no puede afirmarse que las heridas padecidas en su humanidad y que afectaron su integridad

personal, fueron ocasionadas por causa por causa o por motivo del ejercicio de su función, puesto que de las probanzas allegadas se desprende que se encontraba en una reunión familiar en la que se celebraba el grado de bachiller de uno de sus hermanos y no desempeñando sus funciones como escolta del C.T.I." (f. 102 c.2).

Lo anterior, entonces, tiene su razón de ser en el propio ordenamiento procesal, pues en este asunto, la prueba recaudada durante los escasos doce días en que instruyó la Fiscalía Regional - pues la situación jurídica se definió el 16 de diciembre de 1.994 -, se valoró en el momento que correspondía, ya que solo allí, una vez confrontado los diversos medios de prueba con la versión de los aprehendidos permitió al funcionario arribar a una conclusión sobre la correcta adecuación típica de los delitos investigados y conforme a ello decidió, como era lo procedente, remitir lo actuado al competente proponiéndole colisión administrativa negativa de competencia (f. 105), pero eso no significa que antes hubiese actuado sin capacidad o que su actuación carezca de validez.

En estas condiciones, nada distinto puede concluirse a la improsperidad del cargo, siendo del caso dejar en claro que por lo mismo no procede la expedición de copias que de manera contradictoria y confusa solicita el Ministerio Público, pues al tiempo que califica de completamente ilegal el proceder de la Fiscalía Regional, termina por reconocer que ello ninguna incidencia tiene frente al proceso por cuanto por disposición legal la Fiscalía tiene competencia en todo el territorio nacional y no se afectaron los derechos de los procesados.

3. Ahora bien, igualmente equivocado es el planteamiento del demandante en lo que tiene que ver con la presunta nulidad que apoya en el numeral segundo del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, aduciendo como irregularidades que afectaron seriamente el debido proceso, la ilegalidad de las pruebas practicadas por el Cuerpo Técnico de Villeta porque, a su modo de ver, dichos funcionarios no actuaron bajo la

dirección ni por orden del Fiscal instructor, que el procedimiento aplicado, esto es, el de la justicia regional no era el que correspondía, y que, como la decisión que resolvió la situación jurídica no está firmada por el Fiscal, entonces es inexistente y por ende no podía calificarse el sumario, pues por lo menos en lo que tiene que ver con los dos últimos motivos, es evidente que la causal de casación en que se ampara el censor es equivocada a sus propósitos, toda vez que ella apunta a señalar irregularidad en la producción y aducción de la prueba al proceso, y por lo mismo, no constituye error in procedendo sino in iudicando en la medida en que no se relaciona con el trámite mismo, sino con el juicio del fallador para otorgarle validez probatoria no obstante su ineptitud jurídica como medio de convicción, todo lo cual correspondería alegarse al amparo de la causal primera, cuerpo segundo por error de derecho por falso juicio de legalidad, desacierto que por sí solo torna en inestudiable la censura.

Del mismo modo, insulsa es la apreciación del demandante cuando afirma que como la resolución que definió la situación jurídica de los procesados es inexistente porque no contiene la firma del funcionario instructor, pues con ello desconoce que dada la naturaleza del Fiscal que tomó tal decisión, la propia ley es la que autoriza la reserva de su identidad, y por esa razón al expediente se agrega "copia autenticada en la que no aparecerán sus firmas", conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 158 del Código de procedimiento Penal y además, en este sentido debe tenerse en cuenta que la Resolución No. 08 del 23 de junio de 1.992 proferida por el Fiscal General de la Nación creó los Fiscales de sede y otros para actuar ante las Unidades de Policía Judicial, y la No. 12 de la misma fecha dispuso que los Fiscales que actuaren en la sede de las Regionales de Fiscalía guardaran la reserva de identidad en los asuntos de su competencia, la cual se encontraba vigente para la época en que se adelantó la presente investigación.

No obstante que lo anterior demuestra con suficiencia la improsperidad del cargo, para que no quede latente en este asunto la duda sobre la legalidad o no de las pruebas practicadas por el Cuerpo Técnico de Villeta, según lo sostiene equivocadamente el

Delegado en su concepto a partir de una distorsionada lectura del proceso, de donde concluye que la resolución No.189 de fecha 4 de diciembre de 1.994 pretendió amparar el ilegal proceder de tales funcionarios, se impone precisar lo siguiente:

a. Es claro, que conforme al contenido de la resolución No. 189 visible al folio 90 del cuaderno original No. 2 no fue proferida el 4 de diciembre, sino muy probablemente el día 14, no solo porque no es la primera ni con ella se inició la instrucción, sino porque por su medio el Fiscal Delegado ante el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía, decidió remitir las diligencias a uno radicado en Satánfé de Bogotá en la Unidad de Terrorismo para que resolviera la situación jurídica de los encartados, lo que significa que no hay ninguna suspicacia en el equívoco de la fecha, pues evidentemente, no corresponde a la allí consignada, sino a una posterior, precisamente porque fue la última actuación de tal funcionario, máxime si se tiene en cuenta que los hermanos CUERVO LEMOS fueron indagados el 7 de diciembre, y que en tal decisión se advierte que se encuentra pendiente resolverles su situación jurídica, ordenando entre otras, solicitar el resultado de la necropsia de Omar Urrego, y los resultados del reconocimiento médico al lesionado Juan de La Rosa Urrego solicitado “mediante nuestro oficio calendado el 5 de los corrientes”, que se cumpla lo dispuesto en la resolución No. 187 del 4 de diciembre; e igualmente manda requerir al Hospital de Kennedy la entrega del proyectil recuperado durante la operación al procesado MARTIN ROBERTO CUERVO LEMOS, quien para la fecha del reconocimiento médico, esto es el 6 de diciembre, ya había sido intervenido.

b. Desde ningún punto de vista es cierta la afirmación del Delegado cuando sostiene que la comisión que presuntamente cumplió el Cuerpo Técnico de Villeta por virtud de la Resolución No. 189 de la Fiscalía se concrete a los testimonios recaudados el 5 de diciembre de 1.994 y menos que tales pruebas se hayan aducido ilegalmente al proceso, pues en ese sentido no tiene en cuenta que a pesar del equívoco en la fecha del citado proveído la secuencia procesal subsiguiente de manera clara demuestra que lo allí ordenado fue cumplido con posterioridad al 19 de diciembre de ese mismo año, día en que

el Fiscal Regional Delegado ante el Cuerpo Técnico de Investigaciones le remitiera a la Jefe Nacional de Policía Judicial de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico, la orden de trabajo No. 016 con “un (1) cuaderno constante de 96 folios útiles ... con el fin de que se sirva auxiliar la práctica de las diligencias dispuestas en nuestra resolución número 189 del cuatro (4) de los corrientes ... Le ruego indicar a los investigadores que sean designados para el auxilio de la comisión, que se mantengan en contacto con el suscrito para coordinar con ellos la manera y oportunidad en que deberán practicarse las diligencias ordenadas” (f. 1 c.2).

Dicho diligenciamiento junto con el oficio remisorio ingresó al Despacho de la Jefatura de la Unidad de Policía Judicial, el 27 de diciembre de 1.994, según constancia secretarial que obra al folio 49 del cuaderno número uno, el cual se empezó a cumplir con oficios del 28 del mismo mes y año, dirigidos al Departamento de Control de Armas del Comando General de las Fuerzas Militares (f. 50), a la Sección de Archivo e Identificación de la SIJIN, al DAS, CISAD, al Penal del Circuito de Alban, a los Jueces Promiscuo Municipal y Penal del Circuito de Sasaima y Villeta en lo que tiene que ver con los antecedentes de los procesados; pues en la misma oportunidad se ofició al Hospital de Kennedy requiriendo el proyectil extraído a MARTIN ROBERTO CUERVO. Y ese mismo día se le ofició al Fiscal Regional comitente informándole que “en atención a su orden de Trabajo No. 016 FR DNCTI, comedidamente le comunico, que el doctor JESUS DARIO ULDARICO TORRES Profesional Universitario Judicial II, de esta Unidad y en ejercicio de sus funciones ha sido comisionado para colaborar con su Despacho en llevar a cabo diligencias propias del cargo, las cuales deberán actuar dentro de la Investigación de la referencia” (f. 30 c.1)

Efectivamente, fue dicho funcionario quien se desplazó a la ciudad de Villeta y durante los días 11, 12 y 13 de enero de 1.995 recaudó los testimonios de María Margarita Arenas, Dolly Moreno Ramírez, Oswaldo Arenas, Juan Pablo Cuervo, Luis Alfonso Martinez, Chereses Moreno, Nilsa Yolanda Colorado, Antonio Pinilla y Aldo Ignacio Tores (fls. 73 a

88 c.1), todos ellos ordenados en el referido proveído. Y aunque también le correspondía escuchar en declaración a Luis Olegario Martínez, Omaira Torres y Juan de la Rosa Ramírez, especificó en el informe UNPJ 0020-95 del 18 de enero de 1.995, rendido ante la Jefe de la Unidad Nacional de Policía Judicial que tales personas no atendieron la citación enviada con esa finalidad.

c. Siendo ello así, es evidente que es superlativa la confusión que hace el Procurador frente al proceso, pues unas son las pruebas que practicó el Coordinador del Cuerpo Técnico de Villeta inmediatamente después de conocidos los hechos por parte de la Policía del lugar y otras muy distintas las practicadas en cumplimiento de la resolución 189.

Ahora bien, como a partir de la mezcla de diligencias y de fechas que hace el Ministerio Público es que concluye que las primeras pruebas recaudadas por dicho órgano investigativo son ilegales porque para entonces ya un Fiscal Regional había asumido el conocimiento de la instrucción, debe en primer lugar aclararse que el hecho de que dos autoridades inicien simultáneamente el conocimiento del asunto, no vicia la actuación de ninguna de ellas, siempre y cuando una vez enterados de esa situación el primero que abrió la investigación, tome su dirección.

En este sentido se impone recordar que tanto la Fiscalía Regional de esta ciudad como el Cuerpo Técnico de Villeta tuvieron conocimiento casi simultáneo de los hechos objeto de este proceso, siendo en estricto rigor los segundos quienes conocieron en primer lugar, puesto que el levantamiento del cadáver de Omar Urrego se llevó a cabo a las 4:00 a.m. del 4 de diciembre de 1.994, mientras que la información que recibieron los primeros lo fue hasta las 10:30 a.m. del mismo día, y por eso a las 11:00 se profirió la resolución No. 185 ordenando el desplazamiento hasta el municipio de Alban a efectos de practicar una inspección al lugar de los hechos, diligencia que según el acta de la fecha se llevó a cabo a las 11:10, lo que indica que existe un lapsus o cuando menos una

inconsistencia en ese sentido pues es imposible que de inmediato el Fiscal se desplazara a dicho municipio para estar a los 10 minutos practicando tal prueba.

Por el contrario, a pesar de que varias de las actuaciones de la Fiscalía Regional tienen fecha del 4 de diciembre, todo indica que se evacuaron el 5, y que fue ese día que tuvieron el encuentro con los miembros del Cuerpo Técnico de Villeta e hicieron entrega de las diligencias adelantadas hasta ese momento. Obsérvese cómo en el informe No. 205 del 4 de diciembre de 1.994, al que se refiere el Procurador para poner en evidencia la ilegalidad de las pruebas practicadas por este organismo, si bien en el numeral sexto de dicho documento se lee que llevando a cabo esas labores de búsqueda coincidieron con el Fiscal Delegado ante el Cuerpo Técnico, a cuya solicitud le hicieron entrega de las diligencias y que además que “en horas de la tarde del día 04 de Diciembre del año en curso se aprehendieron a los señores ALEJANDRO CUERVO y PEDRO GOMEZ”, es del caso destacar que a éste último lo escuchó en declaración el Fiscal Regional a las 6:30 del 5 de diciembre, lo que significa que lo que ocurrió el día cuatro, fue únicamente la captura y no el mencionado encuentro con el Fiscal instructor, como erradamente lo entiende el Delegado. Además, no puede perderse de vista que en el numeral séptimo del mismo informe se dice que el “05 de Diciembre se receptionaron” las declaraciones de Nohemy Moreno, Nancy Ortiz, Inés Dioselina Gómez, Carmen Rosa Rubiano, Luz Herminda González, José Guillermo Gaitán, Lyda Angélica Torres y Elkin Urrego, las cuales según las actas correspondientes se evacuaron en su integridad en horas de la mañana.

Así las cosas, lo único que puede colegirse en este asunto es que a pesar de las equivocadas fechas de las resoluciones de la Fiscalía Regional y del Informe No. 205 del Cuerpo Técnico de Villeta, no es posible predicar la ilegalidad de la actuación de este último órgano, porque cumpliendo con sus funciones de Policía Judicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310.2 del Código de Procedimiento Penal y siendo la primera autoridad que cronológicamente conoció de los hechos, llevó a cabo las diligencias

indispensables tales como el levantamiento del cadáver y algunos testimonios de quienes presenciaron los hechos, haciéndole entrega de lo actuado al Fiscal que dirigía la instrucción, una vez conocida su existencia.

4. Del mismo modo es desacertada y meramente formal la pretensión de nulidad por falta de defensa técnica durante la etapa investigativa, pues tanto el demandante como el Delegado al solicitar la prosperidad de esta censura, únicamente se limitan a sostener que como la defensora de confianza de Alejandro Cuervo Lemos fue la misma designada de oficio para que representara a MARTIN ROBERTO y únicamente para la indagatoria, se quebrantó ese derecho, imponiéndose la invalidación de lo actuado, para el defensor desde tal diligencia y para el Delegado desde la resolución que definió la situación jurídica de los encartados.

Sin embargo, ni censor ni Procurador, atinan a señalar cuáles, de acuerdo al desarrollo de la actuación cuáles fueron las pruebas o actuaciones que debieron surtirse o que no se hicieron por causa atribuible a la presunta falta de defensa, ni mucho menos su incidencia en el fallo, pues a la postre sus argumentos terminan rechazándose a si mismos por contradictorios.

En efecto, parten del supuesto de que como la designación de la defensora oficiosa, según se hizo constar en el acta respectiva, únicamente tenía vigencia para la indagatoria, esta no intervino durante las actuaciones posteriores a nombre de MARTIN ROBERTO, precisamente acatando el alcance de su designación, no obstante que al tiempo avalan la actitud de dicha profesional, porque, como ella misma lo manifestó previo al calificadorio, no podía encargarse de los intereses de los procesados, por existir situación de incompatibilidad de la defensa debido a las contradicciones que presentan sus versiones.

En tales condiciones, debe precisarse que no es acertada la tesis sobre la incompatibilidad

de la defensa dadas las posturas de los procesados, habida cuenta que del contenido integral de las actas de sus respectivas indagatorias lo único que se aprecia es una contradicción en cuanto al presunto empujón de que fuera objeto Alejandro Cuervo, toda vez que MARTIN ROBERTO dice que disparó al aire cuando vio que a su hermano lo sacaban como a empujones, y éste, por el contrario, dice que salió por su propia cuenta, pero como le manifestara a aquél que no había cerveza, replicó que seguramente los dueños no quisieron e hizo unos disparos al aire, siendo coincidentes en el sentido de que después de este episodio por lo menos dos personas de las que se encontraban en el interior de la casa empezaron a disparar contra ellos y fue ante tal situación que, mientras corrían, MARTIN volteó y apuntó hacia ellos.

Con este supuesto de hecho que ningún interés opuesto pone de presente, debe tenerse en cuenta que cuando el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal, prevé que “El defensor no podrá representar a dos o más sindicatos cuando entre ellos, existieren, o sobrevinieren, intereses contrarios o incompatibles”, no está haciendo alusión a meras inconsistencias sobre la versión que cada procesado haga sobre los hechos, o sobre la forma como cada uno de ellos narra la secuencia de los mismos, sino a verdaderas posturas defensivas que impliquen soluciones contrarias frente a sus expositores, caso en el cual, no es posible al abogado salvaguardar una de ellas sin perjudicar al otro.

En este sentido, bien vale la pena recordar, lo sostenido sobre el tema en sentencia del 10 de noviembre de 1.987:

“Es apenas lógico que si la responsabilidad penal es individual, y cada procesado responde por su proceder, su defensa deba estar encomendada a una sola persona, sin que esto quiera decir que no pueda hacerlo también un solo apoderado cuando son varios los procesados. En cuya hipótesis no es pertinente si entre estos existen intereses contrapuestos, porque en este caso es imposible una adecuada defensa, pues, cómo

compaginar situaciones adversas e incompatibles?. Por ello cuando falta el derecho de defensa se sanciona con nulidad de carácter constitucional y, además, la ley penal tipifica como conducta delictuosa la infidelidad profesional del abogado.

Suele ocurrir que en aquellos juicios donde son varios los inculcados y por consiguiente se expresan diferentes explicaciones, surgen elementales discrepancias como consecuencia de las distintas posiciones asumidas por los inculcados. Discrepancias que se hacen más notorias cuando las exposiciones suministradas corresponden a la realidad histórica de los hechos con la supuesta 'verdad' adicionada por los sindicatos.

Discordancias que, en todo caso no adquieren el carácter de inconciliables, que es en esencia la prohibición legal que impide el apoderado defender a distintas personas en un mismo proceso, cuando entre ellas median intereses opuestos. De donde la conclusión tiene que ser concluyente, ostensible, de manera que haga irrealizable la defensa de los acusados, porque los beneficios buscados o deseados a través de esa gestión resulta nugatoria por parte del apoderado". (M.P., Dr. Guillermo Dávila Muñoz).

Asimismo, y en lo que tiene que ver con la designación oficiosa de un abogado exclusivamente para la indagatoria, importa recordar como en algún tiempo se hizo cuando se convirtió en malsana costumbre de los despachos judiciales, que una tal dilatación no releva al profesional del cumplimiento de su función, pues es la propia la ley la que impone que su aceptación es obligatoria, salvo causa justificada, y se entiende para todo el proceso (artículos 139 y 147 del Código de Procedimiento Penal), como en efecto se lo advirtió en este asunto el Fiscal Seccional a la doctora Alba Liz Ballesteros en la resolución del 27 de marzo de 1.995 al responder el memorial que en la misma fecha presentara aquella manifestando que fue nombrada únicamente para la indagatoria y que existía incompatibilidad de intereses defensivos entre los procesados.

Además, en este asunto, olvidaron demandante y Procurador, que una vez rendida la indagatoria por los procesados, las únicas pruebas que con posterioridad a ello y antes del cierre de la investigación se decretaron fueron las ordenadas en la ya cuestionada en precedencia, resolución No. 189, respecto de la cual, la doctora Alba Liz Ballesteros intervino interrogando algunos testigos sobre la ubicación de las víctimas, si los hermanos Cuervo Lemos se encontraban acompañados por un tercero y si los vieron portar armas, en diligencias que fueron practicadas por un funcionario del Cuerpo Técnico de Investigaciones comisionado para tal efecto.

Además, no es cierto, como lo presenta el Ministerio Público que como durante el traslado para alegar de conclusión MARTIN ROBERTO presentó escritos afirmando que no tenía defensor y que no sabía siquiera si le habían definido la situación jurídica que la Fiscalía se vio precisada "tardíamente" a requerir a la abogada para que se notificara del cierre del ciclo instructivo, puesto que, de un lado se tiene que como tal decisión se profirió el 27 de febrero de 1.995, mediante telegrama No. 55097, en cuya copia aparece una firma de recibido fechada el primero de marzo del mismo año, se le informó a la citada defensora tal determinación, todo lo cual indica que se hizo dentro del término de ejecutoria, lapso éste en el que fueron allegados al proceso los memoriales suscritos por el procesado en los que interponía recurso de reposición afirmando que no podía clausurarse la instrucción por no habersele definido la situación jurídica, entre cuyos argumentos expuso igualmente que carecía de quien lo representara jurídicamente.

De otra parte, el 24 de marzo de ese año se inició a correr el traslado para alegar, y fue dentro de ese lapso que la abogada manifiesta que renuncia al "al poder que oficiosamente se me diera en la injurada", al tiempo que solicita copias, petición, que como ya se dijo fue negada en lo que tiene que ver con el primer aspecto.

En este sentido resulta contradictorio el fundamento de la presunta nulidad, en la

medida en que si se parte de la base de la incompatibilidad existente en la defensa, entonces nada posibilitaría su saneamiento aún admitiendo la juiciosa actividad de la defensora a partir del traslado previo al calificadorio, esto es, el argumento entonces debió apuntar a una carencia de defensa por todo el proceso, pero por el contrario, tal situación, pone de presente lo infundado de tal planteamiento, puesto que si hubiera sido así, entonces cómo se explica que en las intervenciones de la abogada tanto en los alegatos de conclusión, en la solicitud de pruebas durante el juicio, en la audiencia -donde pudo interrogar a los testigos que ella misma solicitó- y en la apelación del fallo de primera instancia pudiese exponer extensos argumentos y una minuciosa valoración de la prueba que perfectamente distingue, sin confundir la situación de MARTIN ROBERTO y la de Alejandro, debiéndose dejar en claro que el hecho de que este último resultara absuelto en modo alguno significa, como lo pretende hacer ver el Ministerio Público, que dicha togada únicamente se hubiera ocupado por demostrar la ajenidad suya sin defender al aquí recurrente, puesto que para responder a tal imprecisión, más que suficiente resulta observar el contenido de dichos memoriales en los que claramente se advierte que a partir de un juicioso estudio de los diversos medios de convicción plantea de un lado, que dadas las características de los orificios de entrada que presentaba Omar Urrego no pudo ser este procesado el que lesionó porque se encontraba a una distancia mayor desde donde pudieron hacerse tales impactos, cuestionando también la pulcritud o el cuidado con el que se recogieron las vainillas, proyectiles y residuos de plomo de las armas presuntamente disparadas, aunque finalmente y valiéndose de las propias afirmaciones de éste y las de algunos testigos que también sostuvieron que inicialmente hizo unos disparos al aire, considera que los punibles han debido calificarse en la modalidad de culposos.

De ninguna manera, entonces, este cargo prospera.

5. El segundo reproche, que propone de manera subsidiaria el casacionista al amparo de la causal primera de casación, aduciendo una violación indirecta del artículo 323 del

Código Penal, debido a que distorsionó los testimonios de Inés Dioselina González, Carmen Rosa Rubiano, Luz Herminda González Pérez y Edgar Giovanni Torres, no pasa de la mera enunciación, pues a la hora de demostrar la veracidad de sus afirmaciones el argumento del libelista se reduce a una simple exposición personal de los hechos y el mérito que debería contener cada una de tales pruebas con el inane propósito de que se prefieran a las valoraciones del Tribunal, pues parte de la inocente pero desatinada base de que, como éstos no mencionan expresamente el nombre de MARTIN ROBERTO ni sostienen que disparó con la intención de matar, no es posible considerar que los delitos fueron cometidos a título de dolo, desconociendo por completo que el sistema de la sana crítica por el cual se rige nuestro sistema procesal, precisamente le confiere al fallador la libertad recuperar la verdad real de los hechos a partir de lo que a través de los medios de prueba se acredite, pudiendo hacer deducciones lógicas, que respeten los principios de la ciencia y la experiencia común.

Además, una postura argumental como la del libelista, le imponía demostrar que a dichos testigos se les hizo afirmar lo que no aparece objetivamente contenido en las actas de sus respectivas declaraciones, por manera que, de haberse valorado en justa dimensión las conclusiones del fallador serían diversas, proceso lógico que a su turno exigía demostrar la incidencia de tal yerro en la sentencia desquiciando todo su supuesto fáctico a efectos de hacer ver que apreciada la prueba correctamente en conjunto la decisión que se imponía es la que la que postula como pretensión casacional.

En estas condiciones, es claro que ningún yerro con capacidad de quebrar el fallo puso de presente el libelista, pues, como se dijo, de manera escueta pretende que se prefiera su muy sui generis forma de apreciar las pruebas y se desconozca la del Tribunal, cuando es lo cierto que en tales condiciones es la que debe prevalecer debido a que la doble presunción de acierto y legalidad, no fue desvirtuada.

No prospera el cargo.

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,

RESUELVE:

1. No casar el fallo impugnado.

2. No acceder a la solicitud de expedición de copias contra los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, elevada por el Procurador Delegado.

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

No hay firma

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

No hay firma

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON NILSON PINILLA PINILLA

Teresa Ruiz Nuñez

Secretaria

