

Proceso No 15977

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 113

Bogotá D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil tres (2003).

## V I S T O S

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de JULIO HERNÁN BOTERO GUTIÉRREZ contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida el 9 de febrero de 1999, por medio de la cual lo condenó a la pena principal de 16 años y 8 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años, como autor del delito de homicidio agravado en grado de tentativa.

## H E C H O S

El juzgador de segunda instancia los narró de la siguiente manera:

“En La sucursal de ‘Fibras Nacionales Ltda’, que queda ubicada en la calle 29, nro. 52-74 de la ciudad de Medellín, empleados de ‘oficios varios’, trabajaban Álvaro Antonio Osorio Taborda y Julio Hernán Botero Gutiérrez, entre otros. El primero de los nombrados, al percatarse de la sustracción de varias clase de papel que allí se expendían, por parte de

sus compañeros de trabajo, informó a la administradora del continuado hurto. Enterado Julio Hernán Botero de la delación, quiso cobrar venganza contra su compañero y propuso a un amigo suyo, hasta ahora desconocido, le 'diera un susto' a Osorio Taborda.

“Al terminar la jornada laboral del sábado treinta de agosto de mil novecientos noventa y siete, a eso de las doce del día y cuando estaba dispuesto a marcharse de su residencia, Álvaro Antonio Osorio fue alertado por su compañero de labores José René Londoño sobre la presencia sospechosa de cuatro personas acompañantes de Julio Hernán Botero en una esquina cercana a la empresa. Por ello, prefirió salir con la Secretaria Elsa Patricia Henao y la Administradora Marta Diva Londoño, pero cuando trataba de alcanzar la calzada occidental de la avenida Guayabal un sujeto a quien observó malicioso lo siguió, espetándole que no corriera por cuanto lo iba a matar, procediendo el desconocido a disparar en dos ocasiones un arma de fuego, sin lograr impactar a su indefensa víctima, – pero si a un automotor en el vidrio delantero –, quien afortunadamente logró subirse a una buseta de servicio público, que por allí se desplazaba con dirección de la ciudad, y quedar ileso”.

#### ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la denuncia y luego de una investigación previa en la que se recaudaron plurales medios de prueba, la Fiscal 12 de la Unidad Segunda Seccional de Delitos contra la Vida y la Integridad Personal de Medellín, el 22 de septiembre de 1997, declaró abierta la instrucción.

Recibidas unas declaraciones y escuchado en indagatoria Julio Hernán Botero Gutiérrez, en la que se le designó un defensor de oficio para esa diligencia, la situación jurídica le fue resuelta, el 16 de diciembre siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio en grado de tentativa, hurto agravado y

porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, providencia que le fue notificada personalmente al procesado, a su defensor de oficio y al agente del Ministerio Público.

El 19 de febrero de 1998, el procesado designa a un defensor público.

La investigación se cerró el 4 de marzo de 1998 y, el 2 de abril siguiente, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado, por los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa y hurto agravado. Así mismo, se le precluyó la investigación por el punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, decisión que fue confirmada parcialmente, el 27 de mayo de 1998, toda vez que se declaró la nulidad de la actuación en lo atinente al hurto.

Luego de una contingencia procesal, el expediente pasó al Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Medellín que, luego de tramitar el juicio, en el que negó unas pruebas solicitadas por el defensor y decretó otras de oficio, el 11 de noviembre de 1998, profirió sentencia de primera instancia, condenando a Julio Hernán Botero Gutiérrez a la pena principal de 20 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años, como autor del delito de homicidio agravado en grado de tentativa.

Apelado el fallo por el procesado y su defensor, el Tribunal Superior de Medellín, al desatar el recurso, el 9 de febrero de 1999, lo modificó, por cuanto le impuso como pena privativa de la libertad la de 16 años y 8 meses de prisión, ya que se le reconoció la rebaja de pena por confesión. En lo demás lo confirmó.

## LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor, al amparo de las causales tercera y primera de casación, presenta dos cargos contra la sentencia, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

## Primer cargo

Acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Afirma que el artículo 29 de la Constitución Política estatuyó las citadas garantías, las que fueron desarrolladas por el artículo 1° del Código de Procedimiento Penal. Recuerda que aquella preceptiva estatuye, entre otros derechos, el de la defensa técnica que se le debe garantizar al procesado tanto en la fase investigativa como en la del juicio, a efecto de que se soliciten libertades y, en especial, para que se pueda contradecir las pruebas que se allegaron al diligenciamiento.

Argumenta que el artículo 304, numerales 2° y 3°, del Código de Procedimiento Penal, establece como causales de nulidad la transgresión del debido proceso y del derecho de defensa, respectivamente, motivos que se pueden alegar en sede de casación.

Sostiene que los defensores de oficio no actuaron en la etapa de investigación, pero el público sí lo hizo en el juicio, al punto que en dicho lapso, dentro de su estrategia defensiva, impetró, entre otras cosas, la ampliación de testimonio del denunciante, probanza que fue negada por el juzgador con el argumento de que en el escrito no se advierte “sobre qué puntos debe ser ampliada; cuando de la lectura del expediente se nota que fueron siempre interrogados desde la perspectiva de la fiscalía y nunca había tenido oportunidad la defensa, de hacerlo ..”, lo que, en su criterio, afectó el postulado de inmediación de la prueba.

Anota que el procesado, en su ignorancia jurídica, deprecó nulidades por violación de sus derechos, presentó alegatos precalificatorios, sin que la fiscalía se hubiese pronunciado al respecto, denotando igualmente una falta de lealtad e igualdad procesal, e incumpliendo con lo reglado en el artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, máxime cuando éste tiene, en aras de su defensa, los mismos derechos de su defensor.

Asevera que en el capítulo de las pruebas que regula la ley procesal, además de consignar los medios de convicción en particular, contemplan varios principios, los que relaciona.

Agrega que los defensores no incoaron la práctica de ninguna prueba ni participaron en las que se recaudaron, toda vez que limitaron su actividad a simple formalismos como comparecer a la indagatoria y a notificarse de la resolución que definió la situación jurídica, avalando de esta manera las actuaciones de la fiscalía.

Manifiesta que cuando el defensor público quiso ejercer el derecho de contradicción de la prueba, el juzgado le negó dicho derecho al no ordenar la práctica de los medios de convicción incoados y decretó, entre otros, el testimonio de María Berenice Serna, sin que tampoco se hubiese señalado la razón del mismo. Insiste que la diligencia de ampliación de denuncia se surtió sin que el procesado estuviera asistido por un profesional del derecho, lo que se corrobora examinando la actuación, en abierta oposición con los postulados de investigación integral y de imparcialidad, como lo ha venido reiterando.

Anota que su defendido no contó con apoderado de confianza por carecer de recursos económicos. Empero, continúa, la fiscalía le vulneró el derecho de defensa al nombrarle un defensor de oficio únicamente para la indagatoria, profesional que no se notificó de la providencia que resolvió la situación jurídica al procesado.

Además, dice que uno de ellos no exhibió la tarjeta profesional y la cédula de ciudadanía ni suministró los datos para su ulterior ubicación, limitando su actuación a estampar su firma, como notificación, de la anterior decisión.

Asevera que la falta de defensa técnica se dio toda la etapa instructiva. No obstante, afirma que el procesado contando con un defensor diligente en el juicio, de todos modos le fueron negadas las pruebas por él incoadas, abogado que cumplió con los deberes que le imponía el cargo, para lo cual procede a realizar una síntesis de su actividad.

De otro lado, aduce que tampoco se constató el dicho del procesado, “en cuanto al posible rompimiento de vidrios de un automotor que pasaba por el sector, oficiando a las empresas que prestan servicio público por el sector, para indagar si para la fecha y hora en que ocurrió el hecho investigado, también hubo daños en algún vehículo o al Tránsito Municipal para averiguar si hubo un Reporte de Accidente para dicha fecha y hora y con ello tener mejor acercamiento a la verdad real, y verificar si el dicho del impreciso testigo, que a la vez aparece como ofendido, era cierto o no, o lograr la comparecencia de otras personas citadas desde el inicio de la investigación como eran los señores ALFREDO ÁNGEL, JOSÉ RENÉ LONDOÑO, GERMÁN JIMÉNEZ, NESTOR MARIO JARAMILLO y MARÍA BERENICE SERNA, nada de ello se hizo, y con ello se afectó indiscutiblemente a su poderdante o al menos verificar si era cierto o no el incidente que había tenido JULIO HERNÁN con ÁLVARO OSORIO”.

Estima que otra circunstancia que pone en evidencia la falta de defensa consiste en las múltiples solicitudes que realizó su protegido, entre ellas, una diligencia de careo con el denunciante, la que no fue objeto de pronunciamiento.

Agrega que las pruebas solicitadas por el defensor en el juicio, en especial las declaraciones de las personas que presenciaron los hechos, las que no fueron recibidas “por múltiples motivos, específicamente por no haber sido decretadas en su mayoría, con posiciones muy contrarias de la juzgadora y que en todo caso afectaban el principio de la NECESIDAD DE LA PRUEBA”.

Luego de reiterar lo anteriormente expuesto, manifiesta que no es necesario entrar a profundizar sobre tales aspectos, por cuanto revisando el expediente se advertirá que su poderdante quedó huérfano de pruebas en el juicio, vulnerándosele los derechos fundamentales alegados.

A continuación refiere sobre la posición de la Sala y de algunos doctrinantes frente al

tema, y resalta algunos instrumentos internacionales, para seguidamente sostener que la nulidad no solo se presenta por la omisión probatoria, sino también por la transgresión del derecho de defensa y del debido proceso.

En el acápite que llamó “ALCANCE DE ESTA IMPUGNACIÓN”, aduce que la invalidez de lo actuado debe declararse desde el instante en que su defendido fue vinculado a la investigación. Acota que las decisiones que se adoptaron después de la diligencia de indagatoria, además de estar afectadas de nulidad, fueron en detrimento de su procurado, toda vez que el soporte probatorio fueron los testimonios referenciados, quienes nunca fueron contrainterrogados, lo que aunado a la falta de defensa técnica pone en evidencia la irregularidad demandada.

En consecuencia, solicita a la Corte declarar la nulidad de lo actuado y, al mismo tiempo, ordenar la libertad provisional de su representado.

#### Cargo segundo

Acusa al Tribunal de haber violado, de manera indirecta, la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad, “en cuanto a la forma de interpretar las pruebas reunidas en el expediente”, yerro que condujo a la aplicación indebida del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y de los artículos 323 y 324, numerales 2° y 4°, del Código Penal y, exclusión evidente de los artículos 2° y 445 del Código de Procedimiento Penal.

