

Proceso No 13169

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta No.95

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil tres (2003).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de JAIME BERRÍO MORALES contra la sentencia del 7 de noviembre de 1996 proferida por el Tribunal Superior de Manizales, que confirmó el fallo expedido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad, el 10 de septiembre de ese año, salvo lo relativo al pago de perjuicios, por medio del cual condenó al procesado a la pena principal de cuarenta (40) años de prisión como autor responsable del delito de homicidio agravado consumado en el señor Pedro Julio Hurtado Loaiza.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Aquéllos ocurrieron el 16 de noviembre de 1994 en el municipio de Villamaría (Caldas), cuando dos individuos llegaron a la hacienda “El Prado” vereda “Los Cuervos”, preguntando por el señor Ricardo Acevedo y al responderles Pedro Hurtado Loaiza que aquél ya no trabajaba ahí y que él era el nuevo administrador, uno de ellos lo sujetó mientras que el otro le propinó varios disparos que la causaron la muerte, emprendiendo

de inmediato los agresores la huida.

A la mañana siguiente, en una de las calles de Chinchiná, una patrulla de la policía interceptó a dos individuos sospechosos, uno de los cuales desenfundó un revólver y disparó contra los uniformados, quienes por ello hicieron uso de sus armas de dotación oficial lesionando al agresor, mientras que el otro escapó sin que hasta la fecha se tenga noticia de su identidad y paradero.

El sujeto herido fue trasladado a un centro hospitalario, donde posteriormente fue identificado por testigos del hecho como coautor de la muerte del señor Pedro Julio Hurtado Loaiza. El citado, quien se identificó como JAIME BERRÍO MORALES, fue juzgado y condenado en proceso aparte por los delitos de porte ilegal de armas y violación a la ley 30 de 1986, dado que el día de su aprehensión se le decomisó un maletín con 135 gramos de marihuana y 240 papeletas de basuco.

2.- Una vez se tuvo conocimiento del hecho, la Fiscalía 27 Delegada de Chinchiná ordenó la apertura de investigación preliminar y luego de evacuadas algunas probanzas, la Fiscalía 26 Seccional de esa localidad ordenó la apertura de investigación el 2 de diciembre de 1994, escuchó en indagatoria al encartado y en providencia del 19 del mismo mes y año le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva¹.

3. El asunto pasó al conocimiento de la Fiscalía 35 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Manizales donde se declaró cerrada la investigación el 27 de abril de 1995. Acto seguido, en cumplimiento de la Resolución No 0119 del 31 de mayo de 1995, las diligencias fueron remitidas a la Fiscalía 7ª Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, que calificó el mérito del sumario el 16 de agosto siguiente, con resolución acusatoria contra JAIME BERRÍO MORALES y dispuso compulsar copias de lo pertinente para que se investigara por separado la identidad y responsabilidad del copartícipe del

homicidio perpetrado el día de autos²

.

4. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales avocó el conocimiento de la causa el 8 de septiembre de 1995 y por auto del 27 de ese mes y año decretó la nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación, por considerar que en la etapa de la instrucción el procesado estuvo desprovisto de defensa técnica, pues la persona que había designado no se encontraba habilitada para ejercer la defensa de sus intereses, por vencimiento de su licencia temporal.

El Tribunal Superior de Manizales, al conocer de la apelación incoada por el Fiscal Séptimo Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de esa ciudad, revocó la decisión del a quo en providencia del 19 de diciembre de 1995, con fundamento en que resultaba inoficiosa la declaratoria de nulidad pues, con o sin licencia temporal, el acusado estuvo asistido por él durante toda la instrucción³.

5. Una vez regresaron las diligencias al juez de la causa, éste ordenó los traslados de rigor, celebró la diligencia de audiencia pública y dictó el fallo de primer grado mediante el cual condenó a JAIME BERRÍO MORALES a la pena de cuarenta (40) años de prisión como autor responsable del delito de homicidio agravado, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años y al pago de los perjuicios materiales y morales causados con la infracción, a favor de quien acreditara interés legal para su cobro.⁴

6. El Tribunal Superior de Manizales, al conocer del recurso de apelación incoado por el procesado, revocó lo concerniente al pago de los perjuicios dispuesto por el a quo y en lo demás confirmó la decisión, contra la cual se interpuso la casación que se procede a desatar⁵.

LA DEMANDA DE CASACIÓN:

Dos cargos formula el libelista contra el fallo del Tribunal así:

1. Primero.

Con apoyo en la causal tercera acusa la sentencia de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, porque en la etapa preliminar de la actuación se recibieron varios testimonios sin haber sido decretados y sin abogado que representara al procesado.

Explica al respecto que cuando se dispuso escuchar en declaración a los señores Gabriel Sierra Buitrago, Ovidio Oyola y Jesús Hernández Galeano, así como la práctica de un reconocimiento en fila de personas, aún no se había ordenado la apertura de instrucción y, por tanto, no había imputado y menos un defensor que lo representara, constituyendo tales pruebas el fundamento de la acusación y la condena proferida contra el procesado.

