

Proceso N° 15301

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

Aprobado Acta No. 143 (18-09-01)

Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil uno (2001).

VISTOS

El Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia del veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) condenó a JULIO EFREN SANCHEZ ALVAREZ a la pena principal de treinta (30) años de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio, consumados en Oscar Enrique Rodríguez Cuesta y Sandra Patricia Rubiano López, el primero a título de dolo y el segundo a título de culpa y porte ilegal de arma de fuego, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años y al pago de perjuicios materiales y morales causados con la infracción.

El Tribunal Superior de Bogotá, al conocer del fallo del a quo por vía de apelación, lo confirmó en su integridad, mediante providencia del trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998), contra la cual se interpuso la casación que se procede a desatar.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Aquellos ocurrieron el 6 de septiembre de 1993 hacia las seis de la tarde en el barrio Villas del Progreso de esta ciudad, cuando se presentó un altercado entre varias personas que departían, unos en una cancha de tejo y otros que se encontraban al frente en una tienda, lo que trajo como resultado el deceso de Oscar Enrique Rodríguez y Sandra Patricia Rubiano, hecho del que se sindicó a JULIO EFREN SANCHEZ ALVAREZ.

El 15 de septiembre de 1993 se ordenó la apertura de investigación y la Fiscalía 109 Delegada de la Unidad Tercera de Vida ordenó la práctica de varias diligencias.

Posteriormente, por auto del 18 de diciembre de 1995, la Fiscalía 33 Delegada dispuso emplazar a JULIO EFREN SANCHEZ, en virtud de que no había sido posible su captura, lo que así se cumplió en el término de ley, y luego, el 16 de enero de 1996 se declaró persona ausente y se le nombró defensor de oficio.

El 14 de marzo del año en mención se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva. Cerrada la investigación, el mérito del sumario se calificó el 19 de septiembre de 1996 con resolución acusatoria en contra de JULIO EFREN SANCHEZ ALVAREZ como responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, en concurso.

El Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito avocó el conocimiento de la causa, dispuso el traslado a los sujetos procesales para los fines legales pertinentes y ordenó la práctica de pruebas.

Estando en curso dicha actuación procesal, se produjo la captura del encartado quien otorgó poder a un defensor contractual a quien se le reconoció personería el 6 de julio de 1997, fecha en la que tomó posesión del cargo.

Celebrada la diligencia de audiencia pública, dictó el fallo de primer grado que fue confirmado en su integridad por el Tribunal Superior de Bogotá.

SINTESIS DEL FALLO IMPUGNADO

Para el Tribunal la materialidad de las infracciones se encuentra plenamente demostrada. Advirtió que la actuación homicida es de carácter eminentemente doloso y por ello hizo manifiesta su extrañeza en relación con la decisión del juez de conocimiento de considerar, contrario al criterio de la fiscalía acusadora, que la muerte ocasionada a Sandra Patricia Rubiano fue en la modalidad culposa, pues olvidó que disparar con arma de fuego contra un grupo de personas para causarle daño a quien tenga el infortunio de recibir el disparo, configura una conducta que se enmarca en la figura del dolo eventual. Sin embargo adujo que nada podía hacer respecto de tal error, por respeto al principio de la reformatio in pejus.

En cuanto a la acusación formulada a JULIO EFREN SANCHEZ ALVAREZ, encontró fundamento lógico y probatorio. En primer lugar, señaló como circunstancias que surgen en contra de la versión dada por el encartado, su presencia en el lugar de los acontecimientos, su apresurado alejamiento del mismo a raíz de los disparos, pese a que, como el mismo lo dijo, se dio cuenta de que su gran amigo Oscar Enrique Rodríguez Cuesta se encontraba herido y de que prácticamente le pidió auxilio; el subsiguiente apedreamiento a su casa de habitación por parte de los hermanos del occiso Rodríguez Cuesta en la misma fecha en que ocurrieron los hechos; y los testimonios de Rogelio Torres Rodríguez y Fredy Alejandro Galvis Jaimes.

Sobre estos últimos, señaló que fueron suministrados ante la administración de justicia, horas después de ocurridos los hechos y a lo largo de la investigación no se presentó contra ellos ningún elemento de juicio que se les oponga, sino únicamente el dicho postrero del sindicado, quien naturalmente se muestra interesado en desvirtuarlos para convencer acerca de su pregonada inocencia. Para el fallador, lo trascendente son los datos que ambos declarantes suministraron sobre la fisonomía del homicida y otros datos conocidos, incluso a través del mismo procesado. No admitió las disculpas

suministradas por SANCHEZ ALVAREZ para que los susodichos declarantes lo señalaran como el homicida, pues sus atestaciones se hallan corroboradas por la persecución que luego de los disparos emprendieron personas que, al decir del mismo inculcado, pretendían eliminarlo por considerarlo responsable del ataque con arma de fuego, lo que a la vez utilizó como excusa para no haber auxiliado a su amigo Rodríguez Cuesta. Además, como se predica que entre quienes persiguieron al procesado se encontraban los hermanos de este, para lanzar piedras contra su vivienda y proferir amenazas de muerte, resulta lógico pensar que los mismos contaban con información directa o indirecta, lo suficientemente seria y fidedigna como para dirigir contra SANCHEZ ALVAREZ y no contra otra persona, esa actitud persecutoria y agresiva.

LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos formula el defensor del procesado contra el fallo del Tribunal, así:

PRIMER CARGO. Causal Tercera.

Atribuye el libelista el desconocimiento del derecho a la defensa por parte del Fiscal instructor, quien solo se ocupó del simple formulismo de nombrar un defensor de oficio para el procesado ausente a quien solo posesionó cuando ya le había definido la situación jurídica al imputado, para más adelante, sin ninguna actuación del togado oficioso, clausurar la fase instructiva, cercenado toda posibilidad del defensor, quien no ejecutó la más mínima tarea de cumplir con su deber ético y legal, lo que genera uno de los motivos de nulidad consagrados en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Recuerda que esta garantía debe cobijar tanto la etapa instructiva como la del juzgamiento y que la actuación alternativa entre el procesado y el togado se torna indispensable como máxima garantía en un Estado Social y de Derecho para constituirse así el derecho de postulación del cual emerge la consecuencia lógica de hacer efectivos los principios universales del debido proceso, el derecho de defensa y el contradictorio, que se

concretan en la posibilidad de instrumentar por parte del procesado (entendido como unidad defensor - sindicado) un argumento dialéctico, coherente, orientado a contrarrestar la posición del acusador, presentándole pruebas que acrediten la inocencia del reo o su menor grado de responsabilidad.

En el asunto en examen, es evidente la carencia de defensa técnica, pues solamente se le dio remedio con la designación de un defensor de oficio, tardíamente posesionado, quien mostró desinterés en la función encomendada por el instructor. El funcionario judicial debe estar atento a la efectivización de esta garantía. Obrar de manera contraria, conduce a que se deba invalidar la actuación.

También se desconoce la garantía aludida, cuando la defensa material o técnica falla de manera absoluta porque el defensor, por manifiesta incapacidad, desidia o inercia, se torna negligente en el cumplimiento de su deber, pasando a ser un pasivo protagonista del trámite procesal o el gran ausente en la dialéctica procesal penal. Por lo tanto solicita la declaratoria de la nulidad invocada.

SEGUNDO CARGO. Causal Tercera.

Estima el demandante que el Fiscal instructor desconoció el principio de investigación integral, que se traduce en la omisión o desidia en lograr obtener los testimonios de personas presenciales de los hechos profusamente señaladas por el declarante Rogelio Torres Rodríguez en diligencia practicada al día siguiente de que ocurrieron los hechos y que resultaban trascendentes para el esclarecimiento de estos y la defensa de su representado, pues no se sabe si en realidad JULIO EFREN SANCHEZ era el apodado "El Gato", o el remoquete correspondía a otro individuo, o si los disparos que segaron las vidas de la víctimas los hizo uno de los integrantes de la banda del hoy convicto. El instructor no se preocupó de que Rogelio Torres hiciese claridad y concreción en su relato, sino que se contentó con asimilar y creer que el autor de los disparos fue su

defendido, conclusión errónea, trascendente y contraria a los intereses del procesado.

Con la desidia y el desinterés del instructor, se desconoció el derecho de contradicción de la prueba que al final, cuando se trató de ejercer, dificultó lograr la citación de los dos testigos acusadores, Rogelio Torres Rodríguez y Fredy Alejandro Galvis Jaimes.

Solicitó se casara la sentencia y que en su lugar se dicte la que declare en qué estado queda el proceso, disponiendo la remisión del expediente al funcionario respectivo.

TERCER CARGO. Causal Primera (Subsidiario).

Acusa el libelista la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial a causa de un error de derecho en que incurrió la colegiatura, consistente en un falso juicio de convicción, al estimar que el dicho de los testigos Rogelio Torres Rodríguez y Fredy Alejandro Galviz Sánchez señalaron de manera indefectible a JULIO EFREN SANCHEZ ALVAREZ como el autor de los disparos que segaron las vidas de las víctimas y que reflejan la certeza para condenar.

Opina que los falladores, de manera desfasada predicaron la certeza que no existe en esas declaraciones y terminaron por imponer la gravísima pena corporal a su representado, cercenando su derecho a la libertad. Que vistos esos testimonios a la luz de la sana crítica, aparecen encubiertos por la duda probatoria que jamás permite pregonar la certeza que reclama el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

A consecuencia del error de derecho denunciado, a SANCHEZ ALVAREZ se le declaró responsable de los punibles objeto de reproche, con lo que resultó transgredido el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal debido a las dudosas versiones aportadas por los testigos de cargo, a lo que se añade el desconocimiento del principio de investigación

integral por no haberse recogido todos los testimonios de los actores de la refriega que trajo como resultado los homicidios, máxime si se tiene en cuenta que Torres Rodríguez hizo mención de una banda de delincuentes de los que uno de sus integrantes hizo disparos de escopeta, mientras que otros de los contertulios eran agredidos con cuchillos o navajas, personajes señalados con nombres propios, conocidos en el barrio donde se desarrollaron los acontecimientos. El resultado de esa falla instructiva, no es otro que el de la duda probatoria, que debe ser resuelta a favor del procesado.

Cuando el error consiste en que a un medio de prueba se le da un valor diferente al señalado por la ley, se configura un error de derecho por falso juicio de convicción. En este caso, los medios probatorios no tienen los requisitos contenidos en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, la falta de aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, trascendió gravemente en los intereses de su representado, pues terminó condenado como responsable de gravísimos delitos, en detrimento de su libertad personal.

Citó como normas violadas los artículos 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 26, 201 y 323 del Código Penal, como vulnerados indirectamente.

Solicitó casar la sentencia, y que se absuelva de todo cargo JULIO EFREN SNACHEZ ALVAREZ y a consecuencia de ello disponer su libertad inmediata.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Destaca esa representación del Ministerio Público que con suficiencia la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han señalado los alcances de la garantía constitucional de la defensa, previstos en el artículo 29 de la Carta Política, como el derecho que tienen los procesados a contar con un representante profesional del derecho, escogido por él o de oficio, que lo oriente en las actividades propias de la

causa penal o que lo sustituya o complemente en las fases del proceso y de manera continua.

Conforme a una de las decisiones de esta Corporación (sentencia del 26 de octubre de 2000, Magistrado Ponente, Dr., Jorge Córdoba Poveda), explica que el derecho a la defensa como garantía se encuentra en un plano superior a la misma objetividad del proceso, es decir que aún cuando de las pruebas se pueda deducir sin lugar a dudas que el procesado es responsable de la acción criminal objeto de la actuación, si no contó con las condiciones adecuadas para su defensa, la declaración de responsabilidad deviene ilegítima frente a los postulados del estado democrático de derecho.

En lo relacionado con el derecho a la defensa, el juez debe examinar, no el simple cumplimiento de las reglas formales de defensa, sino el real cumplimiento de los deberes que le competen al abogado, a través de las atribuciones legales que le otorga la ley.

Por ello, se muestra en desacuerdo el señor Procurador Delegado, con la tesis de esta Corporación (Sentencia del 11 de julio de 2000, Magistrado Ponente Dr., Carlos Eduardo Mejía Escobar), donde se señala que para el reconocimiento del derecho a la defensa no es suficiente con que el recurrente demuestre que el defensor no solicitó pruebas, o no se notificó o interpuso recursos contra las decisiones judiciales, sino que es preciso señalar que a consecuencia de esa actitud se dejaron de practicar pruebas decisivas favorables para el procesado.

Opina el Procurador Delegado que ese requerimiento excede los requisitos de protección de dicha garantía constitucional, porque se condiciona el reconocimiento de un derecho constitucionalmente consagrado a la demostración, no de las condiciones en que se debe ejercer la defensa, sino de aspectos que tiene que ver con la forma como se pudo desarrollar la actividad defensiva ante concretas situaciones en las cuales las pruebas permitirían la discusión de la acusación. Tal posición admitiría el extremo de

sostener que al procesado que se sorprende en flagrancia o confiese su delito o se vea sometido por la contundencia de las pruebas, no tiene derecho a la defensa técnica, lo que se evidencia manifiestamente contrario a los postulados del estado democrático de derecho.

También, en cuanto a la tesis de la Corte de que la inactividad del defensor en el curso de la actuación puede obedecer a una estrategia calculada de la defensa y que por ello es necesario demostrar la trascendencia que dicha inactividad pudo tener en la lesión de la garantía fundamental, opina que si bien en ocasiones la defensa se ejerce vigilantemente, por lo general esta forma de ejercicio del derecho a la defensa deja huellas evidentes en el proceso. Así, en lugar de exigirse al casacionista la demostración de que el silencio procesal del defensor no fue estrategia de defensa, corresponde al Tribunal de casación el señalamiento de todas las circunstancias objetivas que demuestran la vigilancia permanente del defensor, como argumento demoledor de la tesis del recurrente.

No sin antes exaltar su deseo de orientar la discusión dentro de patrones racionales para el ejercicio del derecho a la defensa y de la falta de demostración adecuada de la infracción del derecho a la defensa por parte del demandante, si se extrema el rigorismo técnico del recurso, aduce que en este caso concreto el posible autor del hecho fue identificado durante la fase preliminar, por el señalamiento que de él hicieron los testigos Rogelio Torres Rodríguez, y Fredy Alejandro Galvis Jaimes, quienes sin duda señalaron a “El gato” y a JULIO EFREN SANCHEZ que son la misma persona, como quien disparó su arma contra las víctimas del delito.

Refiere que el 15 de septiembre de 1993 se ordenó la apertura de investigación y se dispuso librar orden de captura contra el sindicado “una vez establecida la verdadera identidad”, la que se hizo efectiva el 7 de noviembre de 1995, luego de realizadas algunas diligencias y de que el fiscal afirmara en providencia del día anterior que no ha

sido posible localizar al sindicado JULIO EFREN SANCHEZ ALVAREZ, sin que conste en el expediente diligencia alguna orientada hacia ese objetivo.

Librada la orden de captura el 18 de diciembre de ese año y sin que esta se hubiera hecho efectiva, se dispuso la vinculación del sindicado mediante declaración de persona ausente y se le nombró defensor de oficio el 16 de enero de 1996, quien se posesionó del cargo dos meses después, luego de que se había resuelto la situación jurídica del procesado, el 14 de mayo de 1996.

El apoderado oficioso solo compareció, previa citación, a notificarse de las resoluciones de cierre de investigación y calificatoria, sin que hubiese hecho manifestación alguna de estar comprometido con el cargo que se le había confiado. Nada dijo respecto de la situación de su asistido antes de la calificación del mérito del sumario, ni hizo esfuerzo alguno tendiente a solicitar el recaudo de algunas pruebas que habían surgido como posibles dentro de la investigación, y que luego, en la fase del juicio se ordenaron.

Así, la garantía del derecho a la defensa fue puramente formal y solo cubrió la defensa técnica, pues la material resultaba imposible por la ausencia del procesado, lo que exigía al funcionario mayor cuidado para materializarla.

En el curso de la instrucción, el fiscal no hizo uso de sus poderes para requerir al defensor el cumplimiento de su deber, ni el Agente del Ministerio Público, de acuerdo con sus facultades, se esforzó por intervenir, a efecto de que la autoridad competente previera lo necesario para evitar el desconocimiento del derecho a la defensa. Finalizada la etapa de instrucción, el defensor no hizo petición de pruebas en la etapa del juicio, pese a que de las primeras declaraciones del proceso se podían establecer otras citas de posibles testigos de lo ocurrido. De esta manera el procesado quedó librado a su suerte y el profesional del derecho no desplegó ninguna actuación tendiente a garantizar la defensa de SANCHEZ ALVAREZ.

Fue solamente en la diligencia de audiencia pública, una vez producida la captura del encartado, cuando contó con un defensor contractual.

Para la Procuraduría Delegada no hay duda de la vulneración de derecho a la defensa, ya que gran parte de la actuación se cumplió con el formalismo de la designación de un defensor, sin brindar oportunidades efectivas al procesado para defenderse en juicio, tal como lo establecen la Constitución, los instrumentos internacionales y la ley.

Estima entonces que la actuación debe anularse a partir del auto de cierre de investigación para garantizar el ejercicio de la defensa técnica en la etapa de instrucción.

En cuanto al segundo cargo, considera que si bien adolece de algunas fallas en su demostración, tiene existencia real en la actuación.

A pesar de que el libelista no cumplió con la exigencia técnica de señalar en forma concreta las pruebas dejadas de practicar y los posibles resultados de éstas, que de algún modo podrían cambiar de manera favorable la situación del inculcado, es claro que en la situación procesal que se analiza era imposible intentar precisar cual habría sido el contenido probatorio que debería obrar a favor del procesado, pues tanto su ausencia en la mayor parte de la actuación, como el escaso material probatorio recaudado, impiden señalar que las pruebas faltantes habrían modificado favorablemente la situación de SANCHEZ ALVAREZ.

Destaca que del reducido grupo de pruebas se puede colegir que no se practicaron los testimonios de las personas mencionadas por Rogelio Torres Rodríguez, pero no es posible prever cuál sería el contenido de dichos testimonios, porque el propio testigo no fue muy específico en relación con las circunstancias que rodearon el hecho, aún cuando fue enfático en imputar su autoría a “El gato”.

En una segunda declaración al preguntársele por los compañeros de trabajo que estaban

con él el día de los hechos, el testigo identificó a Manuel Orlando Sierra, pero dijo que éste último había fallecido y en cuanto al primero señaló que no sabía dónde encontrarlo. Tampoco aportó datos trascendentes para tratar de esclarecer los hechos.

Sin embargo, a pesar de la deficiente demostración del reparo, no cabe duda para el Delegado que no solo se dejó de investigar lo favorable, sino que no hubo una instrucción adecuada del proceso, encaminada a la búsqueda de la verdad de lo ocurrido, lo que permite reconocer la presencia de la razón para la nulidad planteada que, como se indicó, es consecuencia y está ligada al desconocimiento de la defensa técnica.

En cuanto al tercer cargo, la sola presentación de un error de derecho por falso juicio de convicción ubica la censura como una crítica a la valoración probatoria dentro del sistema de tarifa legal, que no tiene cabida en casación.

Entendió el libelista que dentro del actual sistema de apreciación probatoria de la sana crítica era posible postular la ocurrencia de esa clase de error, sin advertir que aquella consulta los criterios de la ciencia, la lógica y la experiencia y, a diferencia de la tarifa legal, permite la apreciación racional al juzgador.

Aduce la Procuraduría Delegada que la presentación del reparo constituye un error de técnica que por sí solo permite desestimarlos y que tampoco demuestra, pues el libelista insiste en que se está frente a un error por falso juicio de convicción cuando a un medio de prueba se le da un valor diferente al admitido por la ley, lo que no corresponde con la violación de la norma aludida.

Indicó que la falta de técnica y demostración del error impiden la prosperidad del cargo.

CONSIDERACIONES

PRIMER CARGO. Causal Tercera.

Aduce el libelista el desconocimiento del derecho a la defensa por parte del fiscal instructor, quien solo se ocupó del formulismo de nombrar a un defensor oficioso para el procesado ausente, una vez declarado como tal, a quien posesionó en su cargo después de que le había resuelto la situación jurídica y luego, sin ninguna actuación del togado oficioso, clausuró la fase instructiva cercenando toda posibilidad del defensor que no realizó ni ejecutó la más mínima tarea para cumplir con su deber ético y legal.

En diversas oportunidades la jurisprudencia de la Sala ha precisado que la postulación de irregularidades con las que se pretenda la nulidad de un trámite que ha culminado mediante fallo condenatorio, debe formularse delimitando claramente si los supuestos defectos denunciados socavan la estructura del proceso o lesionan las garantías de los sujetos procesales, así como la fase procesal en que se presentaron y su incidencia en el resultado final de la actuación.

No desconoce la Sala los alcances que el artículo 29 de la Carta Política le otorga al derecho a la defensa en su doble dimensión material y técnica cuya garantía debe estar presente durante toda la actuación procesal como presupuesto de legitimidad, circunstancia que por sí sola no es suficiente para considerar ineficaz el trámite procesal.

La Procuraduría, haciendo eco a los requerimientos del libelista, estima que la nulidad que se alega por desconocimiento del derecho a la defensa, debe reconocerse siempre que en cualquiera de las fases de la actuación los intereses procesales del sindicado se hayan desprotegido, más allá de las exigencias técnicas del recurso e independientemente de que existen pruebas sobre su responsabilidad penal y de que por el delito que se le impute merezca mayor reproche punitivo. Que además el reconocimiento de un derecho constitucional no se puede condicionar a la demostración

de aspectos relacionados con la forma en que se pudo desarrollar la actividad defensiva.

Realmente lo que la Corte tiene establecido es que en virtud del principio de trascendencia que rige en materia de nulidades (no hay nulidad sin daño), su declaratoria solo es posible si la irregularidad que se demanda realmente afecta las garantías de los sujetos procesales o, dado el caso, si desconoce las bases fundamentales de la actuación o del juzgamiento, pero no que ella no proceda cuando haya prueba afirmativa de la responsabilidad del acusado, como se sugiere en el concepto. La declaratoria de nulidad debe tener un motivo suficiente, no se deriva de alguna informalidad en sí misma considerada, sino que es preciso distinguir entre el contenido material de la defensa y el contenido material de la pretensión defensiva. Además toda nulidad supone perjuicio real para la garantía y si ésta no se produce, no es posible demandar la invalidez de la actuación. De allí que sea importante demostrar las consecuencias del yerro, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala.

En el asunto materia de análisis, dice el censor, la carencia de defensa técnica se materializa porque solamente hubo un remedo de ella con la designación de un defensor de oficio tardíamente posesionado, quien mostró total desinterés en la misión encomendada por el fiscal instructor.

Sobre esa clase de planteamientos, también se ha pronunciado la Sala en el sentido de que si el vicio no compromete en su totalidad la etapa de instrucción o la del juzgamiento, resulta indispensable establecer en cada caso concreto si en realidad se afectó el derecho a la defensa técnica porque puede ocurrir que la deficiencia en la actividad defensiva se corrija oportunamente por el profesional designado, caso en el cual la irregularidad no pasaría de ser una informalidad que, como tal, dejaría sin sustento la decisión de declarar la invalidez de la actuación, por la falta de efecto práctico de que el defensor haga uso de los derechos que ya tuvo oportunidad de ejercer.

Así ocurrió en el caso que nos ocupa. Una vez fue vinculado al proceso JULIO EFREN SANCHEZ ALVAREZ mediante declaración de persona ausente, se le nombró un defensor de oficio a quien se citó de manera inmediata mediante telegrama que además le indicó el contenido de la decisión que acababa de tomarse. (fl 71). Resuelta la situación jurídica con auto de detención contra el ausente, se volvió a citar a su defensor mediante telegrama que además le indicaba el contenido de la medida (fl 77). Posteriormente se le remitió una tercera comunicación en la que la Fiscalía le volvió a citar conminándolo a concurrir, lo que efectivamente hizo, posesionándose del cargo el 30 de mayo de 1996 (fl 92).

De manera que el defensor oficioso, al asumir el cargo, tenía conocimiento, porque estaba enterado de los actos que afectaban a su defendido y, por tanto, la actuación procesal no fue sorpresiva, ni deliberadamente marginante, ni construída con ocultamientos. Veinte días después se cierra la investigación, de ello se entera la defensa, se produce la resolución acusatoria y de ello también se entera la defensa.

Es de resaltar, además, que desde la vinculación del procesado hasta la acusación, nada probatoriamente relevante se produjo, salvo el aporte de algunos documentos oficiales sobre informaciones que tuvieron que ver con la captura, partidas de defunción de las víctimas y ausencia de autorización, para el porte de armas, otorgada al imputado. También debe destacarse que respecto de varios de los intervinientes en los hechos, existían referencias sobre su desaparecimiento, por abandono del lugar o por muerte posterior; y que la medida de aseguramiento atribuyó a título de culpa uno de los resultados, no obstante haberse producido en similares circunstancias del otro.

De modo que si bien es cierto que el defensor oficioso del acusado SANCHEZ ALVAREZ no caracterizó su actuación por la insistencia en la petición de pruebas, o por la interposición de recursos contra la medida detentiva, o por la concurrencia a asumir de cuerpo presente la notificación de las providencias judiciales (excepción hecha de la

resolución acusatoria), también lo es que resultaba incierto e inseguro, desde la perspectiva de los resultados beneficiosos razonablemente esperables, proceder a demandar diligencias que a la postre podían comprometer más la situación de compromiso de su defendido, bien porque se reforzara la prueba incriminatoria, bien porque se aclararan espacios de incertidumbre que para la etapa del juicio aparecían como susceptibles de ser explotados en su favor, bien porque se activaran controles in iudicando que agravaran la posición jurídica o las condiciones de imputación.

Es que no debe olvidarse que estando el imputado ausente, la posibilidad de informarse de primera mano y a través del mismo procesado, estaba vedada al profesional. La actitud expectante, la futura materialización de una defensa que aprovechara la hasta entonces poco intensa actividad procesal, eran alternativas prudentes que no pueden descalificarse, ahora, por el resultado condenatorio de la sentencia, ni dejando de reparar en los elementos de convicción allegados con posterioridad, no solo por la captura y el interrogatorio del acusado, sino por la manera en que el resultado conjunto de la prueba practicada antes de la vinculación de SANCHEZ como de aquella recogida dentro de la audiencia, terminó conjugándose y complementándose.

La pasividad que se reprocha en la demanda, y cuyo carácter disvalioso hizo mella en las convicciones del Ministerio Público y del Magistrado disidente, no tiene como explicación única y necesaria el abandono o la desidia o la incompetencia. Atenerse al cumplimiento de la carga de la prueba por parte del Estado acusador es una expresión válida y aceptable de la garantía de defensa y esta, como estrategia, como manera de asumir la obligación de defender, no es susceptible de deslegitimarse simple y llanamente bajo la consideración de que quien llegue al proceso en otro momento, o con otro conocimiento de los hechos, o con otros criterios sobre el fenómeno jurídico que se debate, lo habría hecho de manera diferente.

Por otra parte, la actuación de la Fiscalía durante el tránsito del sumario y frente a su

deber de garantizar la existencia de defensa técnica, fue idónea. Produjo la designación, y acto seguido dió lugar al conocimiento directo por parte del designado de la situación del defendido, manteniendo esa vía de comunicación, apurándolo para que compareciera directamente al proceso y conminándolo incluso, siempre sin dejar de enterarlo del estado de la cuestión. Posteriormente mantuvo el trámite abierto a las posibilidades de postulación de la defensa durante un espacio de tiempo suficiente para que la defensa tuviese movilidad y, advertido el cumplimiento de un plazo suficiente, procedió a cerrar el ciclo investigativo y a calificar el mérito del sumario. En una palabra, con su actitud la Fiscalía cumplió y garantizó las posibilidades de la alegación, prueba, conocimiento y debate de los materiales fácticos y jurídicos que contenía el proceso. Ir más allá, sería tanto como intervenir ella misma la defensa, orientarla, influirla, determinarla, o peor aún, apropiarse de su contenido, lo que resulta francamente inadmisibles en un modelo no autoritario como que los contenidos y la pretensión defensiva, y la decisión sobre las herramientas y los medios que permitan sostenerla, es parte del ámbito impenetrable y vedado a la autoridad, so riesgo de desvirtuar su esencia reaccionaria, contradictoria y dispositiva.

Entonces, es cierto que el representante oficioso no intervino activamente en la investigación mediante peticiones e impugnaciones, sino que aprovechó el conocimiento que desde su designación fue teniendo sobre el proceso, y optó por notificarse del auto de cierre de investigación y de la acusación proferida contra SANCHEZ ALVAREZ. Ha dicho la Sala que la actitud pasiva adoptada por el profesional del derecho no es susceptible de censurarse a través de solas hipótesis generalizadas y abstractas, sino considerando las particulares posibilidades de controvertir o contraprobar las decisiones, de tal manera que sea evidente que la referida pasividad no corresponde a una estrategia defensiva, sino a un abandono de la actividad encomendada,¹

difícil de pregonar cuando, por ejemplo, la contumacia del acusado, priva a su representante oficioso de conocer datos de relevancia en su favor, o lo expone a

demandar la práctica de diligencias frente a las cuales, una petición imprudente, puede originar la práctica de medios probatorios que terminan fortaleciendo los cargos o incluso agravándolos.

Además la posibilidad de una línea de defensa distinta, fue oportunamente impulsada cuando con ocasión de la captura de JULIO EFREN SANCHEZ ALVAREZ, ocurrida el 27 de mayo de 1997, luego de que el juez de conocimiento había ordenado la práctica de pruebas en el juicio, el propio imputado otorgó poder a un abogado de confianza quien solicitó copias de lo actuado así como el señalamiento de fecha y hora para la celebración de la diligencia de audiencia pública. En dicho acto, se escuchó en indagatoria al encartado y su defensor contractual intervino activamente interrogando a su defendido y a algunos de los testigos que comparecieron a la diligencia a rendir declaración. Así mismo, orientó su alegato defensivo a controvertir los medios probatorios que sirvieron de sustento a la acusación elevada contra SANCHEZ ALVAREZ, para sacar adelante la hipótesis de que no obra en autos la declaración que otorgue la certeza de que su representado fue el autor de los hechos, que no tenía motivos para segar la vida de los hoy occisos y que no se acreditaban los requisitos contenidos en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para condenar.

En las condiciones señaladas no encuentra la Corte ninguna justificación para invalidar la actuación con criterios de puro contraste, pues la actitud pacífica del defensor de oficio no significa abandono de la misión de defensa técnica, y porque en la etapa del juicio el apoderado de confianza intervino en defensa de los intereses del procesado, acudiendo a la estrategia que por razón de dicha circunstancia, ser su defensor contractual, lo colocaba en mejores condiciones de seguridad y conocimiento por causa de los datos a él revelados por su cliente o por las personas cercanas al mismo, las mismas con las cuales no podía haber contado el defensor oficioso.

De otra parte, es cierto que independientemente de la certeza de responsabilidad

que se tenga conforme al acervo probatorio, el procesado debe contar con las condiciones adecuadas para su defensa, como lo afirma el señor Procurador Delegado. Sin embargo, para determinar el real cumplimiento de los deberes legales que le competen al abogado, como también lo sugiere en su concepto, es necesario que el examen de cada caso se haga atendiendo a las especiales circunstancias que lo rodearon y desde esa perspectiva determinar si hubo garantía del derecho a la defensa. Ello no implica que en ese ejercicio el juez pueda calificar la actuación del togado de acuerdo con las tesis defensivas que esgrimió o la forma como hizo uso de los mecanismos de defensa contenidos en el ordenamiento jurídico, porque no existe un parámetro que determine qué peticiones o cuáles intervenciones se ajustan más a la tesis que quieran o busquen sacar adelante el comprometido y el profesional que lo asiste, y mucho menos es posible distinguir de entre los diversos criterios jurídicos de los defensores, cuál resulta más efectivo. El derecho a la defensa técnica no responde a un modelo común o a un criterio predeterminado y por ello, ha dicho la Sala que la sola invocación de la ausencia de actos de postulación o impugnación, no es por sí sola determinante de la transgresión de esa garantía, sino que son las especiales circunstancias las que determinan que la inactividad del defensor encuadran más en una estrategia defensiva, antes que en un abandono de la gestión. Menos aún es posible realizar, a partir de una estrategia cuyo desarrollo se trunca por la aparición de un defensor de confianza, hacer una valoración prospectiva, firme, segura, absoluta, sobre los resultados a que hubiera conducido la una, dada la realidad de los resultados de la segunda.

Por tales motivos no se acogen los planteamientos del señor Procurador Delegado, ni los propuestos por el libelista.

SEGUNDO CARGO Causal Tercera.

Pregona el casacionista el desconocimiento del principio de investigación integral, consistente en la omisión del funcionario instructor para lograr obtener los

testimonios de quienes presenciaron los hechos en los que perdieron la vida Oscar Enrique Rodríguez y Sandra Patricia Rubiano, personas que fueron señaladas por Rogelio Torres Rodríguez en diligencia practicada al día siguiente de que ocurrieron los hechos, falencia de innegable trascendencia para el esclarecimiento de la investigación y la defensa del procesado.

Cabe recordar en este punto que la alegación de una nulidad por esta vía de impugnación extraordinaria debe consultar las exigencias técnicas de forma y contenido propias de este instituto, así como las posibilidades concretas de haberse producido, sin que la Corte pueda suplir las deficiencias contenidas en el libelo.

Para la idoneidad de la alegación de esta clase de censuras, deben especificarse por el libelista, además de la clase de nulidad que se denuncia y de las normas que resultaron vulneradas, la trascendencia de la misma en la actuación, ineludible carga a la que el censor se sustrajo abiertamente, pues no solo omitió identificar las pruebas testimoniales que aduce como omitidas, sino la manera en que dentro del proceso se hacía explícita la incidencia favorable que estas hubiesen podido tener en la situación del procesado, por la manera en que aparecen invocados sus contenidos, los hechos beneficiosos que deberían acreditar, o aquellos desfavorables que desacreditarían o contraprobarían.

En este caso, era indispensable que el casacionista demostrara cómo de las pruebas testimoniales en que fundamenta su reclamo, se derivaba una situación beneficiosa para JULIO EFREN SANCHEZ, bien porque tenían la potencialidad de demostrar su inocencia respecto de la ejecución de los hechos delictivos, o porque con ellas era posible atenuar su responsabilidad y que pese a así constar en el proceso, o de ser evidente para quien lo examinara, también ello se hacía obvio al conocimiento del instructor no obstante lo cual fueron dejadas de lado, evitadas o su práctica obstaculizada.

El simple enunciado de que los elementos de juicio reclamados eran trascendentes para el esclarecimiento de los hechos y la defensa del procesado, no es suficiente para justificar el retroceso de la actuación. Y, el argumento de que no se sabe si en realidad JULIO SANCHEZ ALVAREZ era el apodado “El gato” o si el remoquete corresponde a otro individuos, o si los disparos los hizo uno de los integrantes de la banda del encausado, es una apreciación especulativa no respaldada en un acto de prueba concreto y opuesta a las consideraciones del fallador que, en su análisis del conjunto probatorio encontró acreditadas diversas circunstancias determinantes de la responsabilidad de SANCHEZ ALVAREZ en la comisión de los homicidios, tales como su presencia en el lugar y a la hora de los acontecimientos; su inmediata huida hacia su residencia, una vez hechos los disparos; el apedreamiento de su vivienda por parte de los hermanos y amigos del occiso y, finalmente, las declaraciones de los testigos de cargo, Rogelio Torres Rodríguez y Fredy Alejandro Gálvis, quienes momentos después de ocurridos los hechos lo señalaron como el autor de los disparos, sin que resultara trascendente la referencia tangencial a los remoquetes de “El Gato” o “El Chato”, que según el encartado pertenecían a su padre y hermano, respectivamente, siendo que lo trascendental para el fallador fueron los datos suministrados por ambos declarantes para quienes el procesado era bien conocido y distinguido, por lo que la posibilidad de que se equivocaran era improbable y remota dado el conocimiento recíproco que unos tenían de los otros.

Respecto al argumento del señor Procurador Delegado, en cuanto a que en la situación procesal que se analiza resulta imposible precisar cuál había sido el contenido probatorio que debería obrar a favor del condenado, fortalece a la Corte en su conclusión de que ello es indicativo de la falta de certeza sobre la vulneración efectiva del principio de investigación integral respecto de qué era lo que podía favorecer al procesado y que no se allegó.

Distinto es que tanto la ausencia del inculcado en la mayor parte de la actuación,

como el cuantitativo escaso material probatorio impidan realizar tal señalamiento. Pero esta circunstancia a lo sumo sería catalogable como una falla adecuada de instrucción que aunque el Procurador Delegado opina que debería dar lugar a que se reconozca la nulidad deprecada, para la Corte repercutiría, de ser exacta y trascendente, en la ausencia de prueba suficiente para condenar, demandable en casación por vía distinta a la invocada.

Sin embargo, para la Sala tampoco hay lugar a realizar tal declaración. El fiscal instructor, al ordenar la apertura de investigación El 15 de septiembre de 1993, dispuso escuchar en declaración a todas aquellas personas que conforme a los testimonios rendidos horas después de ocurridos los hechos (el 6 de septiembre de 1993) por Rogelio Torres Rodríguez (novio de la occisa Sandra Patricia Rubiano López) y Fredy Alejandro Galvis Jaimes (amigo del obitado Oscar Rodríguez y del sindicato) y que para dicho efecto se enviaron las respectivas comunicaciones. La mayoría de los citados no acudieron al llamado de la fiscalía²

, y aún cuando de inmediato el instructor no logró su práctica, como era lo deseado, dicha orden se vino a recabar mucho tiempo después, mediante auto del 14 de julio de 1995, sin que tampoco se presentaran los supuestos testigos de lo acontecido. En la etapa de la causa, el juez de conocimiento, atendiendo a una solicitud hecha por el Procurador Judicial, nuevamente ordenó hacer comparecer, entre otros, a dichos testigos renuentes, para escucharlos en el acto de audiencia pública, intento que tampoco arrojó resultados positivos.

No hay entonces razón valedera para declarar la invalidez de la actuación para la práctica de unas pruebas cuyo intento por aportarlas a la investigación ya se hizo y resultó fallido por motivos ajenos a la preordenada intención de no incorporarlos por parte de la Fiscalía o de la judicatura.

El cargo no prospera.

TERCER CARGO. Causal Primera.

Censura el libelista la sentencia del Tribunal, a causa de un error de derecho por falso juicio de convicción.

Este enunciado, como bien lo señaló el señor Procurador Delegado, resulta suficiente para desestimar el cargo, puesto que esta modalidad de error no puede predicarse en el ámbito de un sistema de apreciación probatoria no sometido a tarifa legal, sino al de la sana crítica, en el que el fallador goza de amplia libertad para apreciar los elementos de juicio, sin desconocer las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Incurre el casacionista en insalvable desatino de orden técnico al pretender cuestionar el mérito probatorio otorgado por el fallador a los testimonios de Rogelio Torres Rodríguez y Fredy Alejandro Galvis Jaimes, pues aún cuando afirma que bajo los parámetros de la sana crítica aparecen encubiertos por la duda probatoria, tal señalamiento no tiene cabida por la vía del error de derecho, ni resulta coherente con la expresión de que en este caso los medios probatorios censurados no tienen los alcances ni las virtudes requeridas por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal (hoy artículo 232, inciso 2º de la Ley 600 de 2000) y que por tanto debió darse aplicación al principio del in dubio pro reo.

Si lo pretendido era demostrar que a causa del desconocimiento de los principios que orientan la sana crítica se dejó de aplicar el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal (artículo 7º de la Ley 600 de 2000), la censura correspondía hacerla por la vía del error de hecho por falso raciocinio, como en varias ocasiones lo ha precisado la Corte.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

CUMPLASE

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

Salvamento de voto

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 Sentencia de casación del 09 - 07- 2000. Magistrado Ponente, Dr. Jorge Córdoba Poveda.

2 . El declarante Torres expresó en agosto 8 de 1993 que uno de los Sierra murió y que Linares y el otro Sierra habían desaparecido del lugar.