Manifiesta que el error demandado es mayúsculo porque no se demostró el móvil de la conducta punible y, menos, la autoría de su defendido, en calidad de “determinador”.

Dice que el yerro de apreciación probatoria se cometió en la prueba testifical, que fue el soporte del fallo condenatorio “y fundamento equivocado de unos indicios mal

formados y de una confesión que no existió”.

En lo que llamó “ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN”, manifiesta que el recurso busca que se absuelva a su procurado de los cargos formulados en su contra, en virtud de los principios de favor rei, in dubio pro reo y presunción de inocencia. “Porque esas dudas que quedaron en la etapa del juicio y de investigación, no fueron totalmente eliminadas por el Estado, para poder predicar como se hizo, la certidumbre en la responsabilidad de mi patrocinado”.

Agrega que el perjuicio ocasionado al procesado es evidente, toda vez que él no participó en el delito por el que se juzgó, pues es evidente que él no realizó ninguna “acción real” de atentar contra la vida de la víctima, “ni facilitó el arma, ni la portaba, ni la disparó, ni inmovilizó al agredido, ni realizó ninguna manifestación, el hecho de haber tenido inconveniente con el compañero de trabajo y haber querido por intermedio de un tercero suministrarle un susto, sin intención de lesionarlo ni mucho menos de matarlo, no puede originar sentencias tan drásticas...”.

En otro capítulo, luego de referirse a la certeza, a los falsos juicios de existencia y de identidad, a las labores que deben desplegar los distintos funcionarios judiciales y de transcribir una porción del fallo, argumenta que el Tribunal cometió un error de hecho al suponer una prueba que no aparece “corroborada física y fehacientemente en el proceso”, ya que no hay medio de convicción que lleve a predicar “esa contratación”, máxime cuando es la misma Corporación la que descarta “ese tipo de contratación al negar la agravante del precio”.

Del mismo modo, estima que tampoco hay la prueba que, en grado de certeza, indique que la intención del agente era la de quitar la vida. Todo lo contrario, complementa, era la de asustar a la víctima, tal como se infiere del lugar donde iban dirigido los proyectiles, “ya que el propio OSORIO TABORDA señala que el primer disparo le voló esquirlas de

piso, es decir, levantó piedritas, y ni siquiera se dio cuenta donde impactó el segundo disparo”.

Acota que la intencionalidad no se puede medir con la “suposición” del ofendido y menos del que percutió el arma, motivo por el cual el error demandado se configura.

En lo relativo a los falsos juicios de identidad, resalta que las dudas probatorias sobre los verdaderos motivos del ataque son múltiples y diversos fruto de la deficiente investigación de la fiscalía, “que dejó por fuera cantidad de testimonios, serios y ciertos, como el de JOSÉ RENÉ LONDOÓ (sic), entre otros que podían aclarar esas incertidumbres que no fueron resueltas...”.

Así mismo, advierte que es el mismo Tribunal que plantea la duda probatoria, la que fue resuelta cuando el procesado aceptó la comisión del hecho, consideración que no comparte, pues no es cierto que su protegido hubiese confesado el punible, “lo que siempre sostuvo el procesado es que, quería darle un susto a su compañero de trabajo, pero nunca con la intención de lesionarlo ni de matarlo”, tal como se infiere del lugar donde impactaron los proyectiles.

Dice que el ofendido quiso orientar la investigación hacía el homicidio; pero no se debe olvidar que el testimonio debe someterse a la crítica, según los artículos 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal, máxime cuando no encuentran eco en otros medios de prueba, lo que, en su criterio, constituye una distorsión del contenido de los mismos.

A continuación procede a referirse al testimonio de Elsa Patricia Henao, para seguidamente informar que los juzgadores se equivocaron al valorar los medios de prueba frente a las normas de la ley procesal y las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia, razón por la cual se le dio un alcance que no tiene, lo que condujo a predicar que su defendido fue determinador del homicidio en grado de tentativa

Después de insistir que del expediente no se avizora la intención homicida, aduce que la única persona que expresó lo contrario fue la víctima, persona a la que le asiste un interés especial en el resultado del proceso.

Acota que la inaplicación de los principios de favor rei, in dubio pro reo y presunción de inocencia trajo consecuencias desfavorables a su representado, no obstante de las múltiples incertidumbres que obran en el diligenciamiento.

Luego de insistir que la intención de su representado no fue homicida, por cuanto se le precluyó la investigación por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, pasa nuevamente a reseñar los testimonios que sirvieron de soporte al juicio de responsabilidad, los que no fueron objeto de controversia probatoria, tal como lo demostró en el anterior cargo.

De otro lado, afirma que los juzgadores de instancia dedujeron las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los numerales 2° y 4° del artículo 30 de la Ley 40 de 1993, “pero en sus motivaciones y en sus explicaciones de las mismas, es donde cometen los errores que originaron la aplicación de las agravantes e incluso utilizan los mismos argumentos, para aplicar ambas agravantes, violando con ello el principio de NON BIS IN IDEM, y con éste el principio de legalidad de la pena”.

En efecto, dice que lo que fue tomado como motivo fútil o abyecto ya había sido tenido en cuenta como soporte de la agravante del numeral 2° del citado artículo, esto es, el ocultamiento de un delito u obtener la impunidad, máxime cuando no hace referencia clara a las pruebas en que apoya la existencia de dicha circunstancia .

Frente a la agravante del ocultamiento de un delito, recuerda que a su defendido no se le acusó por el delito de hurto. Además, continúa, no se dijo si era para preparar, facilitar o consumir, sino dizque para ocultarlo”, lo que impone que se esté en presencia de una prueba idónea, como, por ejemplo, una sentencia condenatoria o al menos de

una resolución de acusación.

Manifiesta que lo mismo sucedió con la otra agravante, pues no está demostrado, de manera fehaciente, que su representado cometió el hecho por motivos fútiles o abyectos, afirmación que se avizora de las consideraciones del Tribunal, pues se refiere al ocultamiento de un delito, lo que sin duda le causó un grave perjuicio a su representado.

## CONCEPTO DEL PROCURADOR

### TERCERO DELEGADO PARA LA CASACIÓN PENAL

#### Primer cargo

Luego de reseñar la actuación procesal surtida en el diligenciamiento y de conceptualizar sobre el derecho de defensa, manifiesta que en este caso no es necesario que tanto el procesado como su defensor realicen las mismas actividades, “pues lo que determina el respeto del derecho de defensa es que el funcionario judicial otorgue las condiciones para que se ejerza sin obstáculo de ninguna naturaleza”.

Sin embargo, considera que al procesado se le vulneró el derecho de defensa, ya que la mayor parte de la instrucción estuvo en completa orfandad, “situación que impidió que se contravirtiese la prueba incorporada en ese estadio o que se impugnaran de manera adecuada las diferentes decisiones que se tomaron, por lo que la defensa no fue ‘real y verdadera’”.

Recalca que la mayoría de la prueba se allegó en la etapa de investigación preliminar y de instrucción, antes que el procesado fuese vinculado mediante indagatoria, lo que aunado a que los defensores de oficio que se le designaron observaron una actitud indiferente respecto de la suerte de éste, prestando su nombre sólo para que la fiscalía

pudiera impulsar la actuación, pone en evidencia la violación del derecho de defensa.

Acota que cuando el procesado fue escuchado en indagatoria se le designó un defensor de oficio de manera exclusiva para esa diligencia, aspecto que no permitió la ubicación de éste ulteriormente. Del mismo modo, asevera que con la finalidad de notificar la resolución que le definió la situación jurídica se procedió a nombrar a otro profesional del derecho, sin que posteriormente se advierta de él alguna actividad defensiva.

Que una vez posesionado el defensor público, el 19 de febrero de 1998, la fiscalía procedió a cerrar la investigación, el 4 de marzo siguiente, “de manera que ninguna actividad alcanzó a cumplir”, a pesar que los términos no se habían vencido, lo que lleva a predicar que esa pasividad no se puede considerar como estrategia defensiva.

En esas condiciones, concluye que al procesado se le vulneró el derecho de defensa, pues no se ejercitó el contradictorio de las pruebas, ni se solicitó ninguna que respaldara el dicho del procesado, quien siempre insistió que nunca tuvo el ánimo de atentar contra la vida del denunciante

En cuanto al reparo que formula por la violación de los principios de investigación integral y de imparcialidad del funcionario judicial en la búsqueda de la prueba, considera que la formulación es antitécnica, pues no se sabe cuáles fueron las pruebas que se dejaron de practicar ni enseñó la manera cómo ellos habrían modificado los fundamentos del fallo.

De todas maneras, estima que en las consideraciones de la providencia que le negó la práctica de las pruebas solicitadas por el defensor en el juicio, con el argumento de que no se dieron las razones para su procedencia, pone en evidencia la violación de dicha garantía, toda vez que el funcionario judicial olvidó que en el lapso en que se surtió la actividad probatoria el procesado no contaba con un profesional del derecho que

lo asistiera, “circunstancia de donde surgía la necesidad de que se le otorgara la oportunidad a la unidad de defensa de contrainterrogar y controvertir esos específicos medios de convicción, en particular porque eran importantes para esclarecer las circunstancias del ataque realizado contra el denunciante y la sucesión de actos externos mediante los cuales podría establecerse con precisión la intención del inculcado con la violencia ejercida contra el denunciante”.

Finalmente, destaca que es el juicio donde por excelencia se produce el debate probatorio, siendo en este asunto procedente la práctica de las pruebas a que aludió el defensor.

Por lo expuesto, sugiere a la Corte casar la sentencia impugnada y, por lo mismo, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución mediante la cual se clausuró la investigación.

## Segundo cargo

Conceptúa que el reproche carece de la técnica requerida, pues lejos de demostrar los errores en la apreciación de la prueba dedica el censor la disertación a emitir personales opiniones en torno a su valoración.

Igualmente, dice que mezcla al interior del mismo cargo falso juicio de existencia y de identidad, bajo el argumento que el juzgador supuso unas pruebas y tergiversó otras, pero no concreta, cuál fue el medio de prueba supuesto y en qué consistieron las tergiversaciones.

Luego de copiar una parte de la demanda y de definir en qué consiste el error de hecho por falso juicio de existencia, argumenta que la demostración de la censura la hizo consistir en cuestionar la valoración de los juzgadores, “sobre puntos específicos como el dolo de matar o la determinación, deducciones que fueron tomadas a partir del análisis de

pruebas oportuna y legalmente incorporadas a la actuación”.

A continuación copia una parte del fallo de primera instancia y afirma que los hechos y la responsabilidad del procesado fueron acreditados con apego a las probanzas allegadas al proceso “y no con base en prueba inexistente”.

En lo relativo a los falsos juicios de identidad, asevera que el Tribunal le dio el carácter de confesión a las versiones del imputado, olvidando el libelista que a éste se le reconoció la disminuyente punitiva, “por cuanto Botero Gutiérrez reconoció haber determinado a un amigo suyo, ‘El Mono’ para darle el susto a Osorio, lo cual despejó la duda sobre la fuente del ataque, puesto que los elementos de responsabilidad fueron establecidos con el análisis en conjunto de las otras pruebas allegadas”.

Respecto a las circunstancias de agravación punitiva a que hace referencia el censor, no explicó “cuál fue la prueba supuesta u omitida o la distorsionada; simplemente, afirma que no se encuentran demostrados los fundamentos probatorios para imputar las causales de agravación, que no aparece en las sentencias motivación suficiente y que se vulneró el principio de non bis in idem, porque se emplearon los mismos argumentos para la aplicación de las dos circunstancias de agravación”.

Además, dice que no le asiste razón cuando afirma que en los fallos no se hizo referencia a los medios de prueba de los cuales derivaron la aplicación de las circunstancias de agravación, pues ello aparece de manera clara en la decisión de segunda instancia, para lo cual copia otro fragmento de la providencia.

Finalmente, advierte que no es requisito para la procedencia de la causal de agravación prevista en el numeral 2° del artículo 30 de la Ley 40 de 1993, que se hubiese dictado resolución de acusación o sentencia condenatoria respecto del delito cuya preparación, facilitación, consumación, ocultamiento, aseguramiento del producto o mantenimiento

de la impunidad fue el motivo determinante del atentado contra la vida, sino basta que se pruebe que al menos estuviese en desarrollo o se haya llevado a cabo la otra acción típica, como en este caso el apoderamiento de la mercancía propiedad de la empresa, cuya investigación prosiguió por otra cuerda procesal.

En esas condiciones, el cargo no está llamado a prosperar

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Acusa el Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación del debido proceso y del derecho de defensa, toda vez que, en su criterio, el procesado careció de defensa técnica en la etapa de instrucción, que no se le resolvieron las peticiones que su procurado elevó, que no se verificaron las citas hechas en la indagatoria y que las pruebas incoadas por el defensor público en el juicio le fueron negadas con argumentos que no comparte, afectando el principio de la necesidad de la prueba.

2. Es evidente que el actor dejó la censura en el enunciado, al no haber cumplido con la carga de evidenciar el yerro demandado y su trascendencia frente a la parte conclusiva del fallo atacado. Por su parte, el Procurador Delegado coadyuva la petición de casación del fallo.

Ante todo debe nuevamente la Corte indicar que aunque las nulidades permiten alguna amplitud para su proposición y desarrollo, no puede la demanda en que se aduzcan equiparse a un escrito de libre formulación, sino que, de todos modos, deben cumplirse unos insoslayables requisitos, cuya inobservancia impide abordar el estudio de fondo.

Así, no basta con señalar el motivo de nulidad, ni la irregularidad en que se incurrió, ni el momento a partir del cual se debe invalidar lo actuado, sino que es preciso demostrar el

vicio y su trascendencia, esto es, cómo se socavó la estructura del proceso o se afectó las garantías de los sujetos procesales. Así mismo, si se estima que fueron varias las irregularidades cometidas, no se pueden mezclar, sino que respetando el principio de autonomía de los cargos y atendiendo a su alcance invalidatorio, se deben postular y desarrollar separadamente.

A más de lo anterior, desconoce el concepto del debido proceso y del derecho de defensa, pues los mezcla antitécnicamente y pretende darles el mismo contenido y alcance.

En efecto, como lo ha enseñado la jurisprudencia de la Sala si bien el derecho de defensa se deriva del debido proceso, de todos modos han sido claramente definidos, siendo el primero el atinente a las garantías de los sujetos procesales intervinientes en la actuación y, el segundo, relacionado con la estructura y las bases de la instrucción y el juzgamiento, razón por la cual, dado el carácter rogado de la casación, es deber del libelista que especifique de manera clara en qué consiste el error de actividad demandado.

No desconoce la Sala que en algunas eventualidades la vulneración del debido proceso conlleva al desconocimiento del derecho de defensa, caso en el cual es necesario que así se alegue y se evidencie su trascendencia.

En cuanto a la vulneración del derecho de defensa, por cuanto el procesado careció de defensa técnica en la etapa de instrucción, como se indicó anteriormente, la proposición de nulidades en casación, por no ser de libre postulación, no puede servir de soporte para que a manera de juego de azar el demandante se aventure con cualquier afirmación para denunciar la vulneración de garantías fundamentales o el desconocimiento de las bases estructurales de la instrucción o el juzgamiento, ya que si en las instancias es imperativo el cumplimiento de los principio que rigen las nulidades, el hecho de que no exista cortapisa legal ni jurisprudencial sobre el interés para acceder a esta sede

amparándose en la causal tercera, no quiere decir que exista un plus que ampare la informalidad en atención al motivo inducido, ya que muy al contrario, al no ser la casación una tercera instancia con facultades amplias en extremo para proceder a la revisión oficiosa del asunto con el claro propósito de constatar su sujeción a la legalidad, pues su naturaleza es rogada y su trámite reglado, es al demandante a quien le corresponde cumplir con la carga de indicar en forma clara y precisa el yerro que invoca y desarrollar lógica y metódicamente su repercusión en la sentencia y los efectos desfavorables para el sujeto a quien representa. Si no es así, entonces, el fallo mantiene incólume su doble presunción de acierto y legalidad.

En el evento que ocupa la atención de la Sala, el actor no demostró, como era su deber, cómo esa actitud pasiva y negligente de los defensores designados por el instructor, afectó, de manera ostensible el derecho de defensa del procesado, por habersele designado, un profesional del derecho para que lo asistiera de oficio, de manera exclusiva, en la indagatoria y para la notificación de la resolución mediante la cual se le definió la situación jurídica al procesado, máxime cuando la Sala ha sostenido, de manera reiterada, que la designación de un defensor se entenderá que es hasta la culminación del proceso, pues así lo preveía el artículo 139 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época, hoy artículo 129 de la Ley 600 de 2000.

Igualmente, tampoco evidenció cómo al defensor público no se le dio la oportunidad para ejercer actos de defensa en la etapa de instrucción, pues el discurso se limita a informar que este profesional del derecho si cumplió con los deberes que el cargo le imponía, sin que en manera alguna haya dedicado a evidenciar un acto arbitrario del fiscal. Sin embargo, advierte la Sala que el citado profesional del derecho, contó con el tiempo suficiente para conocer de la actuación antes de que se procediera a cerrar la investigación, toda vez que se posesionó el 19 de febrero de 1998 y la misma se clausuró el 4 de marzo siguiente. Además, no interpuso recurso contra esta última decisión, lo que lleva a concluir que, dentro de su estrategia defensiva, no le era

imperioso solicitar pruebas ni ejercitar ninguna otra actividad en aras de proteger los derechos de su poderdante.

De otro lado, no se puede concluir que, como lo hace el censor y la Procuraduría, el nombramiento de los defensores de oficio hechos para la diligencia de indagatoria y para notificar la resolución que le definió la situación jurídica al procesado, tenía como finalidad avalar los actos de la fiscalía. Todo lo contrario, advierte la Sala que con ese proceder y ante la falta de comparecencia del primer profesional del derecho, el instructor se vio en la necesidad de nombrar a otro abogado a fin de que la defensa técnica fuera continua y permanente, tal como lo dispone el artículo 29 de la [Constitución Política](#).

Respecto a la afirmación del libelista, según la cual, las pruebas allegadas al proceso no contaron con la debida contradicción, es una hipótesis solitaria y carente de la debida demostración, olvidando, como lo ha destacado la Sala, “que el derecho de contradicción no es reductivo y que, por lo mismo, la única manera de efectivizarlo no es repreguntando al testigo, sino que existen otros, entre los cuales criticar la declaración, no solo aisladamente considerada sino con relación al resto del material probatorio”<sup>1</sup>, garantía que se cumplió a cabalidad, en el acto de juzgamiento, cuando el defensor público presentó sus tesis en aras de obtener la absolución del procesado por el cargo de homicidio agravado en grado de tentativa atribuido en la resolución de acusación.

Ahora bien, es cierto que el artículo 401 del nuevo Código de Procedimiento Penal, impone que, con el fin de garantizar el derecho de contradicción de la prueba, en la etapa del juicio se deben repetir aquellos elementos de convicción que los sujetos procesales no tuvieron la posibilidad jurídica de controvertir; empero siempre y cuando sean viables jurídicamente, es decir, que cumplan con los presupuestos de conducencia, pertinencia y utilidad para con el objeto del proceso y el convencimiento del

funcionario judicial. Preceptiva que, además de no estar vigente durante el trámite del proceso, el defensor no cumplió con la carga de dar las razones por las cuales consideraba oportuno la repetición de aquellas probanzas en las que no participó el apoderado de su representado, por lo que el juez de primera instancia las negó.

En lo atinente a la violación del principio de investigación integral, por cuanto no se verificaron las citas del procesado, ni se ordenaron las pruebas solicitadas por el defensor en la etapa del juicio, recuérdese que no basta con afirmar que se omitió la práctica de determinadas pruebas y señalar su fuente, sino que es preciso evidenciar su pertinencia, conducencia y utilidad y, particularmente, su incidencia, que no emana del medio de convicción en sí mismo considerado, sino de su confrontación lógica con las probanzas que sustentaron el fallo, de modo que aparezca que de haberse llevado a cabo éste hubiera sido distinto y favorable al acusado.

En otras palabras, la no práctica de determinadas pruebas no constituye, per se, transgresión del derecho de defensa, pues el funcionario judicial sólo está obligado a practicar, bien sea de oficio o a petición de los sujetos procesales, las que sean pertinentes y útiles para los fines de la investigación y la formación de su convencimiento por lo que la omisión de las inconducentes, dilatorias o inútiles no constituye quebrantamiento de ningún derecho.

Así mismo, si bien es cierto que, al tenor de lo que disponía el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época de los hechos el funcionario judicial debía verificar las citas y demás diligencias que propusiere el indagado para comprobar sus aseveraciones, tal disposición no es absoluta (ni lo es en el actual estatuto procesal - ar.338-) ni puede tomarse asistemáticamente, sino que esta vinculada con los principios de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, pues una interpretación contraria llevaría al absurdo de afirmar que cualquier diligencia que proponga el indagado, así aparezca ilegal, imposible, inútil, impertinente o dilatoria, tendría que llevarse a cabo,

lo cual, además, conculcaría los principios de economía, celeridad y eficacia que informan al debido proceso.

Aquí, si bien el censor señaló que se hacía imperioso verificar la ruptura de vidrios de un automotor que pasaba por el lugar al momento en que se produjo el atentado contra la vida de la víctima, recibir los testimonios de Alfredo Ángel, José René Londoño, Germán Jiménez, Néstor Mario Jaramillo y María Berenice Serna y comprobar si era cierto o no que su representado había tenido con anterioridad un incidente con Álvaro Osorio, de todos modos no estableció los presupuestos de conducencia, pertinencia y utilidad y, menos, su trascendencia frente a las conclusiones del fallo, es decir, que de haberse incorporados a la actuación los citados elementos de juicio, el fallo, sin duda, habría sido absolutorio.

En lo que atañe a las pruebas que le fueron negadas al defensor en la etapa del juicio, es evidente para la Sala que el actor tampoco señaló si los medios de convicción que hecha de menos eran conducentes, pertinentes y útiles para con el objeto del proceso y el convencimiento del juzgador, pues su discurso lo centró en afirmar que al citado profesional del derecho le negaron las pruebas por no haber dado las razones en que fundaba dicha petición, sin que evidenciara su trascendencia frente al juicio de responsabilidad deducido en los fallos de instancia, el que también fue aceptado por el procesado en sus intervenciones procesales.

Finalmente, no es cierto que los distintos funcionarios judiciales que conocieron de la actuación no resolvieron las plurales peticiones que elevó el procesado, pues revisada la actuación se advierte que, de manera clara, las mismas fueron objeto de pronunciamiento. En efecto, las fechadas el 4 y el 15 de febrero de 1998 le fueron resueltas por el instructor el 16 de febrero siguiente. La del 17 del mismo mes y año, el fiscal le informó, el 3 de marzo de 1998, entre otras cosas, que en la providencia que le resolvió la situación jurídica se señaló de manera expresa los delitos por los cuales procedió dicha medida

restrictiva de la libertad. La presentada el 6 de marzo de dicho año, cuando ya se había clausurado la investigación, y teniendo en cuenta los argumentos allí esgrimidos también fue objeto de decisión mediante la providencia que calificó el mérito del sumario.

Y, finalmente, las incoadas el 6 de abril y el 14 de junio de 1998, le fueron resueltas en la primera fecha indicada por el fiscal de conocimiento y el 17 de junio por el sentenciador de primer grado, respectivamente.

En esas condiciones, el cargo no prospera.

#### Segundo cargo

1. Acusa al Tribunal de haber violado, de manera indirecta, la ley sustancial por errores de hecho por falsos juicios de existencia y de identidad, cometidos en la apreciación de la prueba testimonial, la que, en su opinión, fue el soporte del fallo condenatorio y de la cual se construyeron indicios de manera errada, se concluyó en una confesión inexistente y se dio por probado el móvil del delito, yerro que condujo a la aplicación indebida del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y de los artículos 323 y 324, numerales 2° y 4°, del Decreto 100 de 1980, modificado por los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993, y exclusión evidente de los artículos 2° y 445 del Decreto 2700 de 1991.

2. El cargo adolece de yerros en su elaboración que dan al traste con el mismo, toda vez que, en primer término y en lo que atañe a las normas que cita como infringidas, no dio las razones jurídicas por las cuales considera que los artículos 247 y 445 del Decreto 2700 de 1991 son de naturaleza sustancial.

Del mismo modo, tampoco explicó el por qué considera que aplicó y excluyó, de manera indebida, las normas anteriormente citadas.

En cuanto el error de hecho demandado, recuérdese que éste consiste en la incongruencia entre la prueba que existe y no existe y la idea contraria del juez. O como lo ha dicho la Sala, “el error de hecho en materia probatoria subyace una actitud frente a lo descriptivo, en el sentido de que se transgrede la información suministrada por la prueba o se finge la que ella pueda suministrar”<sup>2</sup>.

Ese error de hecho lo generan tres falsos juicios, a saber:

a) Falso juicio de existencia, según el cual, el juzgador, al momento de valorar conjunta y mancomunadamente las pruebas, supone un medio de convicción que no obra en el diligenciamiento o excluye uno, el que, según el caso, tenía la capacidad de probar circunstancias que eliminan, disminuyen o modifican la decisión absolutoria o de condena.

b) Falso juicio de identidad, en el que incurre el juzgador cuando en la apreciación de una determinada prueba le hace decir lo que ella objetivamente no reza, erigiéndose en una tergiversación o distorsión por parte del contenido material del medio probatorio, bien por que se le coloca a decir lo que su texto no encierra u haciéndole expresar lo que objetivamente no demuestra.

c) Falso raciocinio, cuando el juzgador se aparta, al momento de apreciar, los medios de convicción, de los postulados de la sana crítica, es decir, de las leyes de la lógica, de la ciencia o de las máximas de la experiencia.

Teniendo en cuenta lo precedente expuesto, se advierte que el censor, en algunos casos, no enseñó, como era su deber, sobre qué medios de prueba recayó el yerro de actividad probatoria que demanda y, en otros, presenta una personal opinión de la manera como se ha debido apreciar los medios de convicción, olvidando que la simple discrepancia de criterios no constituye error demandable en casación, toda vez que, en virtud del sistema de apreciación probatoria que nos rige, el juzgador goza de libertad para

justipreciar los elementos de juicio, sólo limitado por las reglas de sana crítica, evento en el cual es procedente la casación, cuya censura debe postularse y fundarse bajo los lineamientos de la causal primera y a través del error de hecho por falso raciocinio.

En lo atinente al error de hecho por falso juicio de existencia, el que hace consistir en que el juzgador supuso la prueba de la “contratación”, de la intencionalidad del agente de causar el resultado muerte y de las agravantes específicas del delito de homicidio, no señaló cuáles fueron los medios de prueba presuntamente supuestos y que le sirvieron para dar por demostrados los asertos a que hace referencia, toda vez que el discurso lo centró en oponerse a las apreciaciones del juzgador.

En efecto, en lo que se podría entender como la fundamentación del reproche, el actor no hace otra cosa que criticar las conclusiones del sentenciador, en el sentido de que del caudal probatorio no se puede concluir, en grado de certeza, que el procesado hubiese determinado a un tercero para atentar contra el bien jurídico de la vida, que él no suministró ningún tipo de arma ni la percutió, “ni inmovilizó al agredido, ni realizó ninguna manifestación”, razón por la cual, en su criterio, el fallo riñe con la prueba allegada válidamente a la actuación.

En esas condiciones, resulta evidente que la inconformidad del actor no es que el juzgador hubiese supuesto unos medios de convicción en la actividad probatoria, sino en la disparidad de criterios que tiene con él, llegando a conclusiones opuestas y olvidando que la sentencia llega a esta sede precedida por la doble presunción de acierto y legalidad, máxime cuando su pretensión es que se acepten las explicaciones dadas por el procesado, en el sentido que su comportamiento estaba dirigido a asustar a la víctima y no a causarle la muerte, aspecto que fue totalmente desvirtuado por los sentenciadores de instancia.

Respecto al error de hecho por falso juicio de identidad, la situación no es distinta,

pues inicialmente debe decirse que transgrediendo el principio de autonomía que rige a la casación, denuncia que la instrucción fue deficiente, al punto que el fiscal “dejó por fuera cantidad de testimonios, serios y ciertos, como el de JOSÉ RENÉ LONDOÓ (sic), entre otros que podían aclarar esas incertidumbres que no fueron resueltas...”, hipótesis que ha debido de fundar con apego en la causal tercera de casación y por violación del principio de investigación integral.

Ahora bien, el casacionista en vez de señalar cuáles fueron los medios de convicción en que se cometió el yerro y de demostrar en que consistieron las tergiversaciones del contenido material de la prueba, en forma tal que no hay identidad entre lo que ella materialmente dice y lo que el sentenciador manifiesta que contiene, como demostración de la censura, dedica la disertación a sostener que las dudas probatorias que emergen de la actuación no fueron resueltas, por lo que se transgredieron los postulados de favor rei, in dubio pro reo y presunción de inocencia, que la única persona en manifestar la intención homicida fue la víctima, testimonio que, en su personal opinión, no se valoró con apego en los artículos 254 y 294 del Decreto 2700 de 1991, que la declaración de Elsa Patricia Henao no se apreció con respeto a las reglas de la sana crítica y que el dicho de su representado fue claro en explicar que su conducta estaba dirigida a asustar a la víctima, razón por la cual no se puede tener como confesión, argumentos que en manera alguna evidencian el error de hecho invocado. Todo lo contrario, se advierte con claridad diamantina que su reparo radica en la valoración que realizaron los sentenciadores de los citados medios de pruebas y de los cuales dedujo la responsabilidad del procesado.

Por consiguiente, si el actor estimaba que los citados medios de prueba no fueron apreciados con acatamiento de los postulados de la sana crítica, como por ejemplo el testimonio de Elsa Patricia Henao, cuyo desconocimiento condujo a concluir a una verdad distinta de la que revela el proceso, debió postular y fundamentar la censura por los senderos del error de hecho por falso raciocinio, señalando cuál fue el principio de la ciencia, de la lógica y de la máxima de la experiencia avasallado, de qué manera lo fue y

cuál su incidencia en la parte dispositiva del fallo, labor que tampoco emprendió.

Finalmente, el actor desconoce cómo se debe atacar la prueba indiciaria en sede de casación, ya que en la enunciación de la censura manifiesta que el yerro de actividad probatoria denunciado, condujo a que se construyeran indicios equivocados, sin que indicara si el error fue en el hecho indicador o en la inferencia lógica, afirmación que se quedó en la sola nomenclatura y sin la debida demostración, por lo que la Corte, en virtud del principio de limitación, no puede entrar a complementar.

Al respecto, la Sala ha dicho que cuando el ataque se dirige contra la prueba del hecho indicante, se debe demostrar que se incurrió en error de hecho o de derecho. En cambio, cuando se orienta contra la inferencia lógica y considerando que esta es el resultado de un proceso intelectual valorativo, la única vía posible es el error de hecho por falso raciocinio.

En esas condiciones, el cargo no está llamado a prosperar.

#### ACOTACIÓN FINAL

En lo que hace al principio de favorabilidad, por razón del tránsito de legislación, toda vez que el 25 de julio de 2001 entró en vigencia la Ley 599 de 2000, mediante la cual se expidió el nuevo Código Penal, su análisis le corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, al tenor de lo dispuesto en el numeral 7° del artículo 79 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

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,

**R E S U E L V E**

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede ningún recurso

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

Salvamento de voto

Salvamento de voto

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Cita medica

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia de casación del 25 de abril de 2001, M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.  
Radicación 13198.

2 Sentencia del 29 de enero de 1999. M. P. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego.