

Proceso No 14397

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.10

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Bogotá D. C., cinco de febrero del dos mil dos.

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 1º de octubre de 1997, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a los procesados JORGE ALBERTO OSPINA VASCO (a. Albertico o Beto) y JORGE HUGO ESTRADA ARIAS (a. Salo) a la pena principal privativa de la libertad de 41 años y 8 meses de prisión, como coautores responsables de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Hechos y actuación procesal.

El 9 de marzo de 1996, siendo aproximadamente las 11:30 de la noche, Raúl Alberto Correa Martínez salió de su residencia ubicada en el barrio Manrique Oriental de la ciudad de Medellín, a una tienda cercana en el parque Gaitán, donde se llevaba a cabo un festival popular organizado por el Instituto Metropolitano de la Recreación y el Deporte, con el fin de comprar una cerveza. Hallándose en el sitio, un sujeto conocido suyo lo encaminó alevosamente hasta la esquina siguiente, donde fue atacado con arma de fuego por otros individuos, y despojado de sus pertenencias. La víctima recibió dos impactos de bala en la cabeza que le causaron la muerte en forma

inmediata (fls.1, 4, 53 del cuaderno No.1).

El 17 de julio siguiente, en un operativo realizado por la Policía Nacional en el Barrio Manrique Oriental, dentro de una averiguación por el delito de extorsión, se logró la captura de varios integrantes de la banda conocida como “La 33”, entre ellos, de Jorge Alberto Ospina Vasco (a. Albertico o Beto) y Jorge Hugo Estrada Arias (a. Salo), quienes fueron puestos a disposición de la Unidad de Reacción Inmediata. Dos días después (19 de julio), Juan Carlos Correa Martínez y Fabián Andrés Calle Martínez (hermano y primo de Raúl Alberto Correa Martínez, respectivamente), se presentaron voluntariamente a la citada Unidad para informar, en declaración recibida bajo la gravedad del juramento, que los capturados, junto con “Pinguí”, habían sido los autores de la muerte de Raúl Alberto (fls.17 y 20/1).

Estas pruebas fueron trasladadas en copia auténtica a la presente investigación, donde el Fiscal escuchó de nuevo a los testigos en declaración (fls.40, 45/1), y practicó diligencias de reconocimiento en fila de personas con su intervención y la de Jorge Alberto Ospina Vasco y Jorge Hugo Estrada Arias (fls.55 y 61/1. Luego ordenó la apertura de la investigación (fls.63/1), escuchó en indagatoria a los implicados (fls.71 y 80/1), y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado agravado, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls.108/1).

Fabián Andrés Calle Martínez, en la declaración rendida dentro de este proceso, narró en los siguientes términos lo ocurrido la noche de la muerte de su primo Raúl Alberto: “Yo ese día que lo mataron, estaba bailando por ahí por la cuadra que había un baile, estábamos ahí con RAUL, entonces llegaron o mejor dicho llegó el mejor amigo de RAUL, que no recuerdo el nombre, pero por apodo le dicen ‘El Punkero’, se lo arrastró hasta

la esquina y detrás de él venía 'Salo', 'Albertico' y 'Pinguí', luego en la esquina 'Salo' le metió un tiro en la cabeza a RAUL y le robaron todo lo que tenía, después de eso el mismo 'Salo' le metió otros dos tiros a RAUL, estando éste en el suelo, el joven 'Pinguí', fue el que le quitó a mi primo la plata, los anillos y luego se alejaron del sitio" (fls.45/1).

En términos similares declaró Juan Carlos Correa Martínez, aunque con la aclaración de no haber presenciado los hechos, y que lo relatado lo escuchó de su primo Fabián Andrés, y otras personas (fls.40/1). Expresó que el crimen fue también presenciado por su hermano Giovanni Andrés, quien al ser escuchado en declaración juramentada, hizo las siguientes precisiones sobre lo sucedido: "Estábamos en el tablado ahí, yo estaba con unos amigos, estaba con Diego León Posada, no sé dónde se localiza ya que éste se fue a vivir a Belén, también estaba John, vive por allá en Manrique, tampoco tengo el teléfono, y con otro muchacho amigo de John que no le sé el nombre, estábamos nosotros en la mitad de la cuadra, estábamos tomando Brandy, mi hermano RAUL llegó a la esquina a tienda (sic). Se corrige. A una tienda que hay, se compró una cerveza, eso eran como las nueve, iban a hacer (sic) las diez de la noche, llegó a la tienda de la esquina y pidió una cerveza, se le acercó Wbeimar (sic) y lo saludó, yo me di cuenta de que lo saludó porque Wbeimar (sic) yo vi que le estiró la mano y lo abrazó, según la gente que estaba tomando en la esquina, en la tienda le dijo Wbeimar (sic) a mi hermano que se fueran para El Caribe, esa cuadra por allá se llama así, entonces arrancó con él, cuando llegaron a la esquina de la cuadra El Caribe, yo vi que Wbeimar (sic) le indicaba con la mano de que esperara, mi hermano se quedó parado en la esquina, y mirando para la parte de arriba, cuando por detrás le llegó SALO, no me le sé el nombre, solo por el apodo, y lo abrazó, o sea el SALO a mi hermano RAUL, y ahí como que estaban hablando porque el SALO le palmoteaba, no pegándole sino como alegándole, ya ahí el SALO le mandó las manos por los hombros, sacó un arma de la chaqueta, un revólver, se lo puso en la cabeza a mi hermano, y le disparó el primero, el primer impacto fue en la sien, por el

lado derecho, ya cayó mi hermano al suelo, y en el piso le hizo otros dos tiros por el lado de la cara, por la misma parte de la sien, tenía tres impactos, ya SALO le pasó el revólver a PINGUI y entonces SALO ya venía después de haberle dado los disparos a mi hermano, entonces se quedó esculcándolo el PINGUI, el CAGAO y ALBERTICO, no más ellos...

PREGUNTADO: A Weimar (sic) cómo lo apodan? CONTESTA: El PUNK o el GIPIE " (fls.140, 141, 143/1). En diligencia de reconocimiento en fila de personas con su intervención y la de los indagados, el testigo señaló a Jorge Alberto Ospina Vasco como el sujeto a quien distingue como "ALBERTICO", y Jorge Hugo Estrada Arias como la persona a quien conoce como "SALO" (Fls. 153-156 ibídem).

Marley Martínez de Correa (madre de la víctima), acusa también a "El Salo", "El Pingui", "El Cagao" y "Albertico", de ser los autores del hecho. Afirma que esa noche RAUL ALBERTO salió de su casa a comprar una cerveza, y minutos mas tarde se escucharon unos disparos. En vista de ello salió con su hermana GIRLEZA a buscarlo, y en el camino se encontraron a los cuatro sujetos mencionados, quienes venían corriendo, pudiendo advertir que "EL CAGAO venía todo ensangrentado" (fls.9 y 136/1).

Los procesados, en sus indagatorias, negaron haber participado en los hechos, y calificaron de falsas las afirmaciones de los testigos. Jorge Hugo Estrada Arias (a. Salo) manifestó no recordar lo realizado la noche del 9 de marzo, pero asegura que en una ocasión que debió actuar como bailarín en el tablado del barrio Manrique Oriental, donde reside, escuchó unos tiros (fls.71-79/1). Jorge Alberto Ospina Vasco (a. Albertico), aseguró haber pasado la noche del 9 de marzo con su novia Elizabeth Valencia Osorio en el Hotel - Residencias "Mariott" (fls.80-88/1).

Con el fin de verificar las afirmaciones de este último, se escuchó en declaración jurada a Elizabeth Valencia Osorio, quien corroboró su dicho (fls.89, 232/1), y se practicó inspección judicial a los libros de control de entradas del Hotel - Residencias "Mariott", estableciéndose que en los registros de los días 9 y 10 de marzo de 1996 no aparecían

sus nombres (fls.96/1). Además de estas pruebas, del proceso hacen parte el protocolo de necropsia (fls.53/1); los testimonios de Darly Yicel Lara Aguirre (fls.224/1), Adriana Patricia Holguín Gómez (fls.235/1), y Luis Fernando Rojas Quintero (fls.241/1).

Cerrada la investigación, se la calificó el 15 de enero de 1997 con resolución acusatoria en contra de los procesados, por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado agravado, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, conforme a lo previsto en los artículos 29 y 30 de la ley 40 de 1993; 349, 350.1 y 351.9.10 del Código Penal; y 1º del Decreto 3664 de 1986, incorporado a la legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 (fls.169-181/1). Esta decisión no fue impugnada, causando ejecutoria el 7 de febrero siguiente (fls.184 vuelto).

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado de conocimiento, mediante sentencia de 6 de agosto de 1997, condenó a Jorge Alberto Ospina Vasco (a. Albertico o Beto) y Jorge Hugo Estrada Arias (a. Salo), a la pena principal de 41 años y 8 meses de prisión, como coautores responsables de los delitos imputados en la resolución de acusación (fls.269-299/1). Apelado este fallo por los procesados y sus defensores (fls.300, 301, 302/1), el Tribunal Superior de Medellín, mediante el suyo de 1º de octubre del mismo año, que ahora los mismos impugnantes recurren en casación, lo confirmó integralmente (fls.323-332/1).

Las demandas.

1. A nombre de Jorge Alberto Ospina Vasco (a. Albertico o Beto).

Dos cargos, uno con fundamento en la causal tercera de casación, y otro al amparo de la primera, presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

Causal tercera:

Cuatro irregularidades, constitutivas de vicios generadores de nulidad de la actuación procesal, denuncia el casacionista dentro del marco de esta censura.

1. Captura ilegal: Sostiene que los funcionarios judiciales encargados de la investigación desconocieron lo dispuesto en los artículos 370, 376, 378 y 381 del Código de Procedimiento Penal de 1991, porque la vinculación de toda persona al proceso mediante indagatoria debe ser producto de una citación previa, de su presentación voluntaria, del cumplimiento de una orden de captura, o de su aprehensión en flagrancia, y que del contenido del expediente surge que ninguna de las referidas exigencias precedió la injurada del procesado.

Su inicial aprehensión fue producto de un procedimiento arbitrario, pues se realizó sin orden previa que la justificara, dentro de un allanamiento no autorizado por funcionario judicial, y sin fundamentos probatorios para hacerlo. Y si la captura que dio origen al primer proceso, dentro del cual declararon los testigos de cargo, es ilegal, también lo es frente a la presente investigación, porque para la fecha que fue ejecutada no existía en ésta sindicado conocido, ni se conocían los móviles del hecho. En suma, se desconocieron todos los cánones relativos a la captura y vinculación del imputado al proceso, tanto que, de haber contado con una verdadera defensa, habría a lo mejor prosperado un Hábeas Corpus.

2. Ilegalidad de las diligencias de reconocimiento en fila de personas: Sostiene que en la práctica de estas prueba se desconocieron las garantías del procesado, por varias razones:

- Porque en el primer reconocimiento, realizado el 15 de agosto de 1996, donde

intervino el testigo JUAN CARLOS CORREA MARTINEZ, no se le dio oportunidad de nombrar un defensor de confianza que lo asistiera en ella. Argumenta que la designación de uno de oficio solo procede cuando el de confianza no asiste, habiendo sido informado de la realización de la diligencia, pero que en el presente caso se actuó en sentido contrario, según surge del contenido del auto que ordenó inicialmente su práctica, donde se anuncia que se nombrará un defensor de oficio; y de la constancia secretarial mediante la cual, de manera ilegal, se la reprogramó (fls.58 a 60/1).

- Porque la fila no se integró con personas de características morfológicas semejantes, como lo ordena el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal. Esto lo prueba la misma diligencia, de donde surge que a los dos procesados se les ubicó en la misma fila, no obstante ser diferentes. Y si en relación con ellos no se cumplió dicha exigencia, ¿qué se puede pensar de los otros integrantes de la fila? O tenían las características de JORGE ALBERTO o de JORGE HUGO, de uno o de otro, no de ambos, y como en total eran seis los acompañantes, se concluye que tampoco se cumplió el requisito referido al número de personas que deben conformar la fila.

- Porque el testigo no fue preguntado si con anterioridad había visto personalmente, o en imagen, a las personas que iba a reconocer, o si los conocía y por qué motivos, ni se le dio oportunidad de réplica al defensor para interrogarlo, aunque debe ser destacado que dicho abogado estaba cumpliendo una simple formalidad. Agrega que el 21 de agosto siguiente se llevó a cabo una nueva diligencia con el testigo FABIAN ANDRES CALLE MARTINEZ, quien al ser interrogado, sitúa al procesado realizando actividades muy diferentes a las indicadas por el primer testigo. Mientras JUAN CARLOS lo señala como la persona que “causó la acción de rastreo (sic)”; FABIAN ANDRES afirma haber sido quien despojó a la víctima de todo lo que llevaba.

- La diligencia de reconocimiento realizada el 1º de noviembre de 1996, con el testigo GIOVANNI ANDRES CORREA MARTINEZ, también está afectada de invalidez, porque al igual

que en las anteriores, se nombró un defensor de oficio sin haber sido previamente citada la defensora de confianza del procesado; porque la fila se integró de nuevo con los dos procesados; porque no se dejó claramente determinado su orden de ubicación; porque primero se realizó el reconocimiento, y luego se interrogó al testigo sobre las características físicas del procesado y el conocimiento que tenía de él. Aparte de esto, se tiene que el testigo, en su declaración, da a entender que no conocía a los autores del hecho, cuando dijo: “ya cuando empezó la balacera todos nos entramos para la casa de un amigo y uno de ellos que ya como que los conoció, fue el que me los mencionó, me los señaló, aquél es SALO, aquél es ALBERTICO y PINGUI”.

– Concluye diciendo que como las mencionadas pruebas, unidas a las declaraciones de los testigos, “fueron los basamentos de la condena”, al derrumbarse ellas, y no dar los testigos información exacta del acusado en cuanto a su filiación (nombres completos, apellidos, estado civil, etc.), sino simplemente de sus mote o apodos, debe concluirse, una vez demostrada su ilegalidad por incumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 368 del estatuto procesal penal, que de contera también se violó el derecho de defensa de su representado.

3. Violación de los principios de publicidad, legalidad y contradicción de la prueba:

Sostiene que en la fase investigativa las pruebas fueron allegadas sin haber sido informada la defensa de su realización, y sin que hubiese sido dictado un auto que las ordenase, o que comunicara de su adjunción, como ocurrió con las que fueron obtenidas mediante traslado. Las partes, de acuerdo con el principio de publicidad, tienen derecho a conocer qué pruebas van a ser practicadas, y en qué fechas. Este principio, fue totalmente desconocido en el presente caso, no solo en relación con las diligencias de reconocimiento, sino respecto de las demás pruebas.

Obsérvese, por ejemplo, que la mal llamada inspección judicial que se practicó en el Hotel o Residencias Marriott, fue programada por auto de cúmplase, y solo se ordenó

informarle al Ministerio Público. Naturalmente ninguno de los defensores asistió, porque desconocían su práctica, ni siquiera la representante de la sociedad, porque no se supo si recibió o no la comunicación. Esta prueba era de importancia suma para los fines de la defensa, porque el procesado siempre afirmó, y hay elementos de juicio que lo respaldan, que la noche de los insucesos se encontraba en las mencionadas Residencias en compañía de su novia. Sin embargo, su práctica no fue notificada a la defensa, como debió haberse hecho.

Los funcionarios tampoco respetaron el principio de legalidad de la prueba. Un medio probatorio solo es válido cuando ha sido obtenido de conformidad con las leyes que regulan su petición, ordenamiento, producción, obtención, incorporación y aducción, exigencias que no fueron cumplidas en relación con las pruebas objeto de traslado en la fase de la instrucción, y en el juicio. Basta leer el expediente para advertir que el juzgador de primera instancia fundamentó la decisión de condena en pruebas incorporadas al informativo después de celebrada la audiencia pública, sin dar a las partes la posibilidad de discusión (ver anexos 1 y 2, contentivos de pruebas de otros procesos, remitidas mediante oficios de julio 9 y 18 de 1997), concretamente las declaraciones de JUAN CARLOS CORREA MARTINEZ Y FABIAN ANDRES CALLE MARTINEZ, y las pruebas remitidas por la Fiscalía cincuenta y nueve.

En este proceso se ha violentado el derecho de contradicción. Otra sería la suerte del acusado si las diligencias de reconocimiento hubiesen sido realizadas con las formalidades legales; o si la práctica de la inspección judicial hubiese sido notificada previamente a la defensa, dando a la apoderada de entonces oportunidad de intervenir en pro de obtener mejores resultados, como por ejemplo interrogando al administrador del establecimiento sobre las características físicas de JORGE ALBERTO; o si hubiese sido ordenada y notificada previamente la recepción de los testimonios de cargo.

Los funcionarios incurrieron además en inactividad probatoria. Cuando en su condición de

defensor público asumió la defensa del procesado (precluido ya el período para preparar audiencia), solicitó la práctica de unas pruebas o la nulidad del proceso. El Juez accedió a la primera petición, pero nada hizo por ubicar a los testigos aparte de haberles enviado unos telegramas. Esto constituye inercia del aparato estatal, “porque no aparece demostrado que hubieran realizado gestiones más valederas”. Solo se repitió en escasos renglones la declaración de ELIZABETH VALENCIA, y los testimonios de DARCY YICEL LARA AGUIRRE, ADRIANA PATRICIA HOLGUIN GOMEZ Y LUIS FERNANDO ROJAS QUINTERO, pero sin fijar fecha para lograr la comparecencia de la defensa.

4. Violación del derecho de defensa por ausencia de asistencia técnica: La defensa no realizó actividad probatoria alguna en la fase de la instrucción y el juzgamiento, de una parte, porque nunca se le notificó de la realización de las pruebas, y de otra, porque no se preocupó de solicitarlas, en procura de desvirtuar los cargos, o de hacer menos gravosa la situación del implicado. Su antecesora se limitó a asistirlo en indagatoria, y presentar conjuntamente con el otro abogado alegatos precalificatorios. Nada más hizo en favor de sus intereses: No se notificó de todas las decisiones de fondo, no ejerció el principio de la doble instancia, y en la fase del juicio no solicitó pruebas, limitándose a renunciar del cargo cuando ya había precluido el período probatorio. El Juez aceptó su renuncia, y ordenó suspender términos mientras proveía al acusado de un defensor público (fls.195 y 196 vuelto). Sin embargo, el 13 de marzo de 1997 nombró de oficio al doctor ALVARO CASTRILLON PRADO, y reanudó los términos, para después, por auto de 24 de abril, decretar de oficio la práctica de algunas pruebas, la mayoría sin trascendencia para la investigación. El nuevo apoderado pidió escuchar a los testigos de cargo, pero no obtuvo sino la orden, toda vez que no se realizaron esfuerzos reales para obtener su comparecencia, habiéndose limitado el juzgado a librar los citatorios.

En suma, la defensa fue “completamente negligente, desidiosa, inoperante, inactiva y

ante todo ningún aval ni garantía representó para el procesado ; y ello lo digo porque a pesar de que los colegas de profesión, me merezcan todo el respeto, en este caso en particular no puedo callar ni dejar de pasar al leer el expediente que no actuaron como mandan los cánones y los juramentos que se hicieron al recibir el cargo de defensor contractual u oficioso; porque un abogado no se puede prestar para llenar formalidades de un Fiscal, porque su responsabilidad no es solo con la sociedad y con la persona que representa, sino también con la profesión de abogado tan pisoteada en todos los tiempos y con la de su propia ética profesional y personal..." (fls.368/1).

Con fundamento en estas consideraciones solicita a la Corte anular la actuación procesal desde la captura ilegal del procesado, al igual que las pruebas indebidamente practicadas y extemporáneamente incorporadas. También, las providencias mediante las cuales se resolvió la situación jurídica de los procesados, se declaró la clausura de la investigación, se calificó su mérito, se abrió juicio a pruebas, se citó a audiencia pública, se ordenó trasladar pruebas, y se profirió sentencia. El perjuicio causado con estas decisiones es evidente, como quiera que el fallo de primer grado se fundamentó en pruebas ilegalmente trasladadas del proceso adelantado por la muerte de HECTOR IVAN LOAIZA (FLS.271-277/1), y en los testimonios de FABIAN ANDRES CALLE MARTINEZ, GIOVANNI CORREA MARTINEZ y JUAN CARLOS CORREA MARTINEZ, pruebas éstas que la defensa jamás tuvo la oportunidad de controvertir. Y en el fallo de segundo grado se hizo especial énfasis en la diligencia de reconocimiento, que como se dejó dicho, "está afectada en la validez".

Tampoco puede desconocerse la trascendencia de las pruebas que a pesar de haber sido decretadas, nunca fueron practicadas, como las declaraciones de NELY ALEXANDRA CALLE, YULI CALLE, YEISON ANDRES ZAPATA, JOHAN CAMILO VANEGAS, WILFER TABORDA y JUAN FERNANDO ZAPATA (fls. 143, 200), en cuanto podían modificar de manera

ostensible la situación del acusado, en el sentido de establecer su no participación en los hechos, o fortalecer la duda que existe en el expediente.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial, producto de errores de hecho por falso juicio de existencia y falsos juicios de identidad en la apreciación de las pruebas: Haber sido declarado probado, sin estarlo, la participación del acusado en los delitos de homicidio agravado, hurto calificado agravado, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y haberse dejado de aplicar los artículos 2º y 445 del Código de Procedimiento Penal, que consagran los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo.

Sostiene que el error de hecho por falso juicio de existencia se predica de la prueba trasladada, que se arrimó al proceso después de celebrada la audiencia pública; y el de identidad de los testimonios de cargo frente a las otras pruebas allegadas al proceso, como el protocolo de necropsia, la inspección judicial en el Hotel o Residencias Marriott, y de los testigos “de conocimiento” del acusado, que corroboran su dicho, y que no fueron interpretados a la luz de las reglas de la sana crítica.

Con respecto al segundo de los referidos errores (de identidad), arguye que las pruebas que sirvieron de sustento para proferir decisión de condena fueron en esencia los testimonios de FABIAN ANDRES CALLE MARTINEZ, JUAN CARLOS CORREA MARTINEZ, GIOVANNI ANDRES CORREA MARTINEZ, y MARLIE MARTINEZ DE CORREA. Empero, estos testigos, que dicen ser directos, y que son familiares en grado muy próximo de la víctima, se contradicen en muchos aspectos trascendentales que los juzgadores no observaron, o consideraron insignificantes.

En cuanto a la actividad desplegada por el acusado, por ejemplo, no hay uniformidad en el dicho de los testigos, pues mientras JUAN CARLOS MARTINEZ lo señala como la persona que condujo la víctima hasta su ejecutor, FABIAN ANDRES lo ubica participando

en el despojo, y GIOVANNI MARTINEZ dice que “ALBERTICO” solo se paró a esperar en el lugar de los hechos para que mataran a RAUL ALBERTO. Tampoco existe uniformidad en los declarantes en cuanto a los partícipes del hecho, toda vez que en cada intervención agregan nuevos nombres, y lo mismo sucede con las personas que habrían presenciado los hechos, al punto de involucrar como testigos personas que no lo fueron, como ocurrió con EDWIN ALBERTO CALLE MARTINEZ.

Los juzgadores tampoco analizaron los citados testimonios frente al protocolo de necropsia, “en el sentido de establecer el verdadero número de disparos y en especial sobre la trayectoria de los proyectiles en la humanidad de la víctima. Mientras los testigos indican que a RAUL ALBERTO se le hicieron los últimos tiros estando en el suelo, la trayectoria descrita en la necropsia informa que los disparos tuvieron una dirección de izquierda a derecha, de abajo a arriba (sic), y de atrás adelante; es decir, esta prueba técnica se encarga ella por sí sola de quitarle mérito a los falaces testigos, de los cuales nunca se cuestionó su interés en el proceso; muy a pesar de ser consanguíneos de la víctima”.

Los testigos de cargo jamás informaron del estado de alicoramiento de la víctima, limitándose a decir que estaba viendo televisión y había salido a comprar una cerveza, y tampoco existe consenso en cuanto al sitio donde se hallaba, porque unos afirman que estaba en el baile, otros que en la esquina, y otros en la casa. La necropsia se encarga de demostrar que RAUL ALBERTO se encontraba casi beodo, y si esa era su condición física, no se entiende por qué se ignoró, o no se hizo esa manifestación por los deponentes. La única explicación lógica de ello, es que no estaban en el lugar, y no vieron los hechos, porque de ser cierto, habrían sido los primeros en prestarle auxilio, dado su parentesco. Pero el acta de levantamiento no da fe de ello, además de que en su primera declaración la señora MARTINEZ DE CORREA dijo no saber nada de lo ocurrido, ni conocer los móviles del crimen.

El dicho del acusado de haber pasado la noche con ELIZABETH VALENCIA OSORIO en el Hotel Marriott está plenamente respaldado por esta última. Sin embargo, por una inspección judicial mal practicada, y una interpretación indebida del testimonio de DARLY YICEL LARA, no se cree en ello. El Tribunal, a folios 331, toma apartes del dicho de esta última para descalificar la versión del procesado, argumentando que la citada señora lo vio por los alrededores del tablado, lo cual no es cierto, pues lo que ella afirma es lo siguiente: “Ese día, yo iba para donde un novio que tengo, era por la tarde, y él estaba ahí parado; no supe para dónde se fue después..., el último día que lo vi, hablamos de la novia, era un sábado, y lo se porque había un festival de la cerveza; y le dije que por qué estaba tan bien vestido, y me dijo que iba con la novia para el centro”. Qué prueba tan mal leída; la testigo no dice lo que el Tribunal entendió, y antes por el contrario, explicó que solo lo vio por la tarde, y que le manifestó que iba hacia el centro, y el Hotel Marriott queda en el centro.

En definitiva, los juzgadores de instancia, al valorar o justipreciar los elementos de convicción reunidos en el plenario, no realizaron la crítica que les era imperativo adelantar, acorde con lo dispuesto en los artículos 254, 282, 294 y 303 del estatuto procesal, “porque frente a las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia, se les dio más alcance del que dichas pruebas informan”. Los testimonios aquí citados, “no ofrecen las trazas de verosimilitud, credibilidad y de la fortaleza certera” que los juzgadores le han otorgado, y que dieron origen al error de hecho por falso juicio de identidad que se invoca.

Si la certeza es el conocimiento que elimina toda duda, “hay que decir que en el presente caso las comprobaciones procesales no llegan a establecerla o consolidarla, porque evidentemente hay hipótesis fácticas y consideraciones facticidas (sic) favorables al sindicado que transmutan el sentido jurídico penal de los hechos, que no están categórica y ni siquiera asertóricamente descartadas”. Si existen pruebas contradictorias en cuanto a la estructura fáctica, concreta e histórica de la imputación, y criterios

dispare sobre su calificación jurídica, es porque no arrojan un resultado concluyente y claro, y porque, en fin, sigue siendo en todo caso posible probatoriamente que las cosas hubieran sucedido de otra manera.

En cuanto al error de hecho por falso juicio de existencia, afirma que si la audiencia terminó el 15 de julio de 1997, no resulta ético ni leal con los sujetos procesales, ni con la administración de justicia, que el Juez de primera instancia solicite con oficio de 18 de julio siguiente el traslado de unas pruebas, y menos que las tenga en cuenta para condenar a los procesados (ver folios 271 a 277/1). Esta prueba debe ser considerada inexistente, por haber sido incorporada ilegalmente.

Apoyado en estas consideraciones, solicita a la Corte casar el fallo impugnado, y en su lugar, proferir uno de carácter absolutorio (fls.342-385/1).

2. A nombre de Jorge Hugo Estrada Arias (a. SALO).

Dos cargos, uno con fundamento en la causal tercera de casación, y otro con apoyo en la primera, presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

Causal tercera:

Este censura comprende dos cargos: Uno fundamentado en el primer motivo de nulidad previsto en el artículo 304 del Código de Procedimiento Peal de 1991 (falta de competencia del funcionario judicial), y otro con sustento en el segundo (comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso).

1. Falta de competencia del funcionario judicial: Sostiene que “el auto” de 15 de agosto de 1996, mediante el cual se dispuso la práctica del reconocimiento en fila de

personas con la intervención del testigo FABIAN ANDRES CALLE MARTINEZ (fls.58/1), no fue dictado por el Fiscal Instructor, sino por el Asistente Judicial, y que igual aconteció con el “auto visible a folios 59”, de 21 de agosto siguiente, mediante el cual se programó el reconocimiento por parte del mismo testigo del implicado JORGE HUGO ESTRADA ARIAS.

Consecuencia de estas irregularidades, es la inexistencia del acto, y por ende de la prueba ordenada a través suyo.

2. Existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso:

- Se violó el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, y el derecho de defensa, porque el sindicado JORGE HUGO ESTRADA ARIAS no fue informado de los derechos del capturado. Aunque estuviera privado de su libertad en razón de otro proceso, tenía derecho a ser enterado de los motivos de la nueva sindicación, conocer el funcionario que tramitaba el asunto, y entrevistarse con un abogado.
- Se violó el artículo 377. 4 del Código de Procedimiento Penal, porque al procesado se le negó el derecho que tenía de rendir versión espontánea dentro de la investigación preliminar, y por tanto, la oportunidad de enfrentar la acusación desde dicha fase procesal, vulnerándose, simultáneamente, el derecho de defensa.
- Se incurrió en irregularidad, con violación del derecho de defensa, porque el auto de 15 de agosto de 1996 no señaló en forma precisa cuáles testigos harían el reconocimiento, ni quiénes serían sometidos al mismo.
- Se violó el derecho de defensa, porque en la diligencia de reconocimiento en fila de personas realizada el 15 de agosto de 1996 no se le dio al procesado la oportunidad de nombrar un defensor, para en su lugar designarle uno de oficio. Aunque para entonces Estrada Arias no tenía todavía defensor, debió ser enterado del derecho que tenía de

hacerlo, en el momento de la realización de la diligencia.

- Se violó el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal porque la diligencia de reconocimiento en fila de personas, según se colige de su texto, debe ser unipersonal, y en el presente caso se hizo en forma plural, como quiera que en la fila fueron incluidos al tiempo los dos procesados.
- También se violó el artículo 368 en la diligencia de reconocimiento realizada el 1º de noviembre de 1996 (fls.153-156/1), porque no se les permitió a los procesados escoger libremente el lugar de ubicación en la fila de personas. Este derecho es garantía de defensa, para evitar que se haga un reconocimiento concertado. También fue plural, debiendo ser singular.
- Se violó el artículo 246 ejusdem, y el derecho de defensa, porque después de haber sido celebrada la audiencia pública, y antes de dictarse sentencia de primera instancia, se allegaron al proceso pruebas que sirvieron de fundamento al fallo, sin que las partes hubiesen tenido oportunidad de controvertirlas.

Concluye diciendo que ante la evidente existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y el derecho de defensa, procede la declaración de la nulidad de lo actuado desde el 10 de marzo de 1996, o como mínimo, de las pruebas irregularmente realizadas, y la actuación posterior.

Causal primera:

Sostiene que las sentencias de instancia fueron producto “de un error en la apreciación de las siguientes pruebas: Se dio a las diligencias de reconocimiento en fila de personas un valor legal y demostrativo que no tienen. La carencia de valor legal fue ampliamente expuesta en el capítulo anterior. Y la carencia de valor demostrativo radica en que esos reconocimientos no tienen ciencia o fundamento que los haga creíbles, porque los

testigos “reconocedores” no la ocurrencia de los hechos, no presenciaron su desarrollo en sus circunstancias de modo tiempo y lugar, y no podían identificar a los autores de los delitos porque no los vieron o no podían verlos”.

Esto surge de los mismos testimonios de los familiares de la víctima, entre ellos el de la señora MARLEY MARTINEZ DE CORREA (mamá de la víctima), quien en su primera declaración afirmó bajo la gravedad del juramento, y sin que existiesen motivos para mentir, lo siguiente: “...donde estaba todo es oscuro por allá, no había nadie por ahí” (fls.4/1). Cómo creer entonces que los testigos “reconocedores” JUAN CARLOS CORREA MARTINEZ, FABIAN ANDRES CALLE MARTINEZ y GIOVANNI ANDRES CORREA, hayan podido observar lo investigado? Dichas personas tuvieron conocimiento de los hechos pero después de ocurridos. Tanto es así que cuando se presentaron a auxiliar a la víctima nadie fue visto en el lugar, y en la diligencia de levantamiento del cadáver se dejó constancia en el sentido de que no había sido posible obtener información sobre los hechos, sus autores, y el sitio exacto de los acontecimientos.

En la apreciación y valoración de la prueba de cargo se violaron, por tanto, los artículos 294 del estatuto procesal penal, que estipula las pautas que deben ser tenidas en cuenta en la apreciación de la prueba testimonial, y 254 ejusdem, que ordena que las pruebas sean apreciadas en conjunto, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Si este mandato hubiese sido acatado, la conclusión racional y lógica habría sido que los testigos de cargo no vieron lo declarado por ellos.

Consecuente con sus planteamientos, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, y en su lugar, proferir una de carácter absolutorio.

Concepto del Ministerio Público:

La Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal solicita a la Corte desestimar los diferentes cargos planteados por los demandantes contra la sentencia impugnada, por

las siguientes razones:

1. Demanda del defensor JORGE ALBERTO OSPINA VASCO (a. Albertico o Beto).

1. Causal tercera:

Después de aludir a las reglas técnicas que deben ser tenidas en cuenta cuando se alega en casación nulidad de la actuación por violación del debido proceso o del derecho de defensa, afirma que del extenso y poco claro desarrollo de la demanda se detecta que los reparos que formula el casacionista se orientan básicamente a controvertir tres aspectos: (a) La captura del procesado; (b) las diligencias de reconocimiento en fila de personas; (c) la manera como se recibieron las pruebas; y (d) la inactividad de la defensa técnica.

a) En cuanto la captura, basta hojear el expediente para advertir que la aprehensión de JORGE ALBERTO OSPINA VASCO no se produjo por cuenta de este proceso, y que la crítica que formula el denunciante carece por tanto de sentido. Lo que ocurre es que frente al prontuario delictivo de los procesados, una Fiscalía de reacción inmediata debió realizar diligencias de allanamiento y registro para lograr su captura, con el fin de vincularlos a una investigación donde se hallaban debidamente individualizados. Después la Fiscalía Quinta de Medellín expidió copias de los testimonios rendidos dentro de dicha actuación por JUAN CARLOS CORREA MARTINEZ Y FABIAN ANDRES CALLE MARTINEZ, habiendo sido con fundamento en estas pruebas, y su ampliación, que se ordenó vincularlos a este proceso.

b) El demandante se equivoca cuando formula críticas a la legalidad de las diligencias de reconocimiento en fila de personas por la vía de la causal tercera, pues es claro que ha debido hacerlo por la ruta de la primera, cuerpo segundo, por error de derecho por falso

juicio de legalidad, dado que “de llegar a demostrarse su configuración en el proceso, la solución para estos casos no consiste en la anulación de lo actuado como se pregona, sino en la exclusión de la prueba al momento de fallar”.

Además, de las actas de las diligencias se observa que en el reconocimiento efectuado por JUAN CARLOS CORREA, la rueda de personas se conformó con seis internos más de similares condiciones físicas; se advirtió a los procesados que podían escoger el sitio que quisieran dentro de la fila; y se designó un defensor para que los asistiera. Y en el reconocimiento realizado por FABIAN ANDRES CALLE, la fila se conformó con siete personas más de similares características, se advirtió al sindicado que podía escoger el sitio dentro de la fila, y estuvo representado por el doctor RODOLFO DEL RIO GONZALEZ. Y en la practicada con GIOVANNI ANDRES CORREA, la fila estuvo integrada por 11 personas más, los procesados estuvieron asistidos por el doctor RODOLFO DEL RIO GONZALEZ, abogado de confianza de ESTRADA ARIAS y de oficio de OSPINA VASCO, y estuvo presente el Ministerio Público. Así las cosas, carecen de trascendencia las críticas formuladas por el impugnante, puesto que se preservó la certidumbre de la identificación o individualización de la persona inculpada, sin vulnerar ningún derecho sustancial o garantía procesal.

c) Igual ocurre con el reproche referido a la manera como fueron aportadas al proceso la inspección judicial realizada al Hotel Residencias Marriott, las pruebas trasladadas, y los testimonios de JUAN CARLOS CORREA y FABIAN ANDRES CALLE MARTINEZ, ya que técnicamente se trataría de un vicio in iudicando, por desconocimiento de las formalidades establecidas por la ley procesal para la aducción de la prueba al proceso, que ha debido plantearse al amparo de la causal primera, por falso juicio de legalidad.

Aparte de esto, las críticas que el libelista formula a la inspección judicial no resultan válidas. Tal diligencia, cumple los presupuestos de los artículos 259 y 260 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto fue ordenada previamente por el funcionario judicial,

expresando su finalidad, el lugar, la fecha y hora de realización, y se informó al Ministerio Público como consta a folios 94 y 95 del expediente. La primera de las normas solo ordena avisar de su práctica al Ministerio Público, y esta exigencia se cumplió en el presente caso. Los defensores deben estar atentos del curso del proceso, y de las diligencias que se programen.

Tampoco le asiste razón al demandante cuando controvierte la prueba trasladada que obra en los anexos, lo mismo que la que aparece a folios 17 a 22, y que corresponde a las declaraciones de JUAN CARLOS CORREA Y FABIAN ANDRES CALLE MARTÍNEZ. De la revisión de las piezas procesales se establece que los referidos anexos se incorporaron a solicitud del Juez de la causa, según consta en oficios Nos.158 de febrero 21/97, 189 de marzo 7/97, 429 de mayo 21/97 y 486 de junio 3/97, y que su finalidad no era otra que la de conocer la autoridad y los motivos por los cuales estaban siendo investigados en los otros procesos. Y nada hay de irregular en el hecho que la Fiscal Quinta hubiese compulsado copias de las declaraciones de JUAN CARLOS Y FABIAN ANDRES, para que hicieran parte de la presente actuación.

Las constancias del asistente judicial, mediante las cuales se reprograma la diligencia de reconocimiento con el testigo FABIAN ANDRES, que el demandante también controvierte, son por su parte irrelevantes, porque la prueba ya estaba ordenada con suficiente anterioridad. Y su validez no resulta afectada por la designación de un defensor de oficio a los procesados, porque éstos, para entonces, no habían sido vinculados mediante indagatoria, ni habían rendido versión libre, y en el curso de la diligencia no expresaron la voluntad de designar uno de confianza.

d) El derecho de defensa tampoco resultó afectado por la inactividad de los abogados de OSPINA VASCO, como de modo inexacto lo afirma el censor. Sobre el punto, la jurisprudencia ha sostenido que la vulneración de este derecho no puede identificarse con “la ausencia de actos tales como la interposición de recursos, la presentación de

alegatos, la solicitud de pruebas, etc., pues si bien éstas suelen coincidir con aquellas manifestaciones de inactividad defensiva, no constituyen en estricto sentido más que eso, es decir que, como sucede en la mayoría de los casos, son aparentes expresiones del ejercicio de defensa, que no siempre es dable confundir con el derecho mismo, ya que éste puede frente a eventos particulares presentarse de manera distinta y específicamente como estrategia defensiva”.

El impugnante confunde también los conceptos de defensa técnica y defensa material, no obstante que del contexto del artículo 137 del Código de Procedimiento Penal surge clara su diferencia. La defensa técnica es la que cumple el abogado defensor; la material, la que ejerce directamente el imputado a través de las diligencias en las cuales es esencial su presencia. Respecto de la primera se ha dicho que es irrenunciable por ser de carácter público; y de la segunda que es renunciable por ser de carácter privado.

Tampoco es acertado sostener que a la defensa se la privó de la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción, porque las constancias procesales informan que la abogada de OSPINA VASCO hizo un amplio análisis de la prueba de cargo en los alegatos precalificatorios que presentó conjuntamente con el defensor del otro acusado, y prolijo fue también el debate probatorio realizado por el nuevo defensor en la audiencia pública, que como se sabe, es la máxima expresión de los principios de oralidad, publicidad y contradicción de la prueba.

1. 2. Causal primera:

Argumenta que el censor postula errores de hecho por falsos juicios de identidad y

existencia, pero en su desarrollo se refiere de manera indiscriminada no solo a estas dos modalidades, sin también al falso raciocinio por desconocimiento de las reglas de la sana crítica. Después de explicar en qué consiste cada uno de estos desaciertos, y de indicar la manera como debe ser desarrollado el ataque en casación cuando se invocan errores de esta naturaleza, o se plantea violación del principio in dubio pro reo, afirma que la censura debió ser formulada en capítulos separados, con independencia de los cargos, dado que cada uno tiene formulación, desarrollo y método de demostración propios, y por virtud del principio de limitación, ni la Corte, ni el Ministerio Público, pueden entrar a renovar las inconsistencias que la demanda presenta.

Además de las referidas correcciones técnicas, no es cierto, como lo sostiene el demandante, que los testigos de cargo incurran en contradicciones, ni que sus declaraciones hubiesen dejado de ser valoradas en conjunto con los demás medios de prueba aportados al proceso. Explica que JUAN CARLOS CORREA no fue testigo directo de los hechos, y que la decisión impugnada se fundamentó básicamente en los testimonios de FABIAN ANDRES CALLE Y GIOVANNI ANDRES CORREA, los reconocimientos que ellos hicieron en fila de personas, la necropsia, la inspección judicial al Hotel – Residencias Marriott, y el indicio de presencia.

Transcribe, en lo pertinente, las versiones de los últimos testigos, para sostener que nada hay de contradictorio en ellas, y que lo que resulta de su contenido es que el procesado (“ALBERTICO”) no fue quien disparó, pero estuvo presente cuando “SALO” lo hizo, y junto con PINGUI despojó a la víctima de sus pertenencias. De allí que todos deban responder como coautores de los delitos cometidos.

Respecto de las críticas formuladas por la supuesta contradicción entre lo afirmado por los testigos y los resultados de la necropsia, en el sentido de que esta última habla de dos disparos, y los primeros de tres, sostiene que la explicación suministrada por el Tribunal es racional, puesto que, como se afirma en el fallo, bien pudo suceder que el agresor

realizara tres disparos pero solo impactara dos. Y no es cierto, como lo dice el casacionista, que la testigo DARLY YICEL LARA confirme la versión del acusado de no haber estado en el lugar de los hechos, sino en el Hotel – Residencias Mariott, porque la circunstancia de haberlo visto en las horas de la tarde, y de haberle manifestado que pensaba encontrarse con su novia para ir al centro de la ciudad, no significa que no hubiese estado en el lugar de los hechos a la hora del crimen.

Por último, el falso juicio de existencia que predica el demandante no tuvo trascendencia alguna en la parte conclusiva del fallo, porque lo que se hizo mediante el oficio de 18 de julio de 1997 no fue otra cosa que reiterar la solicitud que ya había sido formulada mediante los oficios Nos.158 y 189, los cuales tenían por finalidad únicamente conocer la autoridad que adelantaba las otras investigaciones, y los motivos de ellas. Además, si lo criticado es que dicha información llegó extemporáneamente, la censura debió ser planteada “por la vía del error

de hecho (sic) por falso juicio de legalidad”.

1. Demanda del defensor de JORGE HUGO ESTRADA ARIAS (a. Salo).

1. Causal tercera:

Argumenta que las observaciones de carácter técnico hechas a la demanda del defensor del procesado OSPINA VASCO, en cuanto a la forma de presentar el cargo y la vía de ataque escogida, son igualmente predicables de este libelo. Y como adicionalmente la censura no contiene mayor fundamentación, bastan las siguientes precisiones en relación con los distintos planteamientos que contiene:

a) La actuación del Asistente Judicial, que aparece a folios 58 a 60 del cuaderno principal, no está viciada por falta de competencia, porque las constancias dejadas por él se refieren exclusivamente a la programación de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, que ya había sido ordenada previamente por el Fiscal Instructor en resolución de 13 de agosto de 1997.

b) Cuando se inició este proceso, ESTRADA ARIAS se encontraba privado de la libertad por cuenta de otra investigación, y al ser escuchado en indagatoria nombró al doctor RODOLFO DEL RIO GONZALEZ abogado de confianza, y se enteró de los cargos, por lo que ningún sentido tiene decir ahora que no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 377 del estatuto procesal penal.

c) No se presenta violación del derecho de defensa por el hecho de que el imputado no hubiera rendido versión libre en la fase de la investigación previa, porque en este caso, tan pronto se conoció su participación en los hechos, se inició formalmente sumario en su contra, y se le escuchó en indagatoria.

d) Son fútiles las críticas que el demandante formula a la providencia mediante la cual se ordenó el reconocimiento en fila de personas, porque en ella se hace claramente referencia a las pruebas que se acaban de practicar, es decir, a los testimonios de JUAN CARLOS CORREA y FABIAN ANDRES CALLE MARTINEZ. Y en los reconocimientos, como ya se dejó visto, se garantizó el derecho de defensa técnica, y se dio cumplimiento a los postulados de los artículos 367 y 368 del Código de Procedimiento.

e) También se indicó que las copias recibidas después de la audiencia pública no tuvieron ninguna trascendencia en el fallo, por las razones que se dejaron atrás anotadas.

2.2. Causal primera.

Sostiene que el impugnante no precisa la forma de violación, si directa o indirecta, y aunque en el desarrollo alude a errores en la apreciación de las pruebas, no identifica su naturaleza, si de hecho o de derecho, ni su modalidad: si es de existencia, identidad, raciocinio, legalidad o convicción. Solo se limita a afirmar que los testigos de cargo no pudieron haber visto lo que declararon, contraponiendo, de esta manera, su particular punto de vista al análisis probatorio realizado por el fallador.

Ignora, así mismo, que el levantamiento del cadáver se realizó en la Policlínica Municipal de Medellín, y que en tales condiciones era difícil conocer en ese momento los autores y móviles del hecho. Precisamente por no existir imputado conocido, la investigación previa tardó seis meses, pero ello en modo alguno afecta la validez de la actuación, la legalidad de la prueba, ni la apreciación que de ésta hicieron los juzgadores.

Predica violación de los artículos 294 y 295 del estatuto procesal, pero no hace el menor esfuerzo por demostrar la trascendencia de su crítica. Tampoco dice en qué consistió el error, ni mucho menos cómo influyó en la decisión impugnada, ni indica la manera como el juzgador se apartó de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica, o las reglas de la experiencia.

SE CONSIDERA:

1. Demanda presentada a nombre del procesado JORGE ALBERTO OSPINA VASCO (a. Albertico o Beto).

1. Causal tercera:

La formulación de la censura, en cuanto cuestiona la legalidad de las diligencias de reconocimiento en fila de personas, la inspección judicial a los registros del Hotel Residencias Mariott, y la prueba trasladada, por desconocimiento de las disposiciones legales que regulan su ordenamiento, producción o incorporación, resulta técnicamente incorrecta.

Reiterados han sido los pronunciamientos de la Corte donde se sostiene que cuando una determinada prueba ha sido irregularmente allegada al proceso, y el Juez la toma en cuenta al momento de dictar sentencia porque considera que cumple las condiciones esenciales de validez, se está en presencia de un error in iudicando que se concreta en la apreciación probatoria, particularmente de un error de derecho por falso juicio de legalidad, cuya alegación solo resulta posible dentro del marco de la causal primera, no dentro del ámbito de la tercera.

Esto, porque la ineficacia que afecta un medio ilegalmente obtenido no compromete la estructura básica del proceso, ni se proyecta más allá de la prueba misma, ni afecta la validez de las que fueron legalmente obtenidas, y porque la solución en estos casos no es la invalidación de la actuación procesal, como equivocadamente lo plantea el casacionista, sino la exclusión del medio como elemento de prueba.

Respecto de la forma como esta clase de error debe ser planteado en casación, ha sido dicho que el censor debe cumplir, cuando menos, las siguientes exigencias: (1) Señalar la prueba o pruebas que el juzgador apreció porque consideró que reunían las condiciones esenciales de validez, sin llenarlas. (2) Precisar la informalidad que vicia la validez de la prueba, y las normas de derecho probatorio que regulan su ordenamiento, producción o incorporación. (3) Demostrar que los demás medios en los cuales se sustentó la decisión impugnada, resultaban incapaces para mantenerla. (4) Señalar las normas sustanciales indirectamente transgredidas.

De los citados requerimientos el casacionista solo satisface los dos primeros, en cuanto identifica las pruebas cuya legalidad cuestiona por haber sido indebidamente obtenidas, la informalidad de que adolecen, y las normas de derecho probatorio que regulan su producción, pero no los últimos, pues consecuente con la solución que impone la naturaleza de la causal que invoca (tercera), se limita a solicitar la nulidad del proceso.

Esto enerva el estudio de la censura en los aspectos a los cuales se ha hecho alusión, porque la Corte, en virtud del principio de limitación que rige el recurso, no puede entrar a analizar motu proprio la prueba allegada al proceso con el fin de establecer si los errores denunciados tuvieron incidencia en la decisión de condena (en el supuesto, claro está, de llegarse a aceptar su existencia), puesto que ello implicaría suplir los vacíos del libelo, y relevar al demandante de una obligación que le compete. En consecuencia, la Corte se limitará a estudiar los otros dos aspectos que hacen parte de la censura, y que no guardan relación con la legalidad de las pruebas: (1) captura ilegal, (2) Violación del principio de investigación integral, y (3) violación del derecho de defensa.

1. Captura ilegal: Este reproche carece de sentido. De una parte, porque la captura que se reputa ilegal no se cumplió por cuenta de este proceso, sino de otra investigación iniciada por la Fiscalía contra los integrantes de la banda "La 33". El procesado Ospina Vasco solo fue puesto a disposición de este proceso el 13 de marzo de 1997 (fls.199/1), mucho tiempo después de haber sido vinculado mediante declaración indagatoria (Agosto 28 de 1996), y de haber sido resuelta su situación jurídica (septiembre 3 de 1996).

Además, porque la ilegalidad de la aprehensión del implicado no constituye motivo de nulidad de la actuación procesal. La Corte ha dicho que esta es una circunstancia que no afecta el objeto, ni la estructura básica del proceso, porque la captura no constituye presupuesto de la iniciación del sumario, ni del adelantamiento de la investigación o el juicio, y que cuando se presenta un atentado a la libertad personal, lo indicado es

acudir a los mecanismos legalmente previstos para la protección de este derecho: hábeas corpus, y control dentro de la misma actuación, acorde con lo dispuesto en los artículos 30 de la Constitución Nacional, y 383 del estatuto procesal penal (Cfr. Casación de 15 de agosto del 2000, Magistrado Ponente Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar; y 25 de enero del 2001, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón, entre otras).

2. Violación del principio de investigación integral: Dentro del capítulo correspondiente al estudio de los principios de “publicidad, legalidad y contradicción de la prueba”, el casacionista afirma que los funcionarios judiciales que conocieron del caso incurrieron en inactividad probatoria, con desmedro de los intereses del procesado, puesto que no se preocuparon por ubicar a todos los testigos, ni se realizaron las gestiones necesarias para obtener su comparencia al proceso, limitándose, en algunos casos, a enviar simplemente telegramas.

Estas afirmaciones no son exactas. De las constancias dejadas en la fase de la investigación y el juzgamiento se establece que los funcionarios ordenaron la práctica de varias de las pruebas que el recurrente echa de menos, y que si no se realizaron no fue por falta de iniciativa o de gestión, sino porque se desconocían las verdaderas identidades de los testigos, o sus direcciones, o porque los que lograron ser localizados se negaron sistemáticamente a concurrir por temor a represalias. Las constancias dejadas en el proceso informan que los funcionarios insistieron en su práctica no solo a través de telegramas, sino de averiguaciones telefónicas, como claramente surge de las que fueron dejadas a folios 100, 123, 124, 125, 200, 221, 234, 236-240, y 241 vuelto del cuaderno principal.

Esto deja sin piso la censura, pues la Corte ha sostenido que el principio de investigación integral no se viola cuando el instructor, sin escatimar esfuerzos racionales acordes con el apoyo logístico de que dispone para el establecimiento de la verdad, adelanta las pesquisas y diligencias necesarias para la práctica de la prueba, y ello no resulta

posible por circunstancias atribuibles a factores externos a la voluntad del investigador, como sería el caso de un testigo a quien no se ha podido individualizar, o cuyo paradero se desconoce.

3. Violación del derecho de defensa por ausencia de defensa técnica: Argumenta el demandante que la abogada que lo precedió en la defensa de Ospina Vasco fue en su gestión “negligente, desidiosa, inoperante, inactiva”, y no representó garantía alguna para el acusado durante la investigación y parte del juicio, porque se limitó a asistirlo en la indagatoria, a presentar alegatos precalificatorios, a notificarse de algunas providencias, y renunciar del cargo, sin solicitar pruebas, ni ejercer el derecho de impugnación.

Esta apreciación es también equivocada. La ausencia de actos positivos de gestión (probatorios, impugnatorios, de alegación o contradicción), no necesariamente entraña ausencia de asistencia técnica, ni por ende, vulneración del derecho, como parece entenderlo el casacionista, puesto que la pasividad o inactividad del abogado, suele ser también expresión del ejercicio de la defensa, y resultar tan válida y eficaz como una defensa activa.

Por ello, cuando se plantea en casación un ataque de esta naturaleza, no basta demostrar que la defensa dejó de actuar, pudiendo haber adelantado gestiones de carácter probatorio o impugnatorio. Es necesario acreditar, también, que su inactividad no es estratégica, sino manifestación inequívoca de desidia, o indiferencia, situación que el casacionista no se esfuerza en demostrar en el presente caso, y que tampoco surge del estudio de la gestión cumplida por la defensa, pues aunque la abogada no solicitó pruebas, ni interpuso recursos, es claro que estaba atenta del acontecer procesal, como lo demuestra el hecho de haber presentado alegatos

precalificatorios (fls.159/1), y notificarse personalmente del auto de traslado para la preparación de audiencia (fls.196 y vuelto).

Es de precisarse que la doctora VICTORIA CECILIA LOPEZ MUNARRIZ estuvo a cargo de la defensa de Ospina Vasco desde su indagatoria (fls.80/1), hasta el período probatorio del juicio, cuando presentó renuncia y le fue aceptada (fls.196 y 196 vuelto/1), siendo reemplazada inicialmente por el doctor ALVARO CASTRILLON PRADO (fls.198/1), y días después por el ahora casacionista (fls.210/1), quien solicitó pruebas, lo asistió en la audiencia pública (fls.243/1), y recurrió la decisión de condena (fls.302 y 308/1).

Se desestima la censura.

1. Causal primera:

Al margen de las inconsistencias técnicas que la Delegada destaca en su concepto, relacionadas con la indebida formulación dentro de un mismo contexto argumentativo de errores de hecho por falsos juicios de existencia, falsos juicios de identidad, y falso raciocinio en la apreciación de las pruebas, la censura carece de vocación de prosperidad, pues no resulta cierto que los testigos FABIAN ANDRES CALLE MARTINEZ y GIOVANNI ANDRES CORREA MARTINEZ incurran en contradicciones sustanciales en el relato que hacen de los hechos, como tampoco que los juzgadores hubiesen omitido valorar sus versiones frente a los resultados de la necropsia, o realizado una lectura equivocada de la versión de la testigo DARLY YICEL LARA.

Del estudio de los primeros dos testimonios se concluye que ambos declarantes ubican a Ospina Vasco en la escena del crimen, y que los dos señalan a un sujeto apoderado “El PUNK” ó “PUNKERO” como la persona que alevosamente condujo la víctima hasta el lugar de los hechos, y al procesado Jorge Hugo Estrada Arias como el encargado de accionar el arma en su contra. De suerte que, en este aspecto, no se advierte inconsistencia alguna en sus relatos, y las diferencias que resultan en el recuento que

hacen de las circunstancias que rodearon los hechos, y su secuencia, resulta explicable, si es tomado en cuenta que los testigos se encontraban en sitios distintos, y que tenían, por tanto, ángulos de percepción diferentes.

Cierto es que JUAN CARLOS CORREA MARTINEZ, en su declaración, afirma que “ALBERTICO” fue la persona que condujo a la víctima hasta el lugar del crimen, pero este testigo no presenció los hechos, por lo que su versión no puede ser enfrentada al relato que hicieron los testigos directos, en procura de encontrar inconsistencias, porque si no estuvo presente en el lugar del crimen, nada le consta, y en tales condiciones no resulta acertado anteponer su testimonio (que es de oídas), al de las personas que presenciaron directamente los hechos, como equivocadamente lo hace el censor.

Los otros dos argumentos que el impugnante expone para descalificar la valoración que los juzgadores hicieron del mérito probatorio del testimonios de FABIAN ANDRES CALLE MARTINES y GIOVANNY ANDRES CORREA MARTINEZ, y que guardan relación con la disconformidad que supuestamente existe entre sus dichos y los resultados de la necropsia en punto al número de disparos, y con el estado de embriaguez de la víctima, tampoco resultan válidos.

Como lo dejó consignado la Procuradora Delega en su concepto, la explicación suministrada por el Tribunal en el fallo de segundo grado en torno al primer aspecto, es racional, porque bien pudo suceder que el agresor realizara tres disparos, pero solo impactara dos. Y el no haber los testigos hecho alusión al estado de “beodez” de la víctima (los exámenes determinaron una concentración de 114 mg % de alcohol etílico en la sangre -fls.53 vuelto-), no indica que hubiesen mentido, pues ellos jamás negaron este hecho, y si dejaron de afirmarlo expresamente, fue porque seguramente no lo advirtieron, o no lo consideraron importante.

Dentro del marco de esta censura el casacionista afirma también que el Tribunal hizo una lectura equivocada del contenido del testimonio de DARLY YICEL LARA, al sostener en la sentencia que el procesado había sido visto por ella merodeando en el “tablado” la noche de los hechos, no siendo ello cierto. En este concreto cargo le asiste razón al casacionista, pues lo afirmado por la testigo es que ese día, en las horas de la tarde, vio al procesado en una tienda, y que al preguntarle para dónde se dirigía, manifestó que para el centro de la ciudad con su novia (fls.224/1), contenido que no corresponde al que le atribuye el Tribunal en la sentencia, donde precisa: “Otra testigo, la señora DARLY YICEL LARA, lo vio en cambio, por los alrededores del tablado enrolado con los asistentes, indicio de presencia éste que le da razón a quienes lo acusan de haber estado y participado en la comisión de los delitos” (fls.331/1).

Pero este error carece de entidad para remover los cimientos fácticos del fallo, porque la declaración de la testigo solo demostraría que en las horas de la tarde el acusado se encontraba en una tienda del barrio, y que se preparaba para dirigirse al centro de la ciudad, no que hubiese permanecido toda la noche alejado del sitio del crimen, como es sugerido por el impugnante. Tampoco desvirtúa las afirmaciones de los testigos que lo señalan como uno de los autores del hecho, no solo porque no las contradice, sino porque la coartada que urdió para probar su inocencia, de haber estado en las residencias Mariott en compañía de su novia, fue infirmada en la diligencia de inspección judicial al referido establecimiento, donde se estableció que sus nombres no aparecían allí registrados (fls.96/1).

El actor, por último, denuncia un error de existencia por suposición de prueba, sustentado en la consideración de que las copias de las actuaciones procesales que conforman los anexos 1 y 2 fueron aducidas al proceso extemporáneamente (después de realizada la audiencia pública), y que por tanto se las debe considerar inexistentes. Este planteamiento es técnicamente incorrecto. El error de existencia por suposición se presenta cuando el Juzgador se inventa la prueba, es decir cuando no aparece

incorporada materialmente al proceso. Si el medio existe, y hace parte de la actuación, pero ha sido obtenida ilegalmente, se está en presencia de un error de derecho por falso juicio de legalidad. En el primer caso, la inexistencia de la prueba es material; en el segundo, jurídica. Por ende, si lo que el casacionista pretendía denunciar era la ilegalidad de la prueba trasladada, por haber sido aducida de manera extemporánea, debió haber formulado el ataque en los términos indicados, esto es, como error de derecho por falso juicio de legalidad.

Además de las inconsistencias técnicas que vienen de ser precisadas, el error, de haber llegado a presentarse (las copias que conforman el anexo 1 fueron aportadas antes de la audiencia -fls.1 vto-), sería intrascendente, porque la decisión de condena no se fundamentó en dichas pruebas, sino, básicamente, en los testimonios de FABIAN ANDRES CALLE MARTINEZ y GIOVANNI ANDRES CORREA MARTINEZ, los reconocimientos en fila de personas realizados por ellos, la inspección judicial realizada a los registros del Hotel - Residencias Mariott, y el protocolo de necropsia, como igualmente lo destaca la Procuradora Delegada.

El cargo no prospera.

1. Demanda presentada a nombre del procesado Jorge Hugo Estrada Arias (a. Salo):

1. Causal tercera:

Esta censura no solo adolece de insalvables inconsistencias técnicas en su formulación, sino de absoluta falta de fundamentación, pues el casacionista se limita a presentar una lista de irregularidades, con indicación de la norma procesal que habría sido

quebrantada en cada caso, sin esforzarse en precisar si los vicios afectaron la estructura básica del proceso, o las garantías del acusado, y sin demostrar las implicaciones que estas últimas tuvieron en el ejercicio del derecho de defensa.

Además de esto entremezcla dentro de la misma censura, ataques relacionados con la apreciación de las pruebas, concretamente con su legalidad por desconocimiento de las normas que regulan su producción, cuya alegación, como ya se dejó dicho en la respuesta a la demanda anterior, solo resulta susceptible de ser orientada por la vía de la causal primera, cuerpo segundo, como error de derecho por falso juicio de legalidad, en la forma allí indicada, exigencias que en manera alguna cumple el demandante.

Aunque esto sería suficiente para desestimar el reproche, pertinente es reiterar que las irregularidades que puedan llegar a presentarse en la captura de quien ha sido condenado, no constituyen motivo de nulidad del proceso, y que el hecho de no haber sido escuchado Estrada Arias en versión dentro de la fase de investigación previa, tampoco reviste una tal entidad, porque la normatividad no erige dicha circunstancia en condición de validez del proceso. Tampoco puede afirmarse que por esta razón se vulneró el derecho de defensa, porque el procesado tuvo la oportunidad de conocer los cargos en el momento de la indagatoria, y de enfrentarlos, sin limitaciones, durante la investigación y el juzgamiento.

Se desestima la censura.

1. Causal primera:

Sostiene el casacionista que los juzgadores incurrieron en errores de apreciación probatoria, porque le dieron a las diligencias de reconocimiento en fila de personas “un valor legal y demostrativo que no tienen”, y porque los testimonios de JUAN CARLOS

CORREA MARTINEZ, FABIAN ANDRES CALLE MARTINEZ, GIOVANNI ANDRÉS CORREA MARTINEZ y MARLEY MARTINEZ DE CORREA, no fueron analizados en la forma prevista en los artículos 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal.

La propuesta de ataque, en los términos en que ha sido formulada, no amerita respuesta alguna de la Corte, pues el demandante omite indicar la forma de violación y el sentido de la misma, e identificar y demostrar la clase de error cometido, si de hecho: por falso juicio de existencia, falso juicio de identidad, o falso raciocinio, o de derecho: por falso juicio de legalidad, o falso juicio de convicción, y de qué manera el error incidió en la decisión de condena.

Sus alegaciones giran alrededor de la afirmación de que los testigos de cargo no vieron lo que declararon, y que los juzgadores se equivocaron en la apreciación de sus dichos, argumentación que, por sí sola, carece de virtualidad para remover los fundamentos del fallo, dada la doble presunción de acierto y legalidad de que se encuentra amparado. Para que un ataque de esta naturaleza pueda tener vocación de éxito en sede de casación, es necesario que el impugnante demuestre que el Juzgador, en la apreciación que hizo de las pruebas, ignoró su existencia, o la supuso, o distorsionó su contenido fáctico, o las valoró con manifiesto desconocimiento de las reglas de la sana crítica, o las apreció siendo ilegales, o dejó de hacerlo siendo válidas, labor que el impugnante no cumple.

El cargo no prospera.

El Juez de Ejecución de Penas y Medida de seguridad estudiará la posibilidad de dar aplicación al principio de favorabilidad en virtud del tránsito de legislación, si hubiere lugar a ello (artículo 79.7 del nuevo estatuto procesal penal).

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto de la Procuradora Primera Delegada, administrando justicia en nombre de

la república y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen. CUMPLASE.

ALVARO ORLANDO 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