

Proceso No 12832

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Aprobado acta No. 095

Bogotá, D. C., veintidós de agosto del año dos mil dos.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado ALFONSO RODRIGUEZ CASTIBLANCO contra la sentencia dictada por el Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá mediante la cual lo condenó por el delito de homicidio.

Hechos y actuación procesal.-

1.- Aquellos, ocurridos en Bogotá, fueron declarados por el juzgador de la manera siguiente:

“El once (11) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), a eso de las once y cuarto (11:15) de la noche, transitaban por la calle 69 con carrera 90 de esta ciudad, Andrés Galindo González y Edilberto Cabrera Caipa, al parecer integrantes de una pandilla juvenil denominada ‘Menudo’. En sentido contrario también transitaba Alfonso Rodríguez Castiblanco con quien ya habían tenido aquellos algunas hostilidades, porque le gustaba echarles bala y cuando se encontraron los inquirió qué querían con él y al tiempo sacó un arma de fuego y la disparó causándole la muerte de

inmediato a Cabrera Caipa”.

2.- Iniciada la investigación por el Juzgado cuarenta y uno de instrucción criminal (fl. 49), la Fiscalía dieciséis seccional, a donde pasaron las diligencias por competencia, previo emplazamiento para rendir indagatoria vinculó mediante declaratoria de persona ausente a ALFONSO RODRIGUEZ CASTIBLANCO (fls. 73 y ss.) designándole como defensor de oficio a un profesional del derecho a quien le libró la comunicación respectiva (fl. 75), y le definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 78 y ss.), para cuya notificación también envió telegrama al defensor designado de oficio (fl. 84).

Posteriormente, previa clausura del ciclo instructivo (fl. 90), de cuya determinación comunicó telegráficamente al defensor de oficio (fl. 91), el dos de junio de mil novecientos noventa y cinco calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución de acusación en contra de ALFONSO RODRIGUEZ CASTIBLANCO por el delito de homicidio (fls. 93 y ss.), la cual, habiendo sido notificada personalmente al defensor de oficio, adquirió ejecutoria en esa instancia el 13 de agosto siguiente (fl. 96 vto.) al no haber sido objeto de impugnación.

3.- El trámite del juicio fue asumido por el Juzgado veintisiete penal del circuito (fl. 102 y ss.) en cuyo desarrollo se produjo la captura del procesado (fl. 110), quien confirió poder a un profesional del derecho (fl. 115), en ejercicio del cual demandó la nulidad de lo actuado por considerar violado el derecho de defensa durante parte de la actuación, y solicitó la práctica de algunas pruebas. Estas pretensiones fueron resueltas en primera (fl. 123) y segunda instancia (fl. 3 y ss. cno. Trib.) en las que se negó la nulidad deprecada y el recaudo de algunos de los medios de convicción pretendidos.

Previo realización de la vista pública (fls. 163 y ss.) el diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis se puso fin a la instancia condenando al procesado ALFONSO

RODRIGUEZ CASTIBLANCO a la pena principal de diez (10) años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual, y el pago de los perjuicios causados con la infracción, a consecuencia de declararlo penalmente responsable del delito imputado en el pliego enjuiciatorio (fls. 230 y ss.), mediante sentencia que el doce de septiembre de mil novecientos noventa y seis el Tribunal superior, en decisión mayoritaria, confirmó íntegramente (fls. 29 ss. cno. Trib.), al conocer en segunda instancia de la apelación promovida por el procesado y su defensor.

5.- Contra el fallo de segundo grado, en oportunidad, estos mismos sujetos procesales interpusieron recurso extraordinario de casación (fls. 42 vto. y 45), el cual fue concedido por el ad quem (fls. 50 y ss.) y dentro del término legal el defensor presentó el correspondiente escrito sustentatorio (fls. 58 y ss. cno. Trib.) que se declaró ajustado a las prescripciones legales por la Sala (fl. 3 cno. Corte).

6.- Por auto del diez de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, la Corte resolvió suspender por 'grave enfermedad', la privación de la libertad del procesado ALFONSO RODRIGUEZ CASTIBLANCO (fls. 141 y ss. cno. Corte).

La demanda.-

Con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo segundo, dos cargos postula el demandante contra el fallo del Tribunal, en los que denuncia violación indirecta de normas de derecho sustancial, a consecuencia de incurrir en errores de apreciación probatoria.

PRIMER CARGO (Error de hecho por falso juicio de identidad).

Manifiesta el casacionista que la sentencia da un alcance incriminatorio que no posee a

la declaración rendida por el joven Andrés Galindo González, “al incurrir el fallador en errores graves de valoración y apreciación de la misma, al desconocer y tratar de desvirtuar y justificar apriorísticamente y sin fundamento las notorias falencias de que adolece”.

Resalta que no obstante los esfuerzos probatorios realizados por el juzgador de primera instancia, no fue posible lograr la comparecencia durante la fase del juicio del testigo Andrés Galindo González, ni el padre del interfecto José Edilberto Cabrera, “privándose así a la investigación de elementos de juicio vitales para el esclarecimiento de los hechos, y, de contera, a mi defendido de ejercer el derecho de contradicción”, lo que fue desconocido por el Tribunal.

La parcialidad del tribunal en la interpretación de la prueba, resulta evidente cuando, de una parte, sostiene que el testimonio rendido a pocas horas del hecho adquiere especial valor por su fidelidad con los acontecimientos percibidos, pero, por otro lado, halla explicación a las divergencias que tanto el procesado como su defensor destacaron en la sustentación del recurso.

Una de las críticas formuladas por la defensa al testimonio de Galindo González, hace referencia al supuesto bigote con que describe al homicida, cuando en la actuación se demostró que el procesado nunca lo ha usado. Sin embargo, el Tribunal justifica la inconsistencia aseverando como “probable y nada descartable, que GALINDO GONZALEZ habiendo reconocido al autor del homicidio, por contraste le hubiera atribuido a éste, el bigote poco poblado del occiso”.

La defensa no encuentra explicación para que el testigo atribuya al homicida el bigote del occiso, pues ello carece de justificación psicológica alguna, máxime si ambas personas (víctima y victimario), supuestamente eran ampliamente conocidas por el testigo. Se pregunta, además, “Será que tales ‘contrastes’ se justifican, no obstante la inmediatez del testimonio y la fidelidad que el juzgador recurrido le da al mismo por la

reciente percepción de los hechos?”.

Pese a que la defensa adujo en la sustentación de la apelación, que era físicamente imposible que el mencionado testigo hubiera podido percibir, de noche, con precario alumbrado público y a una distancia de dos cuadras, cuando supuestamente el procesado entregó el arma al sujeto que lo acompañaba, el Tribunal consideró que el declarante “bien pudo asociar este hecho con el de la entrega del arma por el autor del ilícito a su acompañante”, respecto de lo cual se pregunta el actor: “¿Entonces el testigo, si o no, vio la entrega del arma? ¿Es válida la tacha del testimonio hecha por la defensa en este sentido? ¿Por qué razón el Honorable Tribunal considera que a GALINDO le pareció ver la entrega del arma, si éste, enfáticamente asevera que vio? ¿Por qué el Honorable Tribunal cambia el texto y el sentido de lo afirmado tajantemente por el testigo?”.

Otro de los reparos que en el recurso de apelación la defensa hizo del aludido testimonio, fue el relacionado con la edad del homicida, pues mientras el declarante afirmó que tenía aproximadamente entre 36 y 40 años, lo cual por si mismo desvirtúa que el procesado hubiere sido el autor del punible ya que para la fecha de los hechos contaba con 56 años de edad, ello indica que el homicida tiene una diferencia de edad de veinte años con el procesado. “En resumen, si a mi defendido ‘por asociación’ le debemos quitar veinte años de edad; si ‘por contraste’ le debemos poner el bigote del occiso; y como aditamento especial le debemos poner una cachucha rosada (prenda que nunca ha usado en su vida); obligatorio es concluir que el homicida visto por el joven ANDRES GALINDO GONZALEZ debió tratarse de una persona totalmente diferente al aquí procesado”.

Al apelar el fallo de primera instancia, dice, la defensa puso de presente la contradicción existente entre el testimonio rendido por José Edilberto Cabrera, según el

cual el joven Andrés Galindo le dijo a Cecilia Cabrera que el homicida huyó en un taxi, y lo declarado por el propio Andrés ante el juzgado de instrucción donde aseveró que el autor del hecho huyó para refugiarse en su residencia. El Tribunal sin embargo, creó dos huidas en momentos diferentes sin tomar en cuenta que cuando el testigo declaró ante el juzgado habían transcurrido dos horas del insuceso y no mencionó para nada lo del taxi, de manera que, a criterio del libelista “en justicia, nos encontramos ante otra duda razonable que no es posible eliminar y que deberá absolverse en favor del sentenciado”.

Resume la censura manifestando que ella “se concreta a que la Honorable Sala Dual del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, al proferir la sentencia condenatoria recurrida se basó en una errónea y parcializada labor de apreciación y valoración de la probanza de cargo recaudada; imprimiéndole el carácter de plena prueba demostrativa de la responsabilidad a un testimonio a todas luces contradictorio, sospechoso e inconsistente; a más de que el procesado nunca tuvo la posibilidad procesal de desarrollar contra éste el principio de contradicción”.

Concluye entonces sosteniendo que el error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación del testimonio del joven Andrés Galindo González, determinó la violación indirecta de normas de derecho sustancial y de manera concreta el desconocimiento del principio in dubio pro reo establecido en el artículo 445 del Código de procedimiento penal por el que se rigió el asunto, o la transgresión al artículo 247 ejusdem, “pues se le está dando un falso valor de plena prueba, capaz de producir infundada certeza sobre la responsabilidad del procesado, a una versión fantasiosa que adolece de gravísimas contradicciones e inconsistencias y que es producto de una evidente animadversión demostrada por el testimoniante hacia su acriminado. En fin, se está dando por probado lo que legalmente es imposible considerar como demostrado con la prueba tantas veces tachada de espúrea”.

SEGUNDO CARGO (Violación indirecta de la ley).

El casacionista denuncia que el juzgador incurrió en error grave de hecho “al desconocerle todo valor probatorio a los numerosos testimonios que corroboran las aserciones del procesado y que tienden a demostrar su inocencia; para lo cual, en la sentencia recurrida, inclusive, se crean falsos indicios y se expone suposiciones y conclusiones personales carentes del más mínimo respaldo probatorio”.

El Tribunal inicia sus consideraciones afirmando que el procesado, a través de su apoderado, de tiempo atrás conoció las pruebas y decisiones judiciales proferidas en su contra, para diseñar su estrategia defensiva con la citación de testigos que corroboren sus asertos. No obstante, a criterio de la defensa, no toma en cuenta que si bien es cierto el primer defensor solicitó copia de la actuación, al parecer no las retiró pues no existe constancia de su expedición y entrega. Omite considerar, además, que para la indagatoria estuvo asistido por un nuevo defensor que desconocía totalmente la actuación procesal y por ende le era imposible crear los ‘artificios’ defensivos a que se alude en el fallo.

El sentenciador pone en tela de juicio la posibilidad de que para la fecha de su indagatoria el procesado pudiera recordar que estuvo trabajando en su finca en el mes de octubre de seis años atrás. Ello, a criterio del demandante, no tiene nada de sorprendente si se considera que era costumbre del procesado viajar al municipio de El Carmen de Carupa todos los años a comienzos del mes de octubre, pues en esa época se recoge la cosecha de trigo de su finca, como igual sucede con los testigos que confirman dicho aserto sin que fuera necesario que estuvieran aleccionados, como sin fundamento se afirma en el fallo, pues nadie podría negar que el señor ALFONSO RODRIGUEZ CASTIBLANCO efectivamente es propietario de una parcela en ese municipio si se toma

en cuenta que en la actuación obra copia de la escritura pública.

El Tribunal cuestiona el testimonio de la señora Ana Bertilda Rodríguez Alarcón tan sólo por haber afirmado que en El Carmen de Carupa no se ha superado la forma artesanal de recolectar el trigo, con el argumento consistente en que el Valle de Ubaté es una de las regiones más prósperas en agricultura y ganadería. A criterio del recurrente, el juzgador olvidó que la finca de que se está hablando es una pequeña parcela que no amerita la recolección por medio de maquinaria sofisticada. No indicó, además, el fundamento que tuvo el sentenciador para hacer dichas apreciaciones.

Las coincidencias entre lo afirmado por el procesado y los testigos que lo respaldan, para el Juzgador resultan 'sospechosas y sintomáticas' de que fueron previamente aleccionados, y que por ello carecen de mérito probatorio. Esto, en opinión de la defensa, constituye una manera muy particular de valorar la prueba, pues no mide con el mismo rasero la prueba de cargo y la de descargo. Mientras el tribunal justifica las contradicciones e inconsistencias del testigo Galindo González, y las toma como indicadores de veracidad, al apreciar las pruebas de descargo, cuando observa la más mínima diferencia la toma como signo inequívoco de artificio o coartada. Esto pone en evidencia la parcialidad del juzgador y desdice de los principios de equidad y probidad orientadores de la actividad judicial.

El tribunal para nada toma en cuenta la afirmación de la defensa en el sentido de que el muro derrumbado, que supuestamente generó la enemistad entre el testigo y su inculcado, nunca existió. Tampoco admite que la personalidad y la carencia absoluta de antecedentes del procesado permiten inferir su buena conducta anterior.

En opinión del casacionista la apreciación y valoración errónea de las pruebas determinantes de la violación del principio de in dubio pro reo, resulta evidente al punto que la sentencia de segunda instancia debió ser proferida por una Sala Dual pues fue

derrotado el proyecto original en el que se planteaba la revocatoria de la decisión de condena dictada por el a quo.

Con fundamento en lo anterior solicita de la Corte casar la sentencia impugnada, revocar el fallo condenatorio decretado en contra del procesado y disponer su libertad.

Concepto del Agente del Ministerio Público.-

El Procurador tercero delegado en lo penal frente a los cargos contenidos en la demanda, de manera general comienza por considerar que a pesar de ser adecuadamente invocados, no fueron demostrados dentro de los parámetros de la causal aducida, porque en lugar de establecer la divergencia entre el contenido de la prueba y el sentido que a ella dio el sentenciador, lo que hizo el recurrente fue poner de presente una inconformidad con su particular manera de deducir consecuencias probatorias a los diversos medios de convicción apreciados en conjunto, lo que en sí mismo no revela la configuración de un error de hecho derivado de un falso juicio de identidad.

A continuación, respecto de las censuras que el libelista postula, conceptúa de la manera que sigue:

PRIMER CARGO.

Sostiene que si bien el demandante presenta algunos reparos al testimonio de Andrés Galindo González, dirige la censura a afirmar que el Tribunal incurrió en graves errores de valoración. Estas críticas no encuentran fundamento en la tergiversación del contenido del medio, sino en el valor conferido por el fallador después de correlacionar la mencionada declaración con otras pruebas, situación que el libelista pone de presente acudiendo a expresiones del testigo que considera inconsistencias y contradicciones insalvables, las que, sin embargo, no fueron entendidas así por el juzgador quien no encontró dudas probatorias que ameritaran ser resueltas a favor del inculcado.

Así, en concepto de la Delegada, resulta fácil entender que el demandante desvió el yerro a la crítica a la valoración probatoria realizada por el sentenciador, la cual no procede en casación por haberse abolido la tarifa legal en el sistema actual de apreciación de los medios.

Además, el libelista incluye otro tipo de anotaciones como la referida a la ausencia de ampliación de los testimonios de Andrés Galindo y José Edilberto Cabrera en la etapa del juicio, con lo cual hace evidente la equivocada vía de demostración del error que escoge, pues involucra la posible vulneración de garantías del procesado, como la de contradicción, que apenas menciona.

Simplemente se dedica a criticar el hecho de que la declaración de Andrés Galindo, único testigo de los acontecimientos, sea el fundamento de la decisión de condena, y en relación con él no se hayan descubierto, lo que el censor denomina graves diferencias, con lo que entiende por realidad de los hechos. Así acontece con la circunstancia de atribuirle bigote al procesado quien nunca lo ha tenido, o la entrega del arma por parte del procesado a su acompañante montado en bicicleta, o la edad relatada por el testigo, menor de la que Alfonso Rodríguez tenía en ese momento, en críticas que visiblemente se alejan de la demostración de un error de hecho por falso juicio de identidad. Si bien el fallador enmarcó su argumentación dentro de los conceptos de sicología del testimonio para darle una explicación sustentada a los reparos formulados por el recurrente, ello no se constituyó en la explicación de la credibilidad otorgada a la primera y única versión recogida de los hechos.

El juzgador entendió acertadamente que el testimonio de Andrés Galindo superó las críticas formuladas por la defensa en la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, porque en razón de la narración que hizo de los hechos, y a pesar de no conocer el nombre del agresor, suministró una descripción física y de localización de la residencia del agresor, coincidente con las posteriores investigaciones

que finalmente condujeron a identificar al victimario como ALFONSO RODRIGUEZ CASTIBLANCO.

Destaca al efecto que el testigo reconoció a Rodríguez antes de la agresión, y así se lo hizo saber a Edilberto Cabrera para que no se cruzaran en el camino; dijo también que se trataba de una persona perteneciente a la junta de cocinol, detalle que se demostró en el proceso; y lo mismo aconteció con aspectos inherentes a la apariencia física del procesado.

De esta manera, los detalles que el demandante destaca como determinantes de una inconsistencia en el relato del mencionado testigo, resultan superficiales ante la certeza de sus indicaciones, pues el hecho de atribuirle una edad inferior al procesado pero con la anotación de ser posiblemente “más viejo”, demuestra simplemente, como lo refirió el ad quem, que solamente hace una referencia a partir de la cual puede ubicar la edad del procesado; en cuanto al bigote, ha de tenerse en cuenta, como lo advirtió el fallador, que a más de ser un aspecto que puede ser temporal en el físico de una persona, pudo tratarse de un error de contraste generado por el nerviosismo del testigo y la relación que tienen todos los intervinientes en el hecho, lo que hace que se trate de una inconsistencia en el relato, mas no de la verdad.

Los reparos del casacionista apuntan a desentrañar inconsistencias donde no las hay, para desviar la atención en relación con la certeza derivada del relato del testigo, que superó la confrontación con otras situaciones como la imposibilidad de las autoridades para hallar al procesado en su casa de habitación, ocultamiento que refleja un conocimiento de ser buscado; la existencia de la tienda en ese mismo lugar que luego de los hechos no funcionó como antes y que posteriormente apareció allí un salón de belleza.

Además, se equivoca el recurrente cuando atribuye un sentido diverso al testimonio de

Galindo, toda vez que éste manifiesta haber visto cuando el procesado pasó a su compañero en bicicleta el arma utilizada, pues si bien el Tribunal incurre en imprecisión al anotar que el acercamiento entre el procesado y el acompañante pudo asociarse con la entrega del arma, lo cual no corresponde con la realidad procesal, en nada afecta la determinación de responsabilidad en Rodríguez Castiblanco, ni el contenido del testimonio, ya que, como se anotó en el fallo, el hecho de que el procesado estuviera acompañado de otra persona a quien no se investigó, no implica que RODRIGUEZ no fue el autor del homicidio.

No empece que el Tribunal acude a términos no muy apropiados para la valoración de los aspectos que el recurrente menciona, ello no constituye fundamento del error denunciado, que el casacionista no se esfuerza en demostrar, máxime si en la sentencia de primera instancia se indican con precisión las razones por las que se confiere credibilidad al testigo de cargo sin reparos, y que el censor pretende desconocer acudiendo a sus propias conclusiones para edificar la ocurrencia de un yerro inexistente.

Con fundamento en lo expuesto, la Delegada es del criterio que el cargo no debe prosperar.

SEGUNDO CARGO.

Considera la Delegada que a partir del enunciado mismo del error, puede concluirse que el casacionista nuevamente pretende imponer su criterio al del fallador, al calificarlo de parcializado por no conferir mayor crédito a las declaraciones que confirman el dicho del procesado.

El demandante se opone a que se consideren los testimonios de familiares, amigos y vecinos del procesado, como una coartada. Pese a que intenta demostrar que antes de

la indagatoria no se pudo obtener copia del proceso y que en dicha diligencia intervino un defensor distinto, ello no pasa de ser una hipótesis que no demuestra y que tampoco incide en el análisis realizado por el juzgador.

Los razonamientos del demandante se refieren a una circunstancia formal que no logran desvirtuar la apreciación del Tribunal, al punto que ni siquiera tocan el contenido de los medios y lo que ellos aportan al esclarecimiento de los hechos, que en realidad fue poco, pues las declaraciones de los testigos fueron generalizadas y no indicaron con precisión que para la fecha de los hechos Rodríguez Castiblanco se encontrara en su finca localizada en la población de El Carmen de Carupa.

En opinión de la Delegada resulta lógico dudar del exacto recuerdo del procesado al informar que en la fecha de los hechos se encontraba en su finca y no en Bogotá, pues ello sumado a una serie de circunstancias e información que para la fecha de los hechos ubicaron al procesado en esta ciudad, se establece que la valoración no se hizo por ese solo hecho, sino en conjunto del material probatorio, el cual, si bien escaso, de todas maneras brinda la certeza necesaria para atribuir la responsabilidad del delito al inculcado.

Resulta intrascendente, dice, la crítica formulada a la consideración del juzgador en torno al testimonio de Bertilda Rodríguez cuando se refirió al método utilizado para la recolección de trigo en la finca de RODRIGUEZ, pues no se orienta a demostrar una incidencia en la situación del procesado que podría ser la de justificar un mayor tiempo de estadía en la parcela, pero ninguna relación intenta con los hechos debatidos.

El libelista no presenta ningún error de hecho por falso juicio de identidad, sólo señala su inconformidad por que no se aceptó el contenido de las declaraciones que avalan la versión del procesado de encontrarse en la finca de su propiedad el día de los hechos. Demostrativo de que el único motivo del censor es un enfrentamiento al criterio del

fallador, es la manifestación que el testimonio de cargo y los que sirvieron de apoyo al procesado no recibieron el mismo tratamiento, o que no valoró la circunstancia de no haber existido derribamiento de muro alguno, y, en consecuencia, tampoco el motivo de enemistad entre procesado y víctima.

Por las razones anteriores, considera que el cargo no debe prosperar.

Observa, no obstante, que el proceso está viciado de nulidad por violación del derecho de defensa, pues el procesado, en la etapa de instrucción, incluso en la fase de juzgamiento, no contó con abogado de confianza, pues éste sólo actuó en pro de sus intereses al final de las diligencias.

El procesado fue declarado persona ausente y en la misma resolución se le designó defensor de oficio a un profesional del derecho que no se posesionó en el cargo, y no obstante esta omisión el instructor le envió comunicación de la providencia mediante la cual se resolvió la situación jurídica, de la que ordenó el cierre de la investigación y de la resolución de acusación, sin que hasta esa fecha aparezca diligencia de posesión como defensor.

Además, la designación de defensor aparece como un formalismo, pues ninguna actuación realizó en cumplimiento de la obligación que de todos modos no se ve muy clara gracias a la falta de posesión. En todo caso, agrega, no hubo ninguna intervención de defensor en la etapa de instrucción, al punto que se presentó un avalúo de perjuicios del que no tuvo conocimiento. Solamente ya en la fase de juzgamiento y con posterioridad a la captura del procesado, éste contó con abogado de confianza, defensa que a partir de ese momento fue ejercida con idoneidad pero que no sirve para justificar la falta de asistencia técnica en la importante etapa de instrucción.

Con fundamento en lo expuesto, solicita de la Corte desestimar la demanda pero casar oficiosamente la sentencia impugnada y declarar la nulidad de lo actuado a partir de la

resolución del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y cinco mediante la cual se declaró persona ausente al procesado ALFONSO RODRIGUEZ CASTIBLANCO, para que se subsane la irregularidad que advierte, dejando a salvo las pruebas, y como consecuencia de la nulidad se ordene la libertad provisional del procesado. (fls. 35 y ss. cno. Trib.).

SE CONSIDERA:

Cuestión previa.

Como ha sido señalado por la jurisprudencia, en esta ocasión es de reiterarse que los errores de hecho en la apreciación probatoria que dan lugar a configurar la causal primera de casación, apartado segundo, por violación indirecta de la ley sustancial; la consecuente invalidación del fallo de mérito, y el proferimiento del que deba reemplazarlo, se presentan cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio; porque omite apreciar una prueba que obra en el proceso; porque la supone existente sin estarlo (falso juicio de existencia); o cuando no obstante considerarla legal y oportunamente recaudada, al fijar su contenido la tergiversa, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de ella (falso juicio de identidad); o, porque sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, existiendo la prueba es apreciada en su exacta dimensión fáctica, y al asignarle su mérito persuasivo transgrede los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, los principios de la sana crítica como método de valoración probatoria (falso raciocinio).

Cuando la censura se orienta por el falso juicio de existencia por suposición de prueba, compete al casacionista demostrar mediante la indicación correspondiente del fallo donde se alude a dicho medio que materialmente no obra en el proceso; y si lo es por omisión de ponderar prueba que material y válidamente obra en la actuación, es su deber concretar en qué parte del expediente se ubica ésta, qué objetivamente se establece de

ella, cuál el mérito que le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica, y cómo su estimación conjunta con el arsenal probatorio que integra la actuación, da lugar a variar las conclusiones del fallo, y, por tanto modificar la parte resolutive de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria.

Si lo pretendido es denunciar la configuración de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, el casacionista debe indicar expresamente, qué en concreto dice el medio probatorio, qué exactamente dijo de él el juzgador, cómo se le tergiversó, cercenó o adicionó haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él, y lo más importante, la repercusión definitiva del desacierto en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo.

Si se denuncia falso raciocinio por desconocimiento de los postulados de la sana crítica, se debe indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador, cuál mérito persuasivo le fue otorgado, señalar el postulado lógico, ley científica o máxima de experiencia, que fueron desconocidos, debiendo indicar cuál es el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración y cómo, y finalmente, demostrar la trascendencia del error indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y que habrían dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto y opuesto al ameritado.

Debido a ello, en aras de la claridad y precisión que debe regir la fundamentación del instrumento extraordinario de la casación, compete al actor identificar nítidamente el tipo de desacierto en que se funda, individualizar el medio o medios de prueba sobre los que predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el mérito atribuido por el juzgador, la incidencia de éste en las conclusiones del fallo, y la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada y cómo, de no haber ocurrido el desacierto, el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y

opuesto al impugnado, integrando de esta manera lo que se conoce como proposición jurídica del cargo y la formulación completa de éste.

Además, la misma naturaleza rogada que la casación ostenta, impone al demandante el deber de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el yerro probatorio que denuncia, modificando tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia, tarea que comprende un nuevo análisis del acervo probatorio, valorando las pruebas omitidas, cercenadas o tergiversadas, o apreciando acorde con las reglas de la sana crítica aquellas en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; pero no de manera insular sino en armonía con lo acreditado por las acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada medio probatorio en particular y las que refieren el modo integral de valoración, a fin de hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues es la demostración de la transgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal primera en el ejercicio de la casación.

Y cuando de ataque a la apreciación de la prueba indiciaria se trata, el censor debe informar si la equivocación se cometió respecto de los medios demostrativos de los hechos indicadores, la inferencia lógica, o en el proceso de valoración conjunta al apreciar su articulación, convergencia y concordancia de los varios indicios entre sí, y entre éstos y las restantes pruebas, para llegar a una conclusión fáctica desacertada.

De manera que si el error radica en la apreciación del hecho indicador, dado que necesariamente éste ha de acreditarse con otro medio de prueba de los legalmente establecidos, necesario resulta postular si el yerro fue de hecho o de derecho, a qué expresión corresponde, y cómo alcanza demostración para el caso.

Si el error se ubica en el proceso de inferencia lógica, ello supone partir de aceptar la

validez del medio con el que se acredita el hecho indicador, y demostrar al tiempo que el juzgador en la labor de asignación del mérito suasorio se apartó de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de experiencia, haciendo evidente en qué consiste y cual es la operancia correcta de cada uno de ellos, y cómo en concreto ésto es desconocido.

Si lo pretendido es denunciar error de hecho por falso juicio de existencia por omisión de un indicio o un conjunto de ellos, lo primero que debe acreditar el censor es la existencia material en el proceso del medio con el cual se evidencia el hecho indicador, la validez de su aducción, qué se establece de él, cuál mérito le corresponde, y luego de realizar el proceso de inferencia lógica a partir de tener acreditado el hecho base, exponer el indicio que se estructura sobre él, el valor correspondiente siguiendo las reglas de experiencia, y su articulación y convergencia con los otros indicios o medios de prueba directos.

Además, dada la naturaleza de este medio de prueba, si el yerro se presenta en la labor de análisis de la convergencia y congruencia entre los distintos indicios y de éstos con los demás medios, o al asignar la fuerza demostrativa en su valoración conjunta, es aspecto que no puede dejarse de precisar en la demanda, concretando el tipo de error cometido, demostrando que la inferencia realizada por el juzgador transgrede los postulados de la sana crítica, y acreditando que la apreciación probatoria que se propone en su reemplazo, permite llegar a conclusión diversa de aquella a la que arribara el sentenciador, pues no trata la casación de dar lugar a anteponer el particular punto de vista del actor al del fallador, ya que en dicha eventualidad primará siempre éste, en cuanto la sentencia se halla amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, siendo carga del demandante desvirtuarla con la demostración concreta de haberse incurrido en errores determinantes de violación en la declaración del derecho.

Es en este sentido que el demandante debe indicar en qué momento de la construcción indiciaria se produce, si en el hecho indicador, o en la inferencia por violar las reglas de la sana crítica, para lo cual ha de señalar qué en concreto dice el medio demostrativo del hecho indicador, cómo hizo la inferencia el juzgador, en qué consistió el error, y qué grado de trascendencia tuvo éste por su repercusión en la parte resolutive del fallo (cfr. por todas cas. de agosto 2/2001. Rad. 12.062).

Estos derroteros no son acatados por el libelista, pues resulta evidente, como lo destaca la Delegada, que deja de concretar los errores probatorios que denuncia, omite demostrar la violación de la ley por el fallo, y transgrede el principio de autonomía de los motivos de casación, pues a más de la violación indirecta de la ley sugiere la transgresión de garantías fundamentales denunciables al amparo de la causal tercera y no de la primera que erradamente se invoca, como pasa a precisarse.

PRIMER CARGO. (Error de hecho por falso juicio de identidad).

Si bien para la época de presentación de la demanda, la jurisprudencia tenía establecido que los errores de sana crítica eran considerados falsos juicios de identidad, cuando en realidad se trata de desaciertos de naturaleza y momentos de producción en el proceso de apreciación de la prueba distintos, pues una cosa es tergiversar, cercenar o adicionar el medio en el acto de contemplación de su expresión fáctica, y otra diversa es que pese a apreciarlo en su exacta dimensión, en la fijación de su mérito o alcance, se desconozcan las reglas de la sana crítica y por dicha vía se llegue a conclusiones equivocadas (falso raciocinio), es lo cierto que en este caso en el desarrollo del cargo no logra demostrar la configuración de ninguno de dichos tipos de error y menos su trascendencia.

En efecto, si se analiza la censura desde una apreciación estricta del error de hecho por falso juicio de identidad, se tiene que por ninguna parte del planteamiento se hace

evidente que el sentenciador hubiere distorsionado, cercenado o adicionado la expresión fáctica del material de prueba para hacerle producir unos efectos que no se establecen de su contexto objetivo, de manera que las críticas formuladas a la apreciación por el juzgador del testimonio rendido por el menor Andrés Galindo González, relativas al “sinnúmero de inconsistencias y contradicciones de que está plagado este testimonio, bajo el amparo de complicados e inexplicados contrastes, asociaciones y esguinces propios de una particular ‘Psicología Judicial y sus enseñanzas, provenientes muchas de ellas de una ya larga experiencia’ ”, como de tal modo califica el actor la actuación del Tribunal, no dejan duda que su pretensión no es controvertir la apreciación material de la prueba, sino el mérito que le fue conferido en el fallo, en cuyo evento debió hacer explícita la denuncia de haber sido transgredidas las reglas de la sana crítica, y orientar el reproche hacia el ámbito en que opera el error de hecho por falso raciocinio, nada de lo cual siquiera ensaya.

Esto por cuanto aún de llegar a suponer la Corte que el demandante pretende poner de presente que no obstante haber apreciado el juzgador el arsenal probatorio en su exacta dimensión fáctica, al asignar su mérito persuasivo llegó a una conclusión o inferencia errada (falso raciocinio), de todas maneras también en dicha hipótesis de desacierto el cargo queda sin desarrollo y demostración.

El actor censura que el Tribunal hubiere conferido credibilidad a la declaración rendida por Andrés Galindo González a pocas horas de ocurrido el homicidio, acudiendo al efecto a puntuales aspectos de sus declaración, pero, de una parte, no solamente omite controvertir los motivos que llevaron a los juzgadores a otorgarle mérito persuasivo, sino que tampoco se detiene a analizar la trascendencia que las por él denominadas “inconsistencias” del relato pudieren tener para modificar los supuestos fácticos en que se edificó el fallo y, por ende, la declaración de justicia contenida en su parte resolutive.

No toma en cuenta el casacionista, que los fallos judiciales de primera y segunda instancia integran una unidad jurídica indisoluble en los aspectos que no hubieren sido modificados con ocasión de la alzada, y que en la ponderación del testimonio de Andrés Galindo González, el juzgado de conocimiento dedicó amplio espacio a evaluar su coherencia intrínseca y extrínseca con los demás medios recaudados al proceso.

Señaló el juzgador a quo:

“Con base en aquella directriz, es necesario entonces, acudir en primer lugar, a la prueba directa única que milita en el proceso, esto es, al testimonio excepcional y no como se califica en repetidas veces como ‘estrella’ de GALINDO GONZALEZ, por obvias razones. Según este deponente presencial de los hechos, lo cual ha sido aceptado por la defensa, RODRIGUEZ CASTIBLANCO fue en verdad quien en la noche de autos cercenó la vida de su amigo EDILBERTO CABRERA CAIPA. Efectivamente, el declarante ha dicho con lujo de detalles que conocía no sólo al acusado, sino su propia residencia, hasta el punto de que suministró la dirección y ésta coincide perfectamente con la que a su vez dio el procesado, es decir, la calle 69 No. 92 – 69 barrio La Florida de esta ciudad. Lo único pues, que le faltó concretar al joven ANDRES fue el nombre y apellido del agresor, porque se repite, lo conocía suficientemente y por eso suministró los rasgos físicos de este individuo, además de que dijo con seguridad que el nombre lo podía conseguir a través de su amigo MAURICIO, quien residió en la casa de RODRIGUEZ CASTIBLANCO.

“Pero, una de las principales tachas que se hace al declarante en mención, es la de que las características individuales que suministra del implicado, no corresponden al verdadero autor del homicidio. Se toma en primer término, la afirmación en el sentido de que el homicida tenía 36 a 40 años, como lo apunta la vocería, y de 40 o más conforme lo argumenta el defensor. Nótese que al agregarse por parte del testigo 40 años ‘o si le digo más’, está entrañando un adverbio de cantidad, que conlleva a aproximar la

edad; entonces, si en la realidad el enjuiciado para la época de los hechos contaba con 56 años, la aproximación que hace el deponente no es exagerada y coincide entonces con este aspecto individual; luego, lo que si aparece exagerado y quizá absurdo por decir lo menos, es la tesis del defensor, cuando advierte que esos 40 años o más puede llegar hasta 100, lo cual no se compadece con la lógica ni con el común acontecer de las cosas, porque sería una verdadera excepción ver a altas horas de la noche y solo a un anciano de la edad a que se refiere la defensa. Además, el cálculo relativo de la edad no es preciso, pues fíjese la atención que hasta los médicos legistas para aproximarla requieren del examen del paciente, y generalmente usan el método llamado dentario y piloso, de modo que no se observa por este aspecto que el testigo mienta.

“También se critica al testigo, porque el verdadero criminal tenía ‘bigote’, y de acuerdo a la fotocopia de la cédula de RODRIGUEZ CASTIBLANCO, no lo tiene. Ciertamente, que asombra semejante argumento. Reitérese que el procesado a la fecha del homicidio tenía 56 años, lo que quiere decir que hacía más de 30 años que le habían expedido su documento de identidad. Ahora, eso de tener o no tener bigote va de conformidad con la personalidad o gusto del individuo, y se lo deja o se lo quita a su libre arbitrio, de modo que tampoco este sofisticado argumento no (sic) sirve de fundamento para desconocer la versión del testigo excepcional, como se verá más adelante se encuentra respaldado por otros elementos de juicio.

“De otra parte, y como ya se dijo, no se discute la presencia del joven testigo en el lugar de los hechos, ni tampoco que haya sido testigo presencial de los mismos, lo que se critica son aspectos secundarios y no relevantes...”.

Y si bien el juzgador de alzada, frente a las críticas formuladas por la defensa, al resolver el recurso de apelación se dedicó a darle puntual respuesta a cada una de ellas acudiendo a criterios de posibilidad, de los cuales hace uso el demandante para censurar el mérito conferido a este medio de persuasión, es lo cierto que el Tribunal en ningún momento

desestimó las consideraciones del a quo, y, por el contrario, señaló expresamente que los reparos expuestos por la defensa no lograban conmover el hecho de ser testigo presencial de los acontecimientos ni la veracidad de su dicho, respaldado además por otros medios de convicción: “El testimonio rendido por Andrés Galindo González, a pesar de las críticas formuladas y explicadas, permanece incólume en cuanto señala al autor del homicidio y con la prueba indicial, nutre de certeza el intelecto del juzgador sobre la responsabilidad del acusado” (fl. 41 cno. Trib.).

Así queda evidenciado que la pretensión del libelista no es denunciar la configuración de falsos raciocinios en la apreciación del testimonio del joven Andrés Galindo González, sino desconocer que el juicio terminó con el proferimiento del fallo de segundo grado y que éste se halla amparado por las presunciones de acierto y legalidad, y por tal vía continuar el debate fáctico llevado a cabo en las instancias, acudiendo en sede extraordinaria tan sólo por no habersele dado razón cuando recurrió en apelación.

Sucede además, que no empece estos desaciertos, de suyo suficientes para desestimar la censura, durante el desarrollo argumentativo que presenta en apoyo de la causal primera, el casacionista entremezcla indebidamente anotaciones reservadas para la causal tercera, incurriendo de tal modo en contradicción insalvable pues no logra saberse si lo que pretende es que la Corte anule lo actuado por violación del derecho de contradicción de la prueba, o afirme la validez del juicio y profiera fallo de sustitución, nada de lo cual puede suponer sin transgredir el principio de limitación que gobierna el excepcional instrumento de impugnación a que se acude.

Esta falta de rigor en la postulación del ataque, se hace patente en el siguiente aparte de la demanda, que el actor no sólo no desarrolla en capítulo separado como era su deber, sino que tampoco demuestra:

“Sobre este tópico, en primer lugar, permítaseme resaltar que, a pesar de las vehementes rogativas que hicieron el procesado y mis antecesores en la defensa; y a pesar de los denodados esfuerzos, hay que reconocerlo, que desplegó el señor Juez de primera instancia; no fue posible que comparecieran en la etapa del juicio ni el testigo de marras, ANDRES GALINDO GONZALEZ, ni el padre del interfecto, JOSE EDILBERTO CABRERA; privándose así a la investigación de elementos de juicio vitales para el esclarecimiento de los hechos y, de contera, a mi defendido de ejercer el derecho de contradicción de la prueba, principio rector consagrado en el artículo séptimo de nuestro ordenamiento procedimental. Por consiguiente, a mi defendido se le ha juzgado y condenado con base en el lacónico testimonio único rendido por un menor de edad, en quien afloran acendrados sentimientos de animadversión y enemistad para con el procesado. Esta circunstancia, de que mi defendido, a pesar de los esfuerzos que se hicieron desde el momento mismo en que se produjo su aprehensión, no tuvo la más mínima posibilidad procesal de controvertir aquel testimonio único, ha sido desconocida flagrantemente por la Sala Dual del Honorable Tribunal”.

Entonces, ante la carencia de técnica y fundamento en la postulación del ataque, no cabe más alternativa que su desestimación por la Corte.

SEGUNDO CARGO. (Violación indirecta de la ley).

El casacionista no es claro en mencionar el tipo de error probatorio que pretende denunciar. Al decir que el juzgador incurrió en error grave de hecho por “desconocerle todo valor probatorio a los numerosos testimonios que corroboran las aserciones del procesado y que tienden a demostrar su inocencia; para lo cual, en la sentencia recurrida, inclusive, se crean falsos indicios y se expone suposiciones y conclusiones personales carentes del más mínimo respaldo probatorio”, no logra saberse si es que el reproche se orienta por denunciar la transgresión de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba de descargo, si de lo que trata la censura es de afirmar que el

sentenciador incurrió en falso juicio de existencia por suposición de la prueba de los hechos indicadores (que no especifica), o, si existiendo ésta materialmente en la actuación, el juzgador transgredió postulados lógicos, leyes científicas o reglas de experiencia y, por tal vía, llegó a conclusiones fácticas equivocadas.

No obstante esta entremezcla indebida de conceptos, que restan toda precisión y seriedad a la propuesta, y, por lo mismo, la tornan inescrutable, pues se aleja en grado sumo del rigor con que deben presentarse los cargos en casación, es de advertir, además, que el demandante no concreta cuáles son los “numerosos testimonios que corroboran las aserciones del procesado”, qué en concreto dicen dichos medios de convicción, cómo los ponderó el juzgador, en qué consistió el desacierto de apreciación probatoria, cómo habría de verse corregido en sede extraordinaria, ni qué efectos tendría para modificar tanto el supuesto fáctico como la parte resolutive del fallo impugnado.

Es de tal magnitud la precariedad en la formulación del ataque, que el libelista no se ocupa en controvertir la ponderación que el juzgador de primer grado hizo de los testimonios de Crisanto Pinto Lara, José Eduardo Cruz Silva, Efraín Burgos Martínez, Angel María Achury, Victor Manuel Alarcón y Bertilda Rodríguez, respecto de los cuales concluyó que “es evidente que no son precisos ni específicos, sus aseveraciones son generalizadas y no se atreven a afirmar categóricamente que en realidad RODRIGUEZ CASTIBLANCO estuviera para la fecha de los hechos en Tudela y no aquí en Bogotá. Buen ejemplo de nuestro aserto lo constituyen Crisanto Pintor Lara y la propia hija del inculcado. Bien se pudo observar, que el primero manifestó textualmente que no le interesaba saber qué actividades y en dónde se encontraba el procesado, por cuanto él vivía ocupado en sus quehaceres; y la segunda, quien fue categórica en afirmar que para ese once de octubre fatídico, no recordaba exactamente si su padre estuvo en Tudela o no. Aquí sí que cabe el término utilizado por el señor vocero, en el sentido de que estos testigos son ‘vaporosos’, y no el del joven Andrés Galindo, pues como se

vio fue concreto y enfático en decir que RODRIGUEZ CASTIBLANCO le disparó y dio muerte a Edilberto Cabrera Caipa” (fl. 250 cno. 1).

En razón de ello, pertinente resulta la apreciación de la Delegada al manifestar en torno a las consideraciones del demandante que “tales razonamientos, en efecto, nada aportan ni desvirtúan la opinión del tribunal, pues ni siquiera se refieren al contenido de los mismos, sino a una circunstancia formal que además resulta simple frente a lo importante del debate que es el contenido de las pruebas y lo que ellas aportan al esclarecimiento de los hechos; asunto en el que poco fue su aporte, gracias a que las afirmaciones de los testigos fueron generalizadas y no indicaron con precisión que para la fecha de los hechos (11 de octubre de 1989), Rodríguez Castiblanco se encontrara en su finca localizada en la población del Carmen de Carupa”.

El casacionista funda su protesta en la consideración que el Tribunal hizo respecto de la época en que ALFONSO RODRIGUEZ CASTIBLANCO compareció al proceso por haber sido capturado, esto es, después de haberse allegado el testimonio del menor Andrés Galindo González, calificado el mérito probatorio del sumario y haberse autorizado al defensor la expedición de copias de lo actuado, pero no toma en cuenta que el juzgador restó mérito persuasivo al procesado y los testigos traídos por la defensa, no sólo por lo anterior sino por que si bien coinciden sobre generalidades como en lo relativo al mes en que se efectuaba la recolección de trigo, no llegan a afirmar “en dónde se encontraba Alfonso Rodríguez Castiblanco el once (11) de octubre de 1989, esto es si en Bogotá o en Carmen de Carupa” (fl. 33 cno. Trib.) .

De esta manera, la crítica del demandante a la apreciación de los medios por el juzgador, no pone en evidencia la configuración de ningún tipo de error probatorio, y sí por el contrario denota su pretensión por continuar el debate fáctico como si el proceso no hubiera concluido con el proferimiento del fallo de segunda instancia, lo cual resulta inadmisibile en sede extraordinaria pues la casación no ha sido instituida para terciar

en este tipo de controversias entre el juzgador y las partes intervinientes en la actuación, sino para demostrar la efectiva y concreta transgresión de la ley por el fallo, que en este caso, por la manera que se presenta el reproche, lejos está de poder lograrse.

Se desestima el cargo.

SOLICITUD DEL PROCURADOR.

En cuanto a la petición de la Delegada, en el sentido de que la Corte ejerza la oficiosidad para declarar la nulidad de lo actuado por violación del derecho de defensa técnica del procesado durante parte de la investigación y el juzgamiento, es de advertirse que la solicitud carece de fundamento.

Como ha sido expuesto en oportunidades anteriores en que se ha ocupado del tema, la Corte reitera que el artículo 29 de la Carta Política eleva a la categoría de garantía fundamental el derecho de defensa en su doble dimensión: material, a cargo del procesado, con base en la cual en desarrollo de la actuación puede presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra y llevar a cabo todas las gestiones orientadas a oponerse a su persecución y juzgamiento; y técnica, letrada o profesional, a cargo de un abogado mediante la que se posibilite la controversia jurídica y el equilibrio en que ha de ser enfrentado por el procesado el ejercicio de la acción penal.

En razón de ello, la defensa como unidad, para que pueda entenderse garantía constitucional, debe ser real, permanente y continua durante la investigación y el juzgamiento, es decir, durante todo el trámite procesal, ya que sin posibilidades de contradicción no es plausible concebir legítimo hoy día el proceso. Esto no significa, sin

embargo, que si ha dejado de tenerla en un determinado momento, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advenga por ese solo motivo ineficaz, pues en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaratoria de las nulidades, sólo si la anomalía afecta realmente las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable que así se declare.

Ha sido sostenido también que si la irregularidad es oportunamente corregida, de suerte que el profesional designado contó con posibilidad de ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudo haber llevado a cabo durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, pues ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a contar con oportunidades que ya tuvo (Cfr. Sentencias de casación de 27 de mayo de 1999, M.P. Calvete Rangel; junio 15 y agosto 11 de 1999, M.P. Arboleda Ripoll).

En este caso, la actuación indica que una vez vinculado ALFONSO RODRIGUEZ CASTIBLANCO mediante declaración de persona ausente, se nombró defensor de oficio a quien se libró telegrama comunicándole la determinación (fl. 75). De igual manera se procedió una vez resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva contra el ausente (fl. 84) y de la decisión de clausurar la investigación (fl. 91), sin que en el proceso exista constancia de que los telegramas enviados no hubieren llegado a su destinatario.

Si bien dicho defensor no tomó posesión del cargo ni se notificó personalmente de las determinaciones tomadas por el instructor, es lo cierto que no estaba obligado a atender las citaciones que le fueron enviadas al efecto, pues ninguna norma de derecho procesal que estuviera vigente para la fecha en que se declaró persona ausente a ALFONSO RODRIGUEZ CASTIBLANCO (febrero 16 de 1995), ni hoy en día, disponía que el defensor designado de oficio debía tomar posesión o notificarse personalmente de las decisiones adoptadas en el curso de la investigación, y que por no cumplirse ello, dicha omisión se

erija en irregularidad capaz de viciar el proceso, como al parecer es entendido por la Delegada.

Es de destacarse, además, que durante el tiempo transcurrido entre la declaratoria de persona ausente y la calificación del sumario, no medió ninguna actividad probatoria por parte del instructor, de modo que ameritara ejercer el derecho de contradicción.

De manera que el defensor oficioso, no sólo cuando recibió los telegramas comunicándole su designación y el sentido de las decisiones adoptadas a partir de ella, sino cuando se notificó personalmente de la providencia calificatoria (fl. 96 vto.), tenía conocimiento claro del estado del proceso, y de los hechos y las pruebas que obraban en contra de su defendido. Si bien es cierto su actuación no se caracterizó por la solicitud de pruebas o la interposición de recursos, no puede desconocerse que estando el imputado ausente, no contaba con posibilidades reales de enterarse de su argumentación defensiva que le permitiera adelantar la defensa adoptando una estrategia distinta, sin que ahora pueda juzgarse su actuación de manera independiente de las circunstancias del momento, ya que en las condiciones en que debió intervenir en el proceso, podría resultar inaconsejable solicitar pruebas sobre las cuales se desconocía su sentido, o interponer recursos sin un claro fundamento fáctico o jurídico, pues en tales circunstancias subsistía la posibilidad de agravar la situación del procesado, en lugar de favorecerlo.

Al efecto es de reiterarse, de acuerdo a lo sostenido repetidamente por la jurisprudencia de esta Corte, que el defensor, sea de oficio o de confianza, en ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de total iniciativa, pudiendo presentar las solicitudes que considere acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso a pesar de tener actitud vigilante del desarrollo de la actuación asumir una pasiva por estimar que esa puede ser la mejor alternativa de defensa, y no por estar en desacuerdo con la estrategia defensiva asumida, o haber sido adversos los resultados

del juicio, hay lugar a sostener que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno a la estrategia, contenido, forma o alcance de sus propuestas, ni la aptitud de estas gestiones se establece por los resultados del debate.

No puede dejar de resaltarse, que durante el juicio, una vez capturado el procesado, otorgó poder a un profesional del derecho (fl. 115), que de manera inmediata solicitó copia de la actuación (fl. 116), y seguidamente demandó declarar la nulidad (fls. 118 y ss.) y el recaudo de algunos medios de convicción (fl. 121 y ss.), e interpuso recursos contra el pronunciamiento que resolvió sus pretensiones (fl. 130). En la indagatoria, el procesado confirió poder a otro abogado (fl. 151) que intervino activamente en la audiencia pública, solicitó el recaudo de pruebas adicionales que fueron decretadas por el juzgador, y orientó su intervención defensiva a controvertir los fundamentos probatorios de la acusación y a solicitar la absolución de su cliente por considerar que en la actuación no existía prueba que condujera a la certeza de su responsabilidad.

Y si ello no llegare a constituir razón suficientemente atendible para denotar la sinrazón del pedido, merece destacarse que la Delegada pregonó que la ausencia de defensa “impidió un mejor ejercicio de la actividad de defensa de los intereses del inculcado” pero no menciona cuáles serían los medios probatorios que se podrían haber aducido, qué se establecería con ellos, ni cómo su recaudo producido con criterios de razonabilidad, conducencia y pertinencia, habría dado lugar a la declaración de inocencia, la aplicación del principio de la duda, o a una responsabilidad penal menos gravosa. Tampoco indica el fundamento de los recursos que había podido interponer ni los efectos benéficos que el procesado habría podido lograr con su interposición.

Entonces, como de la revisión de lo actuado no se observa la existencia de alguna

irregularidad que afecte derechos sustanciales con incidencia en la estructura del proceso o en garantías fundamentales que amerite declarar la ineficacia de lo actuado, no ha lugar a ejercer la oficiosidad por la Sala.

El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad realizará la redosificación a que hubiere lugar, a propósito de la entrada en vigencia del nuevo Código penal, y la aplicación del principio de favorabilidad (artículo 79.7 del Código de procedimiento penal).

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador tercero delegado en lo penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Tribunal de origen. NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

ALVARO O. PEREZ PINZON

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE A. GOMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR NILSON PINILLA PINILLA

No hay firma

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria