

Proceso N° 13881

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE CÓRDOBA POVEDA

Aprobado acta N° 102

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001).

V I S T O S

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el procesado JOSÉ FERNANDO CALLE CALLE contra la sentencia del Tribunal Nacional, emitida el 3 de enero de 1997, por medio de la cual, al confirmar con una modificación la de un Juzgado Regional de Medellín, lo condenó a la pena principal de 504 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 120 meses, como autor de los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir con fines terroristas.

H E C H O S

Fueron sintetizados así por el Juzgador de primera instancia:

“Dan cuenta estas constancias procesales que en el barrio París de esta ciudad (se refiere a Medellín), por el primer semestre del año de mil novecientos noventa y cuatro, venía operando una banda de personas al mando de José Fernando Calle Calle, alias el Poche, y la cual estaba integrada por varios hombres, entre los que se contaban

Fernando Barrientos Montoya, alias Sopa de Arroz, y Julio Hernán Bolívar Bernal, alias Ternera, la cual estaba sembrando el terror y la zozobra en todos los moradores de dicho barrio, pues exigían dinero a las personas, a los conductores de los buses, a los dueños de comercios y mataban a las personas por motivos intrascendentes, mediante órdenes impartidas por el primero de éstos, y las cuales eran cumplidas por otros miembros integrantes de la misma.

“Fue así como veinte días antes a estos hechos hubo de ser ultimado el joven Javier Augusto Mesa a manos de Diego Mauricio San Martín, mediante orden impartida por José Fernando Calle, sobrino de la señora Luz Estela Pamplona Piedrahita, residente en dicho barrio, la que procedió a denunciar el hecho ante las autoridades.

“Ocurrió que el día miércoles veinticinco de mayo del citado año, siendo aproximadamente las siete y media de la noche se encontraba la señora Luz Estella Pamplona Piedrahita en la cancha de fútbol que queda contigua a la Iglesia del prementado barrio, en compañía de su hija Liliana Patricia Álvarez Pamplona y de Lina María Peláez, cuando observaron la presencia de dos personajes que, provistos en sus manos de sendos revólveres y embozados, se acercaban hacia ellas y ante el estupor de los presentes, tomaron del cabello a doña Luz Estella disparándole repetidamente contra su humanidad, dejándola tendida en el piso. Mas, como ésta exhalara un lamento, aquéllos se devolvieron y la remataron a tiros, para después alejarse tranquilamente del lugar.

“Liliana Patricia, ante el espeluznante episodio, tomó a su progenitora y la subió a un bus y fue a avisar a su casa, cuando pudo observar que los autores del atentado a quienes había logrado identificar como Julio Hernán Bolívar Bernal y Juan Fernando Barrientos Montoya le estaban entregando las armas a Luis (sic) Fernando Calle Calle en el quicio de la puerta de la casa de éste, por lo que procedió a llamar a la Base Militar que está ubicada en ese mismo barrio, produciéndose la aprehensión de Luis (sic)

Fernando Calle Calle y posteriormente se logró la captura de los otros dos personajes...”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Practicada la diligencia de levantamiento del cadáver y presentada la correspondiente denuncia, la Unidad Seccional de Fiscalías de Bello, mediante resolución del 27 de mayo de 1994, declaró la apertura de la instrucción.

Escuchados en diligencia de indagatoria Julio Hernán Bolívar Bernal, Juan Fernando Barrientos Montoya y José Fernando Calle Calle y recibidos varios testimonios, la situación jurídica les fue resuelta, el 2 de junio de esa anualidad, con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio.

Allegadas otras probanzas y ampliadas las indagatorias, un Fiscal Regional de Medellín, quien ya conocía del diligenciamiento, modificó la medida de aseguramiento, toda vez que varió la calificación jurídica provisional dada a los hechos y, en consecuencia, les imputó a los procesados la comisión de los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir con fines terroristas.

La investigación se cerró el 28 de diciembre de 1994 y el 6 de febrero de 1995 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los sindicados, por los delitos citados en precedencia, decisión que fue confirmada, el 8 de agosto siguiente, por la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Nacional.

El expediente pasó a un Juez Regional de Medellín que, luego de tramitar el juicio en debida forma, dictó sentencia de primera instancia, el 9 de septiembre de 1996, de la siguiente forma:

1.- Condenó a José Fernando Calle Calle a la pena principal de 504 meses de prisión y a la

accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 104 meses, como autor intelectual de los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir con fines terroristas. Igualmente, le impuso el pago de perjuicios morales en un monto equivalente en moneda nacional de 100 gramos oro a favor de los perjudicados por el punible de homicidio.

2.- Condenó a Juan Fernando Barrientos Montoya y a Julio Hernán Bolívar a la pena principal de 498 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 104 meses, como autores materiales de los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir con fines terroristas. Así mismo, les impuso el pago de perjuicios morales en un monto equivalente en moneda nacional de 100 gramos oro a favor de los perjudicados por el punible de homicidio.

Apelado el fallo por los procesados y por el defensor de Calle Calle y en razón al grado jurisdiccional de la consulta, el Tribunal Nacional, lo modificó, en el sentido de condenarlos al pago de perjuicios morales a la suma equivalente en moneda nacional de 300 gramos oro para cada uno de ellos, por razón del delito de homicidio.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de José Fernando Calle Calle, al amparo de la causales tercera y primera de casación, formula dos cargos contra la sentencia, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo:

Acusa al sentenciador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por ausencia de defensa técnica, yerro que cobija a los tres procesados, esto es, a José Fernando Calle Calle, a Julio Hernán Bolívar Bernal y a Juan Fernando Barrientos Montoya. “Si bien alguno o algunos de éstos, tuvieron la escasa actuación de sus

defensores, bien de oficio ora contractuales, no llenan la expectativas del artículo 29 de la C.N. ...”.

Acota que en el recurso de casación “la nulidad que afecta a uno de los procesados, cobija por igual a todos y cada uno de los cosindicados”.

En lo que atañe a Julio Hernán Bolívar, sostiene que se le escuchó en diligencia de indagatoria acompañado de defensor de confianza, profesional del derecho que también asistió a Calle Calle.

Agrega que el citado letrado no desplegó ninguna actividad defensiva, ya que una vez que se notificó de la resolución mediante la cual se le resolvió la situación jurídica, el 21 de junio de 1993, “y viéndose incapacitado para la defensa, decidió renunciar al cargo encomendado...”, lo que originó que el sindicato Bolívar estuviese por un amplio lapso sin ningún tipo de defensa. Además, el instructor le nombró varios defensores de oficio que no “quisieron asumir la defensa”, tal como ocurrió con el doctor Juan Fernando Gutiérrez.

Afirma que ante esa circunstancia el procesado Bolívar le otorgó poder al doctor Patricio Gaviria Patiño, quien se posesionó el 8 de agosto de 1994 y sólo desplegó como actividad defensiva acompañarlo en la ampliación de indagatoria, sin que hubiese presentado alegatos precalificatorios y participado en el recaudo probatorio, ni aconsejó a su representado respecto a la posibilidad de acogerse al instituto de sentencia anticipada, diligencia aquella que generó la modificación de la medida de aseguramiento, en el sentido de imputarle la comisión del delito de concierto para delinquir.

Dice que proferida la resolución de acusación, el citado letrado le substituyó, sin ninguna razón aparente, el poder al doctor Iván de Jesús Barrientos, profesional al que no se le dio posesión, y que, a su vez, también substituyó el mandato al doctor Hernán

Ramírez, el 17 de abril de 1995, e igualmente tampoco se le dio posesión.

Posteriormente, este último profesional del derecho presentó escrito, el 27 de septiembre siguiente, en el que manifestó que “no aceptaba el poder sustituido por los doctores JULIO HERNÁN BOLÍVAR y PATRICIO GAVIRIA, quienes tampoco podían ser defensores porque eran empleados públicos”.

Por lo expuesto, asevera que el fiscal regional ni el juez de la misma especialidad se percataron de dicho “descuido” que atentaba contra los derechos fundamentales, tales como el debido proceso y el derecho de defensa.

Advierte que en la etapa del juicio y precisamente el 11 de octubre de 1995, la Secretaría Común “opta por acordarse de él”, por lo que procedió a nombrarle como defensor de oficio al doctor Ariel Martínez, quien se excusó el 23 del mismo mes y año, por llevar más de 25 defensas. Igual sucedió con los doctores Rodrigo e Inés Mesa.

Agrega que tan sólo el 3 de enero de 1995, “en acertado auto”, el juzgado le designó como defensor de oficio al doctor Jairo Iván Ochoa, quien presentó, el 29 de febrero de 1996, escrito solicitando la práctica de unas pruebas. Sin embargo, sostiene que dicho profesional del derecho nunca fue posesionado, tal como se aprecia al folio 426.

Respecto del acusado Juan Fernando Barrientos, asevera que careció de una defensa técnica, “teniendo que limitarse a ejercer una mala e inobservable defensa material, ya que sus diferentes defensores, ya sea contractuales ora de oficio nunca se dignaron presentar en su favor un solo memorial”.

Afirma que el 27 de mayo de 1994 le fue nombrado como defensor de oficio para la diligencia de reconocimiento en fila de personas al doctor Heber Hiliarte. Sin embargo, para la ampliación de indagatoria que se llevó a cabo el 31 de ese mes y año, se le designó como defensora a la señora María Noelia Zapata, portadora de la cédula de ciudadanía número 42.968.878.

A continuación efectúa un breve comentario sobre el fallo C-049 de 1996 de la Corte Constitucional, en el que se declararon inexecutable los artículos 148.1 y 161 del Código de Procedimiento Penal, al considerar que los mismos transgredían el artículo 29 de la [Constitución Política](#).

Enseguida transcribe varios apartes de sentencias de la Sala y de la Corte Constitucional sobre el derecho de defensa y concluye que de acuerdo con el expediente, el señor Fernando Barrientos permaneció sin defensor desde el 27 de mayo de 1994 hasta el 3 de junio del mismo año, fecha en la que le otorgó poder al doctor Gómez Bolívar, quien sólo presentó dos escritos. El primero, que contenía el mandato y el segundo, cuando renuncia al mismo.

Después pasa a reseñar los defensores que tuvo el citado procesado, con el fin de resaltar el estado de indefensión en que estuvo, razón por la cual, a su juicio, debe declararse la nulidad de la actuación.

En lo atinente a su defendido, esto es, a José Fernando Calle Calle, reconoce que fue el que más contó con defensa técnica, sin embargo, estima que también fue insuficiente por las siguientes razones:

Arguye que si bien compartió defensor con el coprocesado Julio Bolívar, el que lo asistió en la diligencia de indagatoria, aquél lo abandonó cuando le fue resuelta la situación jurídica, por lo que nombró al doctor Carlos Laverde, quien, como primera actuación, solicitó copias de todo el diligenciamiento “y pretendió llevar desde el escritorio de su oficina, tan delicada defensa”, no pidió pruebas ni participó en las que se decretaron, con el fin de ejercitar el derecho de contradicción. Su única labor consistió en presentar alegatos “concluyentes, asistir a una indagatoria y a sustentar apelaciones”, aspectos que, en su criterio, no satisfacen los requisitos que contempla el artículo 29 de la Constitución Política para que se pueda predicar que el

procesado contó con defensa técnica, razón por la cual debe declararse la nulidad invocada, “a partir del primer auto de detención, inclusive”.

En el capítulo que llamó “FUNDAMENTOS”, advierte que ninguno de los procesados contó con una defensa técnica suficiente, desconociéndose lo preceptuado en el artículo 29 citado, recordando para el efecto varias decisiones de la Sala y de la Corte Constitucional sobre el tema.

Luego de citar a varios doctrinantes, en el título que llamó “NULIDAD CON RESPECTO A LA RECEPCIÓN DE LA INDAGATORIA O CON OCASIÓN DE ELLA” y después de apoyarse en otros autores y en jurisprudencia de la Corte, pasa a referirse a varios apartes de las indagatorias rendidas por los procesados Juan Fernando Barrientos Montoya, Julio Hernán Bolívar y José Fernando Calle Calle, de la siguiente manera:

Respecto a los dos primeros, sostiene que no se les concretó el cargo de homicidio agravado, impidiéndoseles de esta manera el derecho de defensa. Sin embargo, reconoce que al primero sí se le preguntó por el punible de concierto para delinquir.

Finalmente, en torno a su defendido, luego de copiar dos preguntas que se le formularon en la diligencia de indagatoria, textualmente dice:

“a) A mi poderdante a través de toda su indagatoria, se le interroga por hechos investigados en otro proceso, sin que se investigara por lo acontecido en hechos objeto de la investigación por la cual había sido detenido. Esto es completamente inconstitucional, ya que al señor FERNANDO CALLE CALLE se le había dado libertad en ese otro proceso, donde se investigaba la muerte de JAVIER AUGUSTO MESA.

“b) De otro lado, tenemos que a JUAN FERNANDO CALLE, menos que a los otros dos implicados, se le concretó cargos por la muerte de la señora LUZ ESTELLA PAMPLONA, nunca fue interrogado por quiénes eran los autores o partícipes de dicha muerte, nunca

se le interrogó, si él había mandado matar a la citada, qué motivos tenía, si entre ellos existía enemistades, y lejos de imaginarse, despacho alguno le concretó como coautor, partícipe, autor intelectual, por delito alguno, bien llámese homicidio, tentativa de homicidio, homicidio calificado y agravado, lesiones personales.

“Caso diferente ocurrió en la ampliación de indagatoria efectuada por la Fiscalía Regional obrantes a los folios 187-188, donde se le concreta el cargo por concierto para delinquir”.

Advierte que en la providencia del 2 de junio de 1994, mediante la cual se les dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, sólo se les imputó el delito de homicidio simple, lo que, a su juicio, constituye una anomalía procesal que cobija a todos los acusados, toda vez que, posteriormente, se les acusó, a título de coautores, por los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir., por los que fueron condenados.

En consecuencia, insiste en que nadie puede ser juzgado y menos condenado por cargos desconocidos o “abstractos”, los que no “se le concretaron a ninguno de los sindicados, en la primera diligencia de indagatoria. Cargo por ejemplo como el de homicidio y el de concierto para delinquir”.

Anota:

“Olvidó la Fiscalía efectuar un estudio más pormenorizado del asunto y encontrándose la etapa sumarial en un estudio embrionario, debió sanear todo lo actuado, desde el momento mismo que recibió el proceso, decretándose la nulidad de lo actuado, y ordenándose su vinculación nuevamente por medio de indagatoria, a los sujetos pasivos de la acción penal. Hecho que no se hizo y, por el contrario, se llenó de irregularidades sustanciales la actuación sumarial, que afectaron el debido proceso; y las demás actuaciones procesales, realizadas tanto por los funcionarios de la instrucción, como del juzgamiento, quedaron viciadas de nulidad absoluta”.

Finalmente, sostiene que dicha irregularidad transgrede el debido proceso, por lo que debe decretarse la nulidad, de acuerdo con lo reglado en los numerales 2° y 3° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal. Así mismo, pide a la Corte que si del estudio de la actuación advierte cualquier otro yerro in procedendo, proceda a invalidar la actuación haciendo uso de la oficiosidad.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, decretar la nulidad de todo lo actuado, a partir de la diligencia de indagatoria, ordenando la libertad provisional de los procesados.

Segundo cargo:

Con apoyo en la causal primera de casación, dice que el fallo violó una norma de derecho sustancial, por yerros de hecho en la apreciación de la prueba.

Sostiene que los diferentes funcionarios que conocieron de la actuación se equivocaron al haber vinculado a su protegido por el delito de homicidio agravado, pues sustentan sus providencias “en la manifestación de la hija de la occisa, cuando dice que ella a más de media cuadra vio a HERNÁN BOLÍVAR y FERNANDO BARRIENTOS cuando le hicieron entrega de las armas de fuego, describiendo a saciedad las diferentes armas...”, máxime que ese día el lugar sólo estaba alumbrado con una lámpara de la iglesia, la que reflejaba hasta la cancha.

Luego de transcribir varias preguntas que se le formularon a la deponente en la inicial declaración, afirma que en las respuestas deja entrever sus mentiras con el fin de incriminar a su representado, persona que no podía ser de su agrado, pues él tenía embarazada a una prima suya y había expulsado de la banda a sus primos y a su señora madre “la hoy occisa, la cual según certificaciones de los cuerpos técnicos de investigación, era un miembro activo de la banda del puente; aparte de que éste según su relato mandó a matar a uno de sus primos y había amenazado a su señora madre. Por

lo tanto, tenía motivos de sobra para pretender incriminar, a aquella persona que consideraba su enemigo mortal”.

Manifiesta que de su segunda declaración se infiere que ella pretende hacer creer que en 5 minutos pudo recoger del suelo a su señora madre, subirla a un bus, “conseguir a unos amigos para que la cuidaran, mientras ella iba avisarle a su abuelita y hablar con su amiga YAMILE, aparte de eso, con todo lo que tuvo que hacer con su señora madre recién herida, tuvo tiempo y la capacidad mental, la plena lucidez, de observar cómo los que mataron a su mamá, caminaban, cuál era su porte, su forma de motilado, el color de su cabello, y sus ojos, hacia donde se dirigieron, qué bus tomaron, hacia donde se dirigió el bus, cuanto trayecto recorrió el bus, donde se bajaron, y cuantas cuerdas caminaron. Todo esto en un lapso de tiempo de cinco minutos y en medio de una tremenda agitación y dolor por el herimiento de su madre”.

Asevera que todo lo anterior es imposible de realizar, teniendo en cuenta el espacio temporero espacial y la iluminación de la cancha. De igual manera, califica como sospechoso que Liliana Patricia, en la primera declaración, no hubiese mencionado a su amiga Yamile Calle Mora y que haya observado a una distancia aproximada de 30 metros qué le entrega un sujeto a otro, esto es, afirmar con certeza que se trataban de dos revólveres y proceder a describirlos detalladamente, como tamaños, colores, que tenía cacha de caucho, etc.

En consecuencia, dice que si estas afirmaciones no fueron falsas, las habría hecho inicialmente en la diligencia de levantamiento del cadáver, las que dada su trascendencia, habrían determinado la captura inmediata de los partícipes, razón por la cual no entiende el por qué la declarante en esa oportunidad sólo sostuvo que su señora madre estaba amenazada, por cuanto había denunciado la muerte de Javier Augusto Mesa, sin informar quien la estaba amenazando.

Tampoco manifestó que las personas que causaron la muerte de su progenitora se subieron a un bus y se bajaron a una cuadra y le entregaron las armas al POCHE. “También resulta extraño, que al poco rato de ocurridos los hechos, la policía allanó la residencia del Poche, para capturarlo y no encontró ningún tipo de armas”.

Luego de copiar un fragmento del testimonio de Lina María Peláez, asevera que trata de acomodar su versión con la suministrada por Liliana, y “montar una plataforma de lanzamiento para la declaración que iba a presentar YAMILE CALLE, pero de paso presenta grandes contradicciones en su declaración”, en lo referente a si los partícipes se cambiaron de ropa antes o después del hecho, a quienes miraban mal, “en qué momento fueron entregados los totes” y, menos, las razones que tuvo para haber informado que las armas se las habían entregado al Poche, pues no se conoce la distancia en que se encontraba ella respecto del citado Poche y sus amigos.

Anota que Lina María hace una declaración de un imposible fáctico, toda vez que “después de determinada distancia no se puede afirmar qué objeto se posee en las manos, qué se mete una persona dentro de la pretina o por el bolsillo de un pantalón, al punto que es imposible manifestar y afirmar, en forma concreta quien es fulano o perano, que ropa lleva puesta, y dar sus características en la forma que las declarantes lo han manifestado”.

Añade:

“Considera la defensa que tanto al señor investigador como al fallador les faltó un análisis pormenorizado, de los diferentes testimonios, con base en la sana crítica. Para tener esta prueba como plena prueba de la culpabilidad de mi poderdante, debieron los diferentes funcionarios ordenar una diligencia de inspección judicial, acompañada de peritos idóneos, entre ellos, médicos legistas expertos en oftalmología, para que éstos determinaran tanto la capacidad visual de la deponente en el día y en la noche y con la

escasa iluminación del sector, para determinar precisamente eso, la iluminación del sector”.

Del mismo modo, dice que la menor Dannery Astrid Vásquez en su declaración, no hizo otra cosa que “recoger” las anteriores y acomodarlas, con el fin de que no presentaran contradicción “ni en secuencia, ni en temporalidad...”.

A continuación copia un aparte de su testimonio y sostiene, en el acápite que llamó “FUNDAMENTOS”, que los funcionarios judiciales deben analizar todas las pruebas que se alleguen al diligenciamiento con apoyo en la sana crítica. Dentro de ese entendido, y en tratándose de la testimonial, afirma que se debe analizar la capacidad del declarante, “tanto en su forma fisicomotriz para percibir hechos, o sea debe investigar sobre su capacidad visual, auditiva y sobre el resto de sus sentidos; de otro lado debe de analizar la capacidad física para percibir esos hechos, y la circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ocurrieron...”.

Después de referirse a las opiniones de varios doctrinantes sobre la estimación de los testimonios, concluye que el sentenciador no les realizó una verdadera valoración, ya que no “se trató por ningún medio de complementarlos, de aclararlos, de determinar si era cierto o falso el contenido de los mismos, por cuanto sólo tomó de ellos lo que le perjudicaba a su protegido, sin tenerse en cuenta los aspectos favorables, “ni se trató de investigar sobre la capacidad de los declarantes”, olvidando el contenido de los artículos 249 y 333 del Código de Procedimiento Penal, que los obliga a una investigación integral, tanto de lo favorable como lo desfavorable a los sindicados, razón por la cual “no se puede hacer en contra de una persona, una acusación de autoría intelectual, de tan grave hecho, sin tener un criterio objetivo, y una plena probanza en su contra”.

Agrega que el yerro obedeció a la falta de defensa de técnica “idónea” que padeció su defendido, por lo que “no pudo gozar de los beneficios de contradecir las pruebas aportadas, solicitar medios probatorios que lo llevasen a demostrar la realidad o falsedad de los declarantes en su contra”.

Por lo expuesto solicita que se case la sentencia impugnada y, en consecuencia, se absuelva al procesado de todos los cargos, o, en subsidio se le absuelva del cargo de homicidio agravado.

Igualmente pide a la Corte que en caso de que observe la existencia de alguna nulidad, la declare de oficio.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA CUARTA

DELEGADA PARA LA CASACIÓN

Primer cargo:

Inicialmente advierte que el libelista asumió unilateralmente la representación de todos los procesados, al denunciar violaciones del derecho de defensa con relación a todos ellos, cuando es claro que sólo representa al señor José Fernando Calle Calle.

Acota que en materia de nulidades rige el principio de la naturaleza residual, por lo que resulta “perfectamente posible que concurren nulidades ‘parciales’, puesto que la decisión invalidante puede cobijar solo la parte irregular de la actuación”.

Dentro de ese entendido, estima que no le asiste la razón al demandante cuando afirma que de presentarse la nulidad por violación del derecho de defensa respecto de uno de los coprocesados, la actuación surtida en torno de los restantes correría la misma suerte.

Luego de copiar fragmentos de dos decisiones de la Sala, conceptúa que el cargo no tiene vocación de éxito, dado lo intrascendente de los yerros denunciados.

Ante todo dice que el libelista carece de legitimidad para invocar nulidades respecto de los otros coprocesados cuya representación no tiene. Sin embargo, estima que le asiste el deber de examinar el reproche, pues de existir la irregularidad “la Corte ha de declararla oficiosamente”.

En lo relativo a Julián Hernán Bolívar Bernal, afirma que el libelista evidenció “fallas intrascendentes”, ya que si bien el procesado no tuvo defensor luego de que se le resolviera la situación jurídica, “puesto que renunció, no puede desconocerse que Bolívar Bernal otorgó poder al doctor Patricio Gaviria Patiño, y entre este evento y la dimisión de su abogado inicial, no se produjo decisión procesal alguna”. Ahora bien, advierte que no es cierto que el último profesional del derecho citado no se haya notificado de las decisiones, toda vez que se notificó de la providencia que adicionó la medida de aseguramiento. Así mismo, al letrado que le sustituyó el poder también se le notificó de la resolución de acusación.

Igualmente, resalta que no hubo actuación alguna entre la nueva sustitución y cuando se posesionó el nuevo defensor, después del incidente en que el sustituido no aceptó, máxime cuando el traslado “(art. 42 del Dec. 2790 de 1990, adoptado como legislación permanente por el art. 31 del Dec 2271 de 1991 y a su vez modificado por el art. 457 del C. de P.P.) no se había surtido a la espera de dotar de defensor a aquél (fl. 427), quien dicho sea de paso, adelantó profusa actividad en su favor”.

Añade:

“Como glosa marginal e insustancial del censor, mencionó que al doctor Ochoa Romero una vez nombrado, tan solo se le comunicó el encargo un año después, lo que no corresponde con la realidad procesal, pues basta aclarar que se trató de una lapsus

calami al encabezar el auto que disponía su designación (fl.424), ya que allí se anotó enero 3 de 1995, cuando en realidad corría el año de 1996, toda vez que la actuación inmediatamente anterior se surtió el 15 de diciembre de 1995”.

Después de advertir que los defensores que asistieron a Bolívar Bernal desplegaron actos defensivos, de transcribir jurisprudencia de la Corte sobre el tema, de lo inoficioso que resulta dar posesión a los defensores de acuerdo con la ley procesal, dice que la garantía fundamental de la defensa, “en este caso, se mantuvo incólume”.

En lo que atañe al sindicado Juan Fernando Barrientos Montoya, estima que si bien fue asistido en la indagatoria por una ciudadana honorable, sin embargo, dicha circunstancia ocurrió cuando el artículo 148 del C. de P. Penal no había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-049 del 8 de febrero de 1996, por lo que la actuación se ajusta a la legalidad.

De igual manera, considera que los defensores ejercitaron actos de defensa, así como también lo hizo el propio procesado al alegar de conclusión.

Insiste:

“Ahora, en ejercicio de la doble condición en que actúa la defensa (material y técnica), el procesado Barrientos Montoya solicitó una nulidad en la etapa de la causa, la cual se resolvió adversamente, siendo impugnada por éste y finalmente confirmada, de manera que lejos de aceptarse su desamparo, lo que se percibe es que siempre estuvo cobijado por la garantía, sin que se olvide que el procesado apeló la sentencia con los resultados ya conocidos”.

En consecuencia, no vislumbra irregularidad alguna que conduzca a la declaratoria de nulidad.

Finalmente, en lo que respecta al procesado José Fernando Calle Calle, acota que el libelista admitió en forma contradictoria que al acusado se le garantizó el derecho de defensa y, al mismo tiempo, que fue insuficiente, “por el hecho de que su defensor hubiera utilizado el tráfico epistolar exclusivamente para intentar la absolución de su cliente”.

Frente al argumento consistente en que a los procesados no se le interrogó por los delitos por los cuales fueron condenados, arguye que el censor se equivoca al entender que en la primera versión debe “endilgarse toda conducta por la que finalmente se sentencie, pues en el devenir de la instrucción que se puede evidenciar esa contingencia en razón de la asunción de nuevos medios de convicción, haciéndose necesario ampliar tanto las injuradas como la medida de aseguramiento, pues esta última es una decisión interina”.

Manifiesta que si bien cuando se les resolvió la situación jurídica a los procesados no se había avizorado la existencia del punible de concierto para delinquir con fines terroristas, en manera alguna tal circunstancia incide sobre la legalidad del diligenciamiento, pues cuando se advirtió su comisión, el mismo fue remitido al funcionario judicial competente, quien les amplió la indagatoria y les adicionó la medida de aseguramiento, por lo cual no le asiste la razón al casacionista.

Después de resaltar las preguntas que sobre los punibles por los cuales fueron condenados, se les formularon a los procesados en sus diferentes intervenciones procesales, agrega que ninguna de las irregularidades denunciadas cuentan con el debido respaldo probatorio, por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo:

Estima que el reproche aducido con apoyo en la causal primera de casación, por error de hecho, carece de las exigencias legales, tales como la de especificar las normas

vulneradas y el sentido del quebranto. Además, del contexto del libelo no se deducen “los complementos a las omisiones advertidas, puesto que de forma desordenada formuló sus quejas respecto de algunos medios de convicción”.

En cuanto a los reparos que le hace a la estimación de los testimonios que enlista, manifiesta que pretendió desarrollar el cargo por violación a las reglas de la sana crítica, con apoyo en sus personales apreciaciones, sin que resulten admisibles conforme a lo plasmado, en especial, en la sentencia de primera instancia.

De otro lado, dice que el censor equivocó la vía del ataque cuando se duele de que al diligenciamiento no se hubiesen incorporado varios medios de convicción, ya que dicha omisión probatoria se debió presentar por la vía de la causal tercera de casación.

Finalmente, sostiene que lo que hace el censor es anteponer su particular interpretación de los medios de convicción a la del sentenciador, sin que evidencie la duda alegada, por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

1.- Con apoyo en la causal tercera de casación, acusa al fallador de haber dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa técnica respecto de todos los procesados, yerro que se produjo en la etapa instructiva. Así mismo, reconoce que su representado fue quien estuvo más protegido en cuanto a la defensa técnica que reclama, aun cuando estima que fue insuficiente.

Igualmente, sostiene que al momento de ser escuchados en indagatoria, a los sindicados no se les interrogó por el delito de homicidio agravado que se les imputó, ni por el concierto para delinquir.

En cuando a su representado, afirma que tampoco se le concretó el cargo por la muerte de la señora Luz Estella Pamplona, aun cuando acepta que sí se le interrogó por el concierto para delinquir en la ampliación de la indagatoria.

Así mismo, denuncia que a los procesados se les profirió medida de aseguramiento de detención preventiva sólo por homicidio simple, pero, en forma anómala, se les acusó y luego condenó como coautores de homicidio agravado en concurso con concierto para delinquir.

2. Ante todo, es necesario precisar que el libelista carece de interés para solicitar la nulidad de la actuación, por presuntos vicios cometidos con relación a los procesados de quien no es defensor, sin que valga el argumento consistente en que “la nulidad que afecta a uno de los procesados, cobija por igual a todos y cada uno de los cosindicados”, ya que además de que no lo demuestra, no se percata que el derecho de defensa es individual, por lo que se puede quebrantar sólo en lo que atañe a un acusado, lo que comportará la nulidad parcial, es decir, de lo actuado sólo con respecto a él, permaneciendo incólume el proceso en lo que concierne a los demás, como lo preceptúa el artículo 90.3 del Código de Procedimiento Penal y lo ha reiterado la Sala¹.

Por otra parte, tampoco le asiste razón a la Procuradora Delegada cuando asevera que a pesar de esa falta de legitimidad, se debe examinar el reproche, pues de existir la irregularidad “la Corte ha de declararla oficiosamente”, como quiera que como lo ha dicho la Sala, ello no es posible, pues, al tenor del artículo 243 del C. De P. Penal, lo que se extiende a los no recurrentes, según el caso, es la decisión de la casación², que es un medio de impugnación extraordinario y rogado y no un instrumento oficioso para controlar la legalidad de los fallos, motivo por el cual la Sala únicamente se ocupará de los cargos relativos a la actuación cumplida frente a José Fernando Calle Calle.

3. La censura ostenta insalvables desatinos técnicos que la condenan al fracaso, así:

3.1. Entremezcla, de manera confusa, dos motivos de nulidad, a saber, el quebrantamiento del debido proceso y el del derecho de defensa, sin advertir que si bien el segundo se deriva del primero, han sido claramente diferenciados por la ley y la jurisprudencia, razón por la cual su vulneración amerita postulación y desarrollo autónomos, pues el primero es un vicio de estructura y el segundo de garantía, sin descartar que hay irregularidades que al mismo tiempo afectan los dos derechos, pero sin que evidencie que éste sea uno de esos casos.

3.2. Infringiendo el principio de autonomía de los cargos, intercala al interior del mismo reproche, varias censuras por nulidad que dado el alcance invalidatorio de cada una de ellas, ha debido enunciar y desarrollar de manera separada y respetando su prioridad. Tal ocurre cuando reclama por las deficiencias de la defensa técnica en la instrucción y, así mismo, por no haberse interrogado al procesado por todos los hechos punibles por los que fue acusado y condenado y por habersele proferido medida de aseguramiento sólo por homicidio simple y, no obstante, habersele acusado y condenado como coautor de homicidio agravado en concurso con concierto para delinquir.

Por otra parte, en lo concerniente a la violación del derecho a la defensa técnica, la que califica de deficiente, pues, según dice, el abogado se limitó a presentar alegatos de conclusión, asistir a una indagatoria y a sustentar apelaciones, lo deja sin desarrollo, a pesar de lo extenso de la disertación, pues no muestra por qué la defensa fue deficiente, esto es, qué fue lo que dejó de hacer, frente a las posibilidades reales de defensa del caso concreto, y cómo de haberlo hecho, ello hubiera redundado en beneficio del acusado.

Y es que, como lo ha repetido la jurisprudencia de la Sala3 no basta, para la prosperidad de la censura, efectuar una afirmación descalificadora de la actividad de la defensa, sino que es necesario indicar cuáles fueron las pruebas que no se solicitaron, o los recursos que no se interpusieron, o los interrogatorios que no se

hicieron, o los alegatos que no se presentaron y que de haberse llevado a cabo hubieran cambiado el sentido de la sentencia, a favor del procesado.

El cargo por vulneración del derecho de defensa, no se puede construir en abstracto ni con generalidades, sino en función de las reales posibilidades de contradecir los cargos y en forma que se evidencie que la alegada pasividad no corresponde a una estrategia defensiva sino a un abandono de la gestión encomendada.

4. Por otra parte, no aconsejar al procesado que pida sentencia anticipada, o que indemnice los perjuicios, o que colabore eficazmente con la justicia, no constituye trasgresión del derecho de defensa, pues acudir o no a ellos dependerá de la estrategia que se adopte en cada caso.

Tampoco es cierto que no se le haya interrogado en la indagatoria por el homicidio cometido en la señora Luz Estella Pamplona, como se infiere de las preguntas que se transcriben:

“PREGUNTADO: Libremente y si lo quiere, díganos si sabe el motivo por el cual fue retenido y se encuentra rindiendo esta indagatoria. CONTESTO: Por la muerte de la señora Luz Estella Pamplona”.

Más adelante se le interrogó:

“PREGUNTADO: Consta igualmente en el informativo que usted amenazó de muerte a Luz Estella Pamplona Piedrahita por haber denunciado al hipi como autor de la muerte de Javier Augusto Mesa Alvarez CONTESTO: No, eso es mentira. PREGUNTADO: Existe igualmente constancia de que Usted mandó a matar a esa ‘G. H. P.’ porque le caía muy mal, qué manifiesta Usted a eso?. CONTESTO: No, eso es mentira”.

En posterior ampliación de indagatoria, se le concretaron los cargos así:

“PREGUNTADO: Librementemente manifieste por qué se dice también en autos, que la señora ESTELLA PAMPLONA PIEDRAHITA, también hacía parte de dicha banda. Y que ustedes los compañeros, la asesinaron porque era muy bocona, y porque se había puesto a hablar cosas que sucedían dentro de la misma banda. CONTESTO: Pues eso es mentira, porque yo esa señora yo la conocí y era todo una señora ama de casa, eso es mentira.... PREGUNTADO: Librementemente manifieste quiénes serán los autores, cómplices, partícipes del delito que identifica y sanciona el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el artículo 4° del decreto 2266 de 1991. Más concretamente se trata del concierto para delinquir, y que se investiga en estas sumarias conjuntamente con el delito de homicidio y otros? CONTESTO: Yo no se”.

Finalmente, ninguna irregularidad hay en que se le haya proferido al acusado medida de aseguramiento por homicidio simple y se le haya dictado resolución de acusación y condenado como coautor de homicidio agravado en concurso con concierto para delinquir, pues como lo ha reiterado la Sala4, lo que exige el artículo 438 del C. de P. Penal es que no se cierre la investigación, sin que previamente se haya resuelto la situación jurídica del procesado, sin importar en qué sentido, pero sin que el contenido de esa decisión limite el de la calificación. Lo esencial es que sobre los hechos que son materia de ésta, se haya interrogado al procesado, pues si después de que se define situación jurídica se puede seguir investigando, es posible que surjan nuevas pruebas que den lugar a que lo consignado en ese proveído sufra profundas modificaciones.

Incluso, podrían presentarse cambios, sin que aparezcan nuevas pruebas, simplemente porque al momento de calificar se tenga una mejor comprensión de lo ocurrido y más informado criterio para decidir.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Segundo cargo

1. Acusa al sentenciador de haber violado de manera indirecta la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de los testimonios de Liliana Patricia Álvarez Pamplona, Lina María Peláez López y Dannery Astrid Vásquez López, con base en los cuales se dispuso la vinculación al proceso de José Fernando Calle Calle por el delito de homicidio agravado y se dictó la sentencia condenatoria, medios de convicción que estima contradictorios y no valorados conforme a las reglas de la sana crítica.

Agrega que dicho yerro tuvo su génesis en la ausencia de defensa técnica.

2. La censura ostenta insalvables desatinos técnicos que la condenan al fracaso e impiden cualquier pronunciamiento de fondo, así:

2.1. No indica cuáles fueron las normas sustanciales vulneradas con el error de hecho que denuncia ni su sentido, esto es, si fueron quebrantadas por falta de aplicación o por aplicación indebida.

2.2. Del mismo modo, no señala el falso juicio que determinó el error de hecho, es decir, si de existencia, por preterición o suposición (al haberse ignorado una prueba válidamente aducida al proceso, o al haberse supuesto como existente una no incorporada), o si de identidad (al haberse falseado su contenido material, haciéndole producir efectos que no se derivan de ella), o si consistió en que al valorar su mérito persuasivo el fallador desconoció ostensiblemente los postulados de la sana crítica.

2.3. De igual manera, transgrediendo el principio de autonomía que rige las causales de casación, entremezcla hipótesis propias de la nulidad, toda vez que acusa que el yerro de apreciación probatoria tuvo origen en la violación al derecho de defensa y en la vulneración al principio de la investigación integral.

2.4. Si se pudiese entender que el actor quiso referirse al error de hecho por falso raciocinio, cuando pretende demeritar la credibilidad que el juzgador le otorgó a dichos medios de prueba, los que, en su criterio, no se justipreciaron conforme a las reglas de la sana crítica, de todos modos la censura quedó a mitad de camino, ya que no indicó cuáles fueron las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia común vulnerados, de qué manera lo fueron y cómo ese error llevó al fallador a declarar una verdad fáctica distinta de la que revela el proceso.

Frente a los anotados desaciertos, el cargo no tiene vocación de éxito.

En 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,

R E S U E L V E

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
ARGOTE

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGU

No hay firma

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

1 casación 9202, marzo 20/96, M. P. Dr. Dídimio Páez Velandia.

2 casación 11223, noviembre 23/99, M. P. Dr. Mario Mantilla Nougés.

3 Ver, entre otras, casación 13029, agosto 11/98, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; casación 10106, septiembre 2/98, M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda; casación 13074, mayo 23/2001, M. P. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego.

4 Ver, entre otras, casación 31 de julio/97, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; única 10242, junio 9/98 M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda; casación 12741, septiembre 5/00, M. P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.