Uno de los derechos más importantes que tiene el imputado es el de contradecir e impugnar las pruebas recaudadas en su contra y si no tiene oportunidad de presenciar su práctica, no puede hacer uso de esa prerrogativa.

Recuerda que según la jurisprudencia de esta Corporación, se puede incurrir en nulidad en la etapa del sumario por violación del derecho a la defensa, sin que dicha garantía pueda ser negada o restringida en algún momento de la actuación procesal.

Desde otro punto de vista, opina el censor que la asesoría técnico-jurídica del procesado durante esa etapa fue precaria y destaca que la diligencia de reconocimiento en fila de personas se le nombró como defensor a un médico del Hospital Universitario de Caldas,

donde se llevó a cabo la prueba. Así mismo, que el testigo de cargo que declaró en esa fase de la actuación, que resultó vital para las decisiones tomadas con posterioridad, nunca más se presentó para colaborar en el proceso. Así, la investigación se quedó con la primera versión y no fue posible controvertirla.

De esa manera se incurrió en una comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y, como si fuera poco, el derecho a la defensa del procesado.

1. Segundo.

Al amparo de la causal primera de casación, acusa el libelista la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, derivada de un error de derecho por falso juicio de legalidad, que trajo como consecuencia la indebida aplicación de los artículos 246, 282, 367 y 368 del Código de Procedimiento Penal y la falta de aplicación del artículo 323 del Código Penal y 7º y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Aduce que los testimonios de Gabriel Sierra Buitrago, Ovidio Oyola y Alexánder de Jesús Hernández en ningún momento fueron decretados y no se citó para su práctica a un abogado titulado que estuviera al tanto del proceso. Además, si no se había dictado resolución de apertura de investigación, mal se habría podido pensar en la posibilidad de asignarle al sindicado un abogado para que lo representara.

Por lo tanto, dicha prueba testimonial vertida a los pocos días de ocurridos los hechos, debe considerarse ilegal por no haberse recaudado con la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio, esto es, por no haberse evacuado en presencia de un defensor, circunstancia que vulnera el derecho de defensa del procesado, pues ni éste ni su abogado tuvieron la oportunidad de controvertirla.

Lo anterior porque una vez se dictó el auto de apertura de investigación no fue posible que ninguno de los testigos compareciera nuevamente y en una investigación no se puede concebir la defensa si no hay partes contendientes que coadyuven a encontrar la verdad.

Afirma luego, que el derecho a la defensa debe surgir desde el momento en que se produce la imputación de una persona o si es detenida por orden judicial. Cualquier procedimiento, así no sea estrictamente judicial, hace surgir el derecho de defensa.

Al respecto, el artículo 29 de la Carta Política dispone que el sindicado debe estar representado por un defensor idóneo y en este caso, durante un tramo del proceso, JAIME BERRÍO MORALES estuvo plenamente sólo en la defensa de sus intereses, pues el abogado que nombró estaba impedido para actuar, por cuanto su tarjeta provisional venció y por tanto no podía seguir asumiendo la misión encargada. El derecho a la defensa técnica no se puede garantizar con una persona que no puede actuar libremente dentro del proceso.

Luego pregona que la diligencia de reconocimiento en fila de personas se llevó a cabo dentro de la etapa de indagación preliminar, cuando no había abogado que representara al imputado. Además la misma se cumplió sin atender a la exigencia relativa a que debe efectuarse con seis o más personas de características morfológicas semejantes y se designó de manera oficiosa para que asistiera al procesado a una médica interna del hospital donde se encontraba su representado, en razón a que no pudo ser localizado un abogado.

Concluye por tanto, que el fallador incurrió en un falso juicio de legalidad al tener en cuenta pruebas inexistentes como las analizadas, error sin el cual se habría declarado la absolución de BERRÍO MORALES.

Solicita a la Corte casar la sentencia y proceder en la forma como lo determina el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL:

1. Primero.

Para esa representación del Ministerio Público, la demanda presenta algunas fallas de técnica, siendo la más grave que el casacionista se limita a enunciar todo aquello que en su opinión se constituye en irregularidad sustancial que lesiona el derecho a la defensa de su asistido, pero no concreta su pretensión, haciendo caso omiso del principio dispositivo que rige en esta sede.

No precisa el objetivo particularmente buscado con el recurso; esto es, si pretende que se case la sentencia y se declare la nulidad de lo actuado, ni menos aún a partir de qué etapa procesal, dejando a la Corte inhabilitada para hacer un pronunciamiento de fondo.

En cuanto a la nulidad relativa a que las pruebas que se practicaron en la etapa de indagación preliminar no fueron previamente decretadas, el expediente muestra que, por el contrario, aquellas fueron ordenadas desde el momento mismo en que el funcionario instructor ordenó abrir la investigación, acorde con los fines del artículo 319 del Código de Procedimiento Penal, según lo demuestran las respectivas constancias procesales traídas a colación en el concepto.

En relación con la práctica de pruebas en la etapa preliminar sin la presencia de un defensor, dice que causa extrañeza que un profesional del derecho haga tal cuestionamiento, si se tiene en cuenta que al tenor de la norma en cita, uno de los objetivos es recaudar las pruebas indispensables en relación a la identidad o

individualización de los autores o partícipes del hecho. De acuerdo con lo mencionado por el instructor en el auto de apertura de esa fase, en ese momento no se contaba con dato alguno que permitiera considerar como imputado a determinada persona y por ello no podía designarse un defensor para un sujeto procesal inexistente. En esas condiciones, la ausencia de defensor mal podía tenerse como violación a las formas propias del proceso ni mucho menos como violación del derecho a la defensa.

Referente al desconocimiento del derecho a la defensa del procesado durante la diligencia de reconocimiento a la que fue sometido en la fase de investigación previa, sin la asistencia de un profesional del derecho, estima el Procurador Delegado que en este aspecto le asiste razón al casacionista, pero que el cargo carece de capacidad y demostración para fundamentar la ruptura del fallo.

De un lado, porque si bien la ilegalidad de la prueba llevaría a su exclusión de la sentencia como sustento de la condena, permanecerían los demás elementos de convicción que permitieron a los sentenciadores declarar la responsabilidad penal del acusado. Del otro, porque equivocadamente el censor alegó nulidad en donde ha debido proponer una violación indirecta de la ley sustancial, originada en un falso juicio de legalidad por desconocimiento de los parámetros que rigen la práctica de la diligencia de reconocimiento. Además, en la demostración del cargo, no se ocupó el demandante de establecer la importancia que la prueba tuvo en la decisión, ni de determinar cuál sería el contenido de esta en caso de hallarse prosperidad en la censura.

En cualquiera de los casos, el reconocimiento no fue trascendente en las sentencias de instancia, por cuanto el procesado aceptó haberse encontrado en el predio rural donde se le dio muerte a Pedro Julio Hurtado Loaiza, acompañado de otra persona, en condiciones similares a las señaladas por los testigos, sólo que negó haber disparado contra la víctima.

Opina que tampoco es admisible la tesis del libelista según la cual se restringió el derecho de contradicción sobre las pruebas recaudadas en la investigación previa, si se tiene en cuenta que, por una parte, la declaración de Ovidio Oyola fue ampliada en la etapa instructiva y a ella asistió el abogado de la defensa, ejerciendo la facultad de interrogarlo. De otro lado, la contradicción de un testimonio también puede hacerse aportando pruebas tendientes a desvirtuar su dicho y esta posibilidad nunca se le negó al procesado ni a su defensor.

Tampoco es cierto, como lo afirma el censor, que la condena se cimentó en las pruebas recaudadas en la investigación preliminar. Los falladores tuvieron en cuenta otros medios de convicción aportados en la etapa instructiva y varios indicios deducidos por el Tribunal como el de presencia, el de mala justificación y el de mentira.

1. Segundo.

Sobre este reproche advierte un absoluto desconocimiento del recurso de casación, pues el censor, amparado en la causal primera, destinada a recoger los eventos de la infracción directa e indirecta de la ley sustancial, aduce aspectos claramente definidos por él como constitutivos de nulidad y por tanto su inconformidad ha debido plantearla por la vía de la causal tercera.

Así, indistintamente alude a la nulidad de algunas pruebas, al desconocimiento de sus formalidades legales, a la falta de defensa y a otras múltiples irregularidades que no se esfuerza por demostrar, salvo lo atinente a la falta de defensa técnica.

Afirma al respecto que durante la etapa instructiva se venció la licencia temporal que le otorgó el Tribunal Superior de Manizales a quien venía desempeñándose como defensor del procesado, aspecto que generó la imposibilidad del apoderado de representar los

intereses de BERRÍO MORALES y, de paso, que se presentara una falta de defensa técnica durante parte del proceso. Sin embargo no se utilizó la vía adecuada y, por tanto, ante la falta de técnica y razón del libelista, opina que el cargo no puede prosperar.

3. CASACIÓN OFICIOSA.

Afirma el Procurador Delegado que como el censor pone a consideración de la Corte un evento atinente a la infracción del derecho a la defensa técnica del procesado BERRÍO MORALES, que no puede ser resuelto al amparo de la causal primera de casación, sí amerita su estudio bajo la óptica del tercero de los motivos de casación, de manera oficiosa.

Recuerda que uno de los derechos fundamentales del procesado contenidos en el artículo 29 de la Carta Política es el de estar asistido por un abogado durante las etapas de investigación y de juzgamiento, quien debe tener la calidad de profesional del derecho que se obtiene con la aprobación de las asignaturas propias de la carrera y el posterior otorgamiento del título o diploma por parte de la universidad autorizada por el estado y el registro correspondiente ante las autoridades competentes.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 31 literal a) del Decreto 196 de 1971, vencido el tiempo que la ley concede para ejercer la profesión de abogado sin que se haya obtenido el título y su correspondiente inscripción, cualquier intervención que haga quien venía desempeñándose como defensor, debe reputarse como la actividad de un particular no habilitado para la defensa de intereses ajenos.

En el presente caso, quien venía ejerciendo la defensa del procesado BERRÍO MORALES dejó vencer el plazo que tenía para formalizar su inscripción como abogado y esta situación se debatió en el proceso, habiendo impugnado el fiscal instructor la decisión del juez a quo que por tal motivo, declaró la nulidad de lo actuado, con argumentos que tácitamente aceptó el Tribunal y que el Delegado estima equivocados a la luz de los

mandatos constitucionales vigentes y de la interpretación que la jurisprudencia constitucional y penal han hecho respecto del tema de la defensa técnica.

Sobre el punto aduce que si bien el citado decreto establece la improcedencia de la nulidad de la actuación, en casos como el presente, tal disposición es contraria al mandato del artículo 29 de la Carta Política que exige que los intereses del procesado estén representados por un “abogado”, es decir, por quien esté autorizado a ejercer la profesión.

Estima que la posición del Tribunal es válida y cierta pero no jurídica, por cuanto si la ley establece unas condiciones particulares, por ejemplo, para el ejercicio de una profesión, no puede reputarse profesional quien tenga conocimientos, sino quien, de acuerdo con lo señalado en la ley, acredite que ha obtenido el reconocimiento del Estado y, por tanto, la autorización oficial para el ejercicio de dicha profesión.

Respecto de los abogados, independientemente de la profundidad y dominio de sus conocimientos jurídicos, nadie puede asumir la defensa de los intereses ajenos en materia penal si no está autorizado por el Estado para hacerlo, a través de la inscripción en el registro respectivo. Y la sola previsión relativa a que no existe nulidad en los casos de vencimiento de la licencia temporal, no puede ser impedimento para reconocer la violación de garantías constitucionales, cuando de los hechos procesales surge el quebrantamiento de las mismas.

En su opinión, el Tribunal ha debido revisar la actuación para establecer si el abogado había actuado y si dicha intervención podía considerarse nula. De esa manera habría tomado la decisión correcta en el momento oportuno, al advertir que dicho profesional si bien intervino en defensa de los intereses de BERRÍO MORALES durante gran parte de la instrucción, dejó de hacer presencia en el momento culminante de esta etapa que coincidió con aquél cuando se le venció su licencia temporal, dejando al procesado sin

defensa técnica: el cierre de la investigación y la calificación de la instrucción.

También debió tener en cuenta la colegiatura que el procesado había solicitado al fiscal una entrevista personal y que no recibió una adecuada respuesta del funcionario, quien se limitó a declarar, en auto que ni siquiera firmó, que era totalmente improcedente tal petición del inculpado. No obstante, antes de la calificación del sumario, cuando ya BERRÍO MORALES no tenía defensor, insistió en su petición y explicó sus alcances, haciendo alusión a una posible colaboración con la administración de justicia, con incidencia en el trámite del asunto y en las consecuencias punitivas, que tampoco mereció la atención de la fiscalía y apenas fue mencionada en la resolución de acusación.

Por todo lo anterior, estima el Procurador Delegado que se encuentra demostrada una violación a la defensa técnica del procesado que ha debido ser corregida en las instancias, cuando hubo oportunidad de hacerlo. Como no se procedió así, independientemente de la responsabilidad del acusado, debe anularse la actuación a partir de la resolución que ordenó el cierre de investigación y reponerse la actuación con las previsiones adecuadas de defensa.

En consecuencia solicita se desestime la demanda de casación, pero se case oficiosamente la sentencia impugnada y declarar la nulidad de lo actuado por violación del derecho a la defensa desde el cierre de la instrucción.

CONSIDERACIONES:

1. Primero.

Pese a que los cargos formulados al amparo de la causal tercera de casación permiten

cierta amplitud en su proposición y desarrollo, el escrito no es de libre formulación, sino que, como las demás causales, debe ceñirse a unos requisitos insoslayables cuya inobservancia impide la prosperidad del reproche.

Por ello es necesario que el demandante le indique a la Corte, en forma clara y precisa, los fundamentos que acreditan el desconocimiento de las garantías de los sujetos procesales y/o el desquiciamiento de las bases del proceso, identificando la clase de irregularidad que se cometió, las disposiciones que por virtud de aquella resultaron desconocidas y la incidencia de los errores en la sentencia recurrida.

1.1. Es cierto, como lo afirma el Procurador Delegado, que el libelo adolece de insuperables fallas de técnica, pues ninguna de tales previsiones fue observada por el demandante, quien acusa el fallo de segunda instancia de vulnerar indistintamente y en forma confusa el debido proceso y el derecho a la defensa, por motivos que considera violatorios de tales derechos fundamentales, sin percatarse que cada uno tiene contenido propio y naturaleza diversa y, por tanto, no es dable alegar su desconocimiento como si se tratara de uno solo.

Así entonces, comienza por afirmar que se desconoció el principio de contradicción de las pruebas que se practicaron en la etapa preliminar, sin que hubiesen sido decretadas con anterioridad y cuando aún no se había ordenado la apertura de instrucción. Por tanto, no había imputado, ni defensor que lo representara, quedando así el implicado sin posibilidad de controvertirlas.

A renglón seguido critica la asesoría técnico jurídica del procesado y señala que durante esa fase del proceso fue precaria, por cuanto en la diligencia de reconocimiento en fila de personas se le nombró al procesado como defensor a un médico de la entidad hospitalaria donde se evacuó la prueba.

Es evidente que el censor no se esforzó por fundamentar cada irregularidad

elevada contra la sentencia ni expuso los argumentos correspondientes a cada una de ellas, como tampoco señaló las normas que presuntamente fueron desconocidas por el sentenciador, ni menos aún la incidencia del error en la decisión recurrida.

Y, si bien es cierto que una misma irregularidad puede causar quebranto simultáneamente a las garantías del procesado y a la estructura del proceso, en este caso el censor no desarrolló el cargo en aras de realizar una tal demostración, sino que simplemente se limitó a denunciar en forma abstracta y genérica las supuestas irregularidades cometidas en la actuación, sin que sea posible conocer cuál era en últimas su verdadera intención.

1.2. Agréguese a lo dicho, que ninguna razón le asiste en el fundamento de las diferentes hipótesis de invalidez que expone al interior del cargo

En primer lugar, según las voces del artículo 319 del Código de Procedimiento Penal anterior y 322 del actual, la investigación previa está orientada a determinar si el hecho ha ocurrido, si está descrito en la ley penal como punible, la procedibilidad de la acción penal y la identificación o individualización de los autores o partícipes del hecho. Por lo tanto, resulta extraño a la naturaleza de esta fase del proceso el reclamo del demandante por haberse practicado unas pruebas sin que existiera imputado ni defensor que lo representara, si precisamente el objetivo del instructor era establecer quiénes habían sido los autores de la muerte del señor Hurtado Loaiza y los móviles de la acción criminal, según lo expuso en el auto donde ordenó la apertura de investigación preliminar.

Lo anterior porque la Unidad Investigativa de Policía Judicial de Chinchiná informó a la Fiscalía acerca de las diligencias correspondientes al levantamiento efectuado en la Morgue del Hospital San Marcos de esa localidad, de quien en vida correspondía al nombre de Pedro Julio Hurtado Loaiza y con base en ese dato, en auto del 23 de noviembre

de 1994, se dispuso la práctica de las pruebas que reprocha el libelista, antes de proceder a la apertura de instrucción.

1.3. De otra parte, las pruebas que se evacuaron sí fueron decretadas por el instructor, quien dispuso escuchar en declaración a todas y cada una de las personas que tuvieron conocimiento de los hechos y que se encontraban en la Finca El Prado de la vereda Los Cuervos, con base en el informe del técnico judicial de la Fiscalía, relativo a que en esa fecha se acercó al despacho un señor que no se identificó, pero que dijo ser copropietario del citado predio, para informar que los señores Gabriel Sierra Buitrago, Ovidio Oyola y Alexánder de Jesús Hernández, empleados de allí, fueron testigos de los hechos y que estaban dispuestos a declarar. Así mismo, que en una balacera ocurrida el 17 de noviembre de dos sujetos con agentes de la policía, fue lesionado al parecer, uno de los autores del homicidio y se encontraba recluido en el Hospital Universitario de Caldas⁶.

Efectivamente comparecieron los citados testigos, quienes refirieron la manera como ocurrieron los hechos y además reconocieron los maletines y la indumentaria que había dentro de ellos como los que portaban ese día los agresores, elementos que fueron enviados por el despacho que por ese entonces adelantaba la investigación por los delitos de porte ilegal de armas, violencia contra empleado oficial y violación a la ley 30 de 1986.

Además, como manifestaron estar en posibilidad de reconocer a los individuos que se presentaron en la finca y dieron muerte al administrador, por auto del 30 de noviembre de 1994 el fiscal instructor ordenó llevar a cabo diligencia de reconocimiento en fila de personas, a las dos de la tarde del día 1o de diciembre de ese año⁷.

Con base en los datos obtenidos a través de esas diligencias se ordenó la apertura de instrucción y, por tanto, la inmediata vinculación del imputado JAIME BERRÍO MORALES.

1.4. Ahora bien: el derecho de contradicción no se limita a la presencia del procesado y su defensor en cuanto prueba se ordene evacuar, ni es deber del funcionario judicial informar la fecha y hora en que se va a practicar. También se ejerce a través de pronunciamientos sobre su contenido, su idoneidad o su mérito probatorio o el aporte de otros medios de convicción, sin que de la actuación procesal se derive la presencia de algún obstáculo para ejercer esa facultad en alguna de las formas señaladas, ni el libelista así lo demostró.

Tampoco se advierte un desconocimiento del derecho a la defensa técnica de BERRÍO MORALES por haberse practicado una diligencia de reconocimiento sin la presencia de su defensor que se llevó a cabo en el Hospital Universitario de Caldas. Debe tenerse en cuenta que esta se efectuó el primero de diciembre de 1994 y para ese momento estaba vigente el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal que autorizaba a confiar la defensa del procesado a cualquier ciudadano honorable, siempre que no fuera servidor público.

Fue mediante sentencia C- 049 del 8 de febrero de 1996, que la Corte Constitucional declaró la inexecutable de esa norma y según en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), “las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la [Constitución Política](#), tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”, lo cual allí no ocurrió.

En este punto discrepa la Sala del criterio del señor Procurador Delegado, para quien la prueba resulta ilegal por haberse nombrado a una profesional de la salud para que asistiera al sindicado, debido a que no pudo ser localizado un abogado, pues como se vio, para esa época una tal actuación tenía soporte legal.

En lo que sí acierta el colaborador fiscal es en la restante crítica al cargo propuesto,

por cuanto si lo pretendido por el libelista era demostrar la ilegalidad del medio probatorio, debió postularlo por la causal primera de casación, cuerpo segundo, por tratarse de un error derivado del proceso de formación e incorporación de la prueba, ante la inobservancia de las normas que la regulan, configurándose por tanto, un error de derecho por falso juicio de legalidad. Pero además el censor tenía la carga de demostrar la incidencia de tal desacierto, al punto que la exclusión del medio de convicción, traía como efecto alterar el sentido de la decisión atacada.

Además, de la lectura de los fallos de instancia es claramente perceptible que la prueba de reconocimiento no constituyó fundamento probatorio importante para derivar el compromiso de responsabilidad del procesado frente el hecho imputado. Así lo confirman las siguientes consideraciones del juez colegiado:

“La prueba de cargo que procesalmente milita contra el acusado JAIME BERRÍO MORALES es esencialmente de índole testimonial, aportada por las personas que directamente percibieron la consumación del hecho punible, amén de la aceptación que hiciera el propio acusado de haber estado presente en el sitio del acontecimiento. El análisis conjunto de esa plural prueba incriminadora conlleva a la certidumbre requerida para fundar sentencia condenatoria, como ha sido la conclusión del a quo”8.

Finalmente no sobra señalar que los abogados que nombró el procesado para que lo representaran, estuvieron al tanto de la actuación procesal cumplida, sin que se advierta desconocimiento del derecho a la defensa técnica del procesado que, como lo tiene dicho la Corte a través de la jurisprudencia, su vulneración solo es predicable frente a una real e irreparable lesividad de sus intereses, que en este caso no se vislumbra.

El cargo no puede prosperar ante la falta de técnica y razón del libelista.

1. Segundo.

En esta oportunidad formula el demandante similar reproche, pero amparado por la causal primera de casación, como quiera que acusa la sentencia del Tribunal por violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de derecho por falso juicio de legalidad. Sin embargo, de la lectura integral del cargo, es fácil advertir que ningún vicio en la aducción de las pruebas es el fundamento de su demanda, sino que, de manera equivocada identifica como un requisito de validez de las mismas que estas se evacúen en presencia del defensor del procesado, para así tener la oportunidad de controvertirlas.

2.1. Las únicas diligencias a las que por disposición de la ley debe asistir el defensor, son aquellas que se practiquen en presencia o con la intervención del procesado, a riesgo de ser consideradas inexistentes (art. 310 del C de P.P. anterior y 305 del actual).

De otra parte, si se llegara a advertir que las pruebas se practicaron sin el lleno de los requisitos legales, esta situación no afecta más que a la prueba misma, pero no trasciende a la actuación. Por lo tanto no es posible derivar de allí un presunto desconocimiento de las formas propias del juicio ni, menos aún, del derecho de defensa, salvo que se acredite que la aducción ilegal de determinado medio de prueba incidió negativamente en la situación del implicado.

Ahora, si la censura estaba orientada a demostrar que las pruebas acopiadas en la etapa preliminar de la actuación no pudieron ser controvertidas y que se desconoció el derecho a la defensa, esos reproches eran demostrables a través de la causal tercera de casación, como lo hizo en el primer cargo, pero de acuerdo con las pautas técnicas allí señaladas y que el censor no tuvo en cuenta.

2.2. En cuanto a la réplica del casacionista referida a que su representado JAIME BERRÍO MORALES estuvo completamente solo durante un tramo del proceso en la defensa de sus intereses porque el abogado que nombró estaba impedido para actuar por haber vencido

su tarjeta provisional, merece varias respuestas: De un lado, no es a través de la causal primera de casación que pueda esgrimirse el desconocimiento de tal garantía fundamental, pues expresamente la causal tercera ha sido consagrada para ese fin. De otro, como bien lo indicó el Tribunal Superior de Manizales, el vencimiento de la licencia temporal de quien había venido atendiendo los intereses del procesado, no generaba por sí mismo la nulidad de la actuación, sino, a lo sumo, una sanción disciplinaria al litigante.

En estas condiciones, la censura no puede prosperar.

1. CASACIÓN OFICIOSA.

Solicita el Procurador Delegado la nulidad de lo actuado por violación del derecho a la defensa del procesado, desde el cierre de la investigación, con fundamento en el vencimiento de la licencia temporal del abogado que para ese momento atendía los intereses de BERRÍO MORALES.

Opina al respecto, que vencido el tiempo que concede el artículo 31 literal a) del Decreto 196 de 1971 para ejercer la profesión con licencia temporal otorgada por el respectivo tribunal, desaparece tal habilitación legal y, por tanto, cualquier intervención que se haga por el defensor, debe reputarse como la actividad de un particular no habilitado para la defensa de intereses ajenos.

Agrega que si bien el citado Decreto establece la improcedencia de la nulidad de la actuación en casos como el que aquí se estudia, ésta disposición contraría el mandato contenido en el artículo 29 de la Carta Política en cuanto a la representación de los intereses del procesado por un “abogado”, entendiéndose como tal a quien haya sido autorizado por el Estado para ejercer la profesión.

3.1. La Sala no desconoce el mandato constitucional frente a la garantía del derecho fundamental a la defensa, tanto material como técnica, en forma permanente y continua durante toda la actuación penal. Pero ello no significa necesariamente que si en un momento de determinado el procesado no estuvo asistido legalmente por un defensor, la actuación deba considerarse inválida.

3.2. En el caso que es materia de examen, el abogado que venía representando los intereses de BERRÍO MORALES estaba autorizado para ejercer la profesión con licencia temporal otorgada por el Tribunal Superior de Manizales, que venció el 15 de abril de 1995, esto es días antes ordenarse el cierre de investigación, lo cual ocurrió el 27 de ese mes y año.

Sin embargo, no es posible entender que una tal situación sea generadora de nulidad, si es claro que la misma no tiene la capacidad de comprometer la validez del proceso. Es que la garantía del derecho a la defensa no puede hacerse depender de la vigencia o expiración del documento que acredite al defensor como profesional del derecho, ni tiene incidencia en el grado de idoneidad ni en los conocimientos adquiridos para desarrollar la actividad defensiva. Como lo ha venido sosteniendo la Corte, por tratarse de un derecho de carácter subjetivo, su desconocimiento debe sopesarse en el marco de la actividad que el designado como tal desplegó, atendiendo a las eventualidades procesales que debió enfrentar y a las reales posibilidades de defensa.

Por ello la Corte se mantiene en su criterio que de antaño fijó en los siguientes términos:

“El ejercicio del derecho a la defensa, es condición de validez del proceso. Como garantía constitucional de la persona, debe ser continuo y unitario. Ello hace que no pueda ser negado o restringido durante el desarrollo de la actuación procesal. Si así ocurre, la relación jurídico-procesal se hace ineficaz, imponiéndose la declaratoria de nulidad desde el momento en que aparezca su conculcamiento.

Sin embargo, como lo ha sostenido la jurisprudencia, el alcance absoluto que a este principio se otorga no autoriza para tener cualquier irregularidad como constitutiva de su violación. Impera, en los eventos en que se pone en entredicho su observancia, el examen, desde una perspectiva material, de los vicios aducidos y sus efectos frente al contenido de esta garantía. Sólo a partir de entonces, puede establecerse, por este aspecto, la validez del proceso.

De acuerdo con estos criterios, encuentra la Corte que la garantía del derecho a la defensa, en cuanto tiene que ver con los sentenciados en este caso y, en particular, con el recurrente en casación (...), no ha sufrido compromiso tal que determine la infirmación del fallo en los términos en que se demanda por el censor.

La expiración de las licencias que autorizaban a los abogados para servir la representación de los procesados, por sí sola no genera la ausencia de defensa técnica que alega el casacionista. Desde el punto de vista del ejercicio real de la defensa, esta circunstancia en nada ha incidido en relación con las garantías de los inculpad⁹os”.

3.3. Ahora bien; el desconocimiento a la defensa técnica, entendido como el abandono de la gestión encomendada, debe analizarse en cada caso en particular. Tal parece que es a donde se orienta la postura argumentativa del señor Procurador, quien opina que el Tribunal ha debido revisar la actuación cumplida por el egresado, antes de revocar la declaratoria de nulidad que por el vencimiento de su licencia temporal había decretado el a quo, y si la misma podía considerarse nula.

Según el Delegado, el citado defensor dejó de hacer presencia en una parte de la investigación en que era crucial su intervención, esto es, al cierre de la investigación y al momento de la calificación del mérito del sumario.

Es cierto que en esa etapa de la actuación el letrado no desplegó ninguna actuación en

pro de los intereses de BERRÍO MORALES, pero la pretensión anulatoria no puede sustentarse simplemente en la falta de actividad del defensor de turno, sino que es imprescindible demostrar que ésta fue trascendente, al punto que incidió negativamente en la situación del procesado. Es decir que esa falta de actividad causó un efecto lesivo que hubiera podido evitarse, o por lo menos hacer menos gravosas sus consecuencias.

Igual sucede con la solicitud de una entrevista que el encartado le hizo al fiscal instructor y que no recibió una adecuada respuesta, en donde hacía alusión a una posible colaboración con la administración de justicia, pues apenas mereció una mención en la calificación del mérito del sumario y, según el Delegado, tendría incidencia en el trámite del asunto y en las consecuencias punitivas.

Debe decirse al respecto que las anotadas irregularidades puestas en consideración por la Procuraduría, no tienen ninguna concreción frente a la realidad de la actuación que se adelantó contra JAIME BERRÍO MORALES en aras de demostrar la real utilidad de una declaratoria de nulidad, quedándose en el plano de lo formal, y haciendo caso omiso del perjuicio que se pretende remediar.

Aparte de la trascendencia del vicio denunciado, tiene dicho la Sala que si la irregularidad es oportunamente corregida, ningún sentido tendría invalidar un trámite para que se repitan las actuaciones que ya fueron ejecutadas. Una revisión de la tarea cumplida por los defensores de turno del procesado, permitirá concluir que su derecho a la defensa no le fue conculcado.

Al respecto se tiene que desde el momento en que fue vinculado mediante indagatoria, JAIME BERRÍO MORALES otorgó poder al profesional del derecho que lo asistió durante la etapa instructiva, quien se notificó de la medida de aseguramiento proferida en contra de su patrocinado, solicitó copias de lo actuado hasta ese momento y, con base en ello, solicitó

la práctica de nuevas pruebas en orden a determinar, según él, al verdadero responsable de la infracción.

La fiscalía instructora estimó conducentes las pruebas solicitadas y de manera oficiosa dispuso la práctica de otras, se notificó al defensor de tal decisión, quien asistió a las declaraciones de Ovidio Oyola (ampliación) y Luis Emilio Patiño Salazar, acompañó a su representado a la ampliación de indagatoria y se notificó del dictamen pericial (necropsia).

Así se cumplió la labor del litigante que acreditaba su profesión con la licencia temporal.

Ya en la etapa de la causa, el nuevo defensor del procesado solicitó copias de todo el proceso y en la diligencia de audiencia pública se refirió a los testimonios de Gabriel Sierra Buitrago y Ovidio Oyola y solicitó se absolviera al procesado por falta de prueba para condenar.

Encuentra la Sala que este profesional ejecutó los actos defensivos que se reclaman por el representante del Ministerio Público y ninguna justificación tendría invalidar la actuación cuando con posterioridad a la fase que se pregona como irregular, aquella se cumplió con la plena garantía de los derechos del procesado.

Finalmente, en cuanto a la entrevista que el sentenciado solicitó al fiscal y que según el Procurador no tuvo respuesta adecuada, observa la Sala que posteriormente BERRÍO MORALES, reiteró tal solicitud y explicó que su abogado le había informado que si colaboraba para la captura del otro partícipe le podían dar la libertad y perdonarle la condena de Chinchiná; que había absoluta reserva y que él podía colaborar en tal situación siempre que se le respetaran sus garantías¹⁰.

Es cierto que en el calificadorio no se dio una respuesta expresa de esa solicitud, tal vez por lo improcedente de la misma y, por ello, en la misma providencia se ordenó

expedir copias para que se investigara por cuerda separada la identidad y responsabilidad del copartícipe del homicidio.

Entonces, la posible colaboración con la justicia y sus consecuencias punitivas contempladas por la Procuraduría, no tienen ningún asidero. El mismo procesado renunció a obtener una rebaja punitiva cuando en su ampliación de indagatoria el fiscal le preguntó si quería insistir sobre la sentencia anticipada que ya había solicitado y este respondió: “No señor, solicito que se investigue bien”¹¹

En conclusión la Sala no accederá a la solicitud elevada por la Procuraduría, en tanto no observa ninguna justificación para invalidar la actuación adelantada contra JAIME BERRÍO MORALES.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Se advierte que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
ARGOTE

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO
TRUJILLO

ÉDGAR

LOMBANA

Comisión de servicio

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN
BARÓN

MARINA PULIDO DE

Salvamento de voto

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folios 4, 15, 31 y 37.

2 Folios 86, 115, 118 y 136.

3 Folios 163,170,175 y 188.

4 Folios 200, 250 y 264.

5 Folios 303 y 344.

6 Folios 4 y vto.

7 Folio 9.

8 Folio 315.

9 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Junio 27 de 1990, M.P., Dr. Dídimio Páez Velandia.

10 Folio 117.

11 Folio 90.