

Proceso No 16459

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 42

Bogotá, D. C. cuatro (04) de abril del dos mil tres (2003).

ASUNTO

El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, el 11 de diciembre de 1.998, le impuso a Gustavo Alberto Otálvaro Cardona, al hallarlo penalmente responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, una pena principal de cuarenta y dos (42) años y diez (10) meses de prisión, más la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de diez (10) años y la obligación de pagar, de manera solidaria con el coprocesado Víctor Eber Valencia Valencia, los perjuicios de orden material en cuantía de dos mil (2000) gramos oro y los de carácter moral en el equivalente a ochocientos (800) gramos oro. Además, les negó la condena de ejecución condicional.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 26 de abril de 1999, al desatar el

recurso de apelación interpuesto por la defensa, confirmó, sin reformas ni adiciones, la sentencia de primera instancia.

Los defensores interpusieron recurso de casación. Concedido, la corte, mediante decisión del 26 de octubre del 2000, inadmitió la demanda presentada a nombre de Valencia Valencia y declaró ajustada la incoada en representación de Otálvaro Cardona. Ahora, la Sala se pronuncia sobre la impugnación.

HECHOS

El 15 de mayo de 1996, en el barrio Caicedo-Villa Lilliam, sector urbano de la parte alta del oriente de Medellín, fue agredido con arma de fuego Andrés Avelino Mejía Osorio. Las cinco heridas ocasionadas –tres en la cabeza, una de ellas en la parte posterior del cuello, y dos más en el occipital derecho-, le causaron la muerte. Adelantadas las pesquisas preliminares, la Fiscalía 168 de la Unidad Primera de Reacción Inmediata reunió elementos de prueba suficientes para vincular mediante indagatoria, como posibles autores del hecho, a Gustavo Alberto Otálvaro Cardona y a Víctor Eber Valencia Valencia.

ANTECEDENTES

Las siguientes actuaciones conforman el proceso:

El 9 de diciembre de 1997, la Fiscalía 87 Seccional de Medellín declaró abierta la investigación. Siete días después, Víctor Eber Valencia Valencia y Gustavo Alberto Otálvaro Cardona rindieron indagatoria.

El 18 de diciembre de 1997, se les resolvió la situación jurídica. En la providencia, se

dispuso dictarles medida de aseguramiento, sin derecho a excarcelación, por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Cerrada la investigación el 2 de abril de 1998, fueron acusados por los mismos delitos, decisión tomada por la Fiscalía 87 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Medellín, y que quedó ejecutoriada el 13 de mayo del mismo año.

Avocado el conocimiento por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín e impartido el trámite correspondiente al juicio, profirió la sentencia mencionada, que como se dijo fue ratificada por el Tribunal Superior de la misma ciudad.

LA DEMANDA

Dos cargos presentó el defensor de Gustavo Alberto Otálvaro Cardona.

Primero.

Invoca la causal tercera de casación (artículo 220, numeral 3°, del Código de Procedimiento Penal de 1991). En su criterio, la sentencia fue dictada en un proceso viciado de nulidad. Al acusado, dice, se le violó el derecho a la defensa (artículos 1° y 304, numeral 3°, del Código de Procedimiento Penal de 1991) y se le desconoció su derecho a controvertir la prueba (artículo 7° del mismo estatuto procesal).

De la siguiente manera, lo sustenta:

Gustavo Alberto Otálvaro Cardona, en la injurada, designó un defensor de confianza. Pasados dos meses, este profesional renunció a sus funciones. La fiscalía, entonces, le nombró un abogado de oficio. Pero no realizó ninguna actividad a favor del procesado. No se notificó del cierre de investigación. No presentó alegatos previos a la calificación. No se notificó de la resolución acusatoria. En la etapa de la causa, tampoco acudió a notificarse

del auto por medio del cual se ordenó el traslado a los sujetos procesales para solicitar pruebas y también se abstuvo de pedir las.

El 24 de julio de 1998, el procesado otorgó poder a una profesional del derecho. Como había transcurrido el término legal para ello, no tuvo oportunidad de solicitar pruebas ni proponer nulidades. Pero actuó en la audiencia pública. Luego impugnó el fallo y lo sustentó oralmente ante el Tribunal.

El procesado no estuvo carente de defensa formal durante las etapas instructiva y del juicio. Pero sí de defensa técnica. La razón es que durante ese lapso, no allegó al proceso una prueba fundamental para esclarecer su identidad: la diligencia de reconocimiento en fila de personas. Mediante ella, se pretendía dejar en claro dos aspectos: uno, que no es a él a quien apodan "Rata Mona", como sostuvo el declarante Robinson Alexander Osorio; dos, que la descripción fisonómica de Gustavo Alberto Otálvaro, consignada en la indagatoria, no coincide con la realizada por este testigo.

Obran en el proceso, sin embargo, dos piezas que desmienten a Robinson Alexander Osorio. Una es la atestación de Edwin Andrés Alzate Santa, quien ha dicho que la persona conocida como "Rata Mona" es Jhon Fredy Otálvaro. Otra la constituye un documento expedido por la Fiscalía General de la Nación. En él consta que el remoquete "Rata Mona" corresponde a Héctor Manuel Gómez Ríos.

Era necesaria una inspección al lugar de los hechos. Pero, por falta de acuciosidad de la defensa, no se practicó. Si el testigo Robinson Alexander Osorio manifestó haber avistado a los homicidas desde la casa de su novia, se imponía establecer, para verificar las condiciones de visibilidad, la distancia entre ese lugar y el sitio donde sucedieron los hechos.

También era necesario escuchar la versión del párroco de la iglesia Santa María de la Sierra. Por su intermedio, podría haberse comprobado que Gustavo Alberto Otálvaro

Cardona laboraba al servicio de la parroquia.

A causa de la inactividad del defensor, quien sólo desplegó dos actuaciones -la posesión y la notificación del traslado de un dictamen pericial- el sentenciado perdió la oportunidad procesal para invocar la nulidad del proceso (artículo 306 del Decreto 27700 de 1991).

Dada la gravedad de los cargos, la inercia del defensor no puede asumirse como una estrategia defensiva. Por lo menos debió solicitar la práctica de las pruebas relacionadas antes, controvertir las practicadas y verificar las referencias defensivas hechas por el inculcado en su indagatoria. Si a esto se agrega que no se notificó de la resolución acusatoria ni presentó escritos precalificatorios, se torna evidente que el procesado, si bien de manera formal tuvo la asistencia de un abogado, material y efectivamente no fue defendido de la acusación que pesaba en su contra.

El inculcado, además, por falta de un defensor que lo ilustrara sobre los mecanismos legales diseñados para el efecto, perdió la oportunidad de obtener una considerable rebaja en la cantidad de la pena. A pesar de que en la indagatoria se le mencionaron los beneficios punitivos derivados del hecho de allanarse a la sentencia anticipada o de prestar una colaboración eficaz a la justicia, no le fueron explicadas debidamente las incidencias favorables de estas figuras.

Esta inercia defensiva constituye causal de nulidad. No se trata de una falta inocua a las garantías fundamentales. La inactividad del defensor tuvo efectos trascendentes sobre resolución acusatoria. Si la hubiera impugnado, en segunda instancia las circunstancias de agravación que aderezan la conducta imputada habrían sido excluidas. Prueba de ello es que el juez, en la sentencia, le suprimió la que se describe en el numeral 4° del artículo 324 del Código Penal de 1980.

La pasividad del defensor, en definitiva, no puede asimilarse a una actitud estratégica.

Constituye motivo fundado para declarar la nulidad del proceso desde el cierre de investigación, lo cual implica el envío del expediente a la fiscalía instructora para rehacer el trámite viciado. Esta es la solicitud que le hace a la Sala.

Segundo.

Lo postula al amparo de la causal primera de casación (artículo 220, cuerpo segundo, del Código de Procedimiento Penal de 1991). Considera que el sentenciador, por haber incurrido en errores en la apreciación de las pruebas, violó de manera indirecta la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 323 y 324, numeral 7°, del Decreto 100 de 1980, el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986 y por falta de aplicación de los artículos 246, 250, 254, 294 del Código de Procedimiento Penal de 1991.

Así lo fundamenta:

El juzgador, al apreciar el testimonio de Robinson Alexander Osorio Botero, incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad. Le otorgó un grado de confiabilidad que, por contradictorio, en sí mismo no tenía.

Las siguientes son las inconsistencias que sobresalen en esta declaración:

Robinson Alexander Osorio, al año y medio de sucedidos los hechos, dijo haber identificado a los homicidas en el momento en que subía para la casa de su novia. Esta afirmación torna dignas de poco crédito sus palabras. En oportunidades anteriores, cuando sirvió de testigo en los procesos en que se investigaban los homicidios de Jhon Bayron Hincapié Uribe y Armando de Jesús, manifestó lo mismo: que en ese momento subía hacia la casa de su novia.

Tampoco es creíble que haya estado en el lugar de los hechos. Inicialmente, dijo que Andrés Avelino Mejía había sido atacado con una “metra”. Pero después expresó -lo que devela su carácter de testigo de segunda mano- que “me dijeron a mí que eso era una metra”. Esto desdibuja su condición de testigo presencial del homicidio. O, por lo menos, siembra la duda al respecto.

Robinson Osorio Botero es testigo único. Así se desprende del examen del fallo impugnado. La atestación de Alexander Giraldo, no les mereció toda la credibilidad a la fiscalía ni al juez de segunda instancia. Lo asumieron con “beneficio de inventario”. Y el de Juan Guillermo Calderón, fue tildado de “osado”. De esta suerte, el soporte del fallo quedó constituido por la declaración de Robinson Osorio Botero. Por insular, este testimonio no puede cotejarse con otros de su mismo corte para ejercer control sobre su veracidad. Sólo puede ser enfrentado a la versión del sindicado.

Sin embargo, si se examina en sí mismo su contenido, se descubre su naturaleza esencialmente contradictoria:

Dijo Robinson Osorio haber visto cuando el individuo apodado “Rata Mona” disparó en dos oportunidades contra Andrés Avelino Mejía. Eran, detalló, las tres y media de la tarde del día 16 de mayo. Cuando la víctima cayó desfallecida, él acudió a auxiliarla y la acomodó en un taxi.

En otra declaración, rendida ocho días después, cambió totalmente su versión. Esta vez expresó que fueron tres hombres, y no dos, los autores del homicidio: “Rata Mona”, “Victorino” y “Cisco”. Y es más: aclara que el hecho ocurrió a las cuatro de la tarde de un día lluvioso y que en el lugar no había testigos.

En versión posterior, dice que observó los hechos a menos de medio metro de distancia. Niega haber acomodado a Andrés Avelino Mejía en un taxi. Fue, precisa, otra persona.

Puestas de resalto estas contradicciones, el censor concluye que Robinson Osorio, cualquiera sea la óptica desde la cual se analice su versión, no es testigo digno de crédito. Si el juzgador hubiera valorado correctamente esta prueba, no habría incurrido en error de hecho por falso juicio de identidad.

No existe, por tanto, un soporte sólido para establecer la responsabilidad de su defendido. Resultaba forzoso dar aplicación, en su favor, al principio de la duda. No lo hizo así, pese a las evidencias, el Tribunal. Se obstinó en desconocer el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal de 1991. Este error dio lugar a que el acusado, en lugar de ser absuelto, recibiera una alta condena. Por eso solicita a la Corte casar la sentencia y, en reemplazo de la que fue dictada en su contra, proferir una absolutoria.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Pide no casar el fallo. Dice.

Primer cargo.

No toda inactividad del defensor conduce a la violación del derecho de defensa. Sólo aquella que sea trascendente. Es decir, únicamente la que dé lugar a una decisión desfavorable al procesado.

Esa incidencia real negativa no se presenta en este caso. Gustavo Alberto Otálvaro designó, desde la indagatoria, un defensor. El abogado se notificó de la resolución de situación jurídica. Solicitó ampliación de la declaración de Robinson Osorio, testigo de los hechos. Estuvo presente en la diligencia. Lo contrainterrogó. Luego pidió copias para que se le investigara por falso testimonio. Finalmente, presentó renuncia de su cargo.

Hasta este momento, es indiscutible que el defensor asumió una posición activa a favor del procesado.

Después de la renuncia del primer defensor, al inculcado se le nombró uno de oficio. El defensor sólo se notificó de un traslado del dictamen pericial. No presentó alegatos precalificatorios. No se notificó de la resolución acusatoria. En la etapa de la causa, aparte de que no se interesó por conocer el auto que ordenaba el traslado para solicitar pruebas, guardó silencio.

El censor no precisa, respecto de la inactividad del segundo procurador judicial, cuál fue el perjuicio efectivo que se derivó en contra del procesado por no haber impugnado la resolución acusatoria. Se limita a anotar que dada la gravedad de las acusaciones hechas a su defendido, era pertinente apelarla. No acredita el beneficio que la interposición del recurso hubiera operado sobre el acusado. Simplemente conjetura al respecto. Pero olvida que esta decisión es de carácter provisional. Ella era susceptible de modificación por el juzgador. Por tanto, el hecho de no impugnarla, no encierra ninguna potencialidad lesiva del derecho de defensa. La prueba de ello es que la decisión, en la sentencia, fue modificada. El juez consideró justo suprimirle a la conducta una de las circunstancias de agravación que le había deducido la fiscalía.

El hecho de que el defensor haya eludido la notificación personal del cierre de investigación, no configura ninguna causal de nulidad. Tampoco el que no haya presentado estudios previos a la calificación. Estas dos posibilidades, no constituyen reglas indefectibles del proceso. No son obligatorias. Son optativas. El defensor puede asumirlas u omitirlas. La última elección -guardar silencio- no genera motivo de nulidad.

La ausencia del reconocimiento en fila de personas, tampoco da lugar a una causal de nulidad. Su práctica es una manifestación de la prueba testimonial. Procede cuando hay

dudas sobre la individualización del sindicado. En este caso, no era imprescindible. No había incertidumbre sobre la persona que cometió el delito. Un testigo presencial –Robinson Osorio– había reportado información básica acerca de los rasgos físicos del inculcado. Lo conocía desde ocho años atrás. Sabía su sobrenombre. En estas condiciones, no era necesario efectuar la diligencia de reconocimiento en fila de personas.

La diferencia entre la descripción del testigo y algunas de las características del imputado, tal como fueron relacionadas en la indagatoria, era tangencial. No de fondo. El hecho de que el largo del pelo y la barba no correspondiera al referido por el declarante, por tratarse de características fácilmente mutables, no puede convertirse en dato determinante para desechar esta prueba. Es apenas explicable que en el procesado se hayan producido estos cambios físicos. Los hechos ocurrieron el 15 de mayo de 1996. El testimonio se rindió el 24 de noviembre de 1997. En ese lapso, no resulta extraño que la cabellera y la barbilla de Otálvaro Cardona hubieran sufrido modificaciones. Esta regla de la experiencia explica por qué no puede reclamarse coincidencia milimétrica entre las características anotadas en las dos diligencias.

Persiste una duda de fondo en el proceso, advierte el demandante. El testigo principal ha señalado a “Rata Mona” como uno de los autores del homicidio. Pero no se clarificó suficientemente si “Rata Mona” y Gustavo Alberto Otálvaro eran la misma persona. En un documento de la fiscalía, se alude a que quien es conocido con ese mote responde al nombre de Héctor Manuel Gómez Ríos. Un declarante, Edwin Andrés Alzate, dice que con ese alias se ha designado a Jhon Freddy Otálvaro.

Se le escapa al censor que el mote, en este caso, no empaña la identidad de quien cometió el delito. La duda a este respecto la suple la solidez del testimonio acusador. Robinson Osorio presenció los hechos. Está en capacidad, por tanto, de asegurar que uno de los autores del homicidio es Gustavo Alberto Otálvaro. Y no lo hace gratuitamente. Lo sostiene porque lo vio actuar el día de los hechos y porque lo conoce

desde hace unos ocho años. Para él, el procesado, lleve sobre sí el apelativo de “Rata Mona” o no, es inconfundible.

Una declarante, Diana María Cardona Pulgarín, confirma lo referido por Osorio. Ella convivió dos años con Gustavo Alberto Otálvaro. Por eso puede sostener que a él lo apodan “Rata Mona”. De modo que la duda no es insalvable, como lo sostiene el censor. Hay pruebas de mérito en el proceso, como ésta, que afianzan las palabras del testigo presencial.

No era insustituible la diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos. Por otros medios, fue posible alcanzar la certeza de que el procesado era uno de los autores del delito. La declaración de Osorio, para ese efecto, constituye una prueba de mucho peso. Este testimonio no se basta a sí mismo. Ha recibido respaldo de Juan Guillermo Calderón. A través de esta persona, se pudo establecer que uno de los homicidas había sido Gustavo Alberto Otálvaro. La declaración del párroco de la iglesia Santa María de la Sierra, quien ha hecho constar que el sentenciado tenía vínculos laborales con la parroquia, nada prueba a este respecto. Prueba que Otálvaro trabajaba al servicio de la capilla. Pero no que sea ajeno al homicidio que se le ha atribuido.

Las pruebas que dejó de solicitar el defensor, como puede verse, no ostentan la trascendencia suficiente para invalidar la actuación. Aunque se hubiesen practicado, ningún beneficio habrían reportado al procesado. Las que se allegaron al proceso, lo incriminan seriamente. Y no fueron desvirtuadas. Su vigencia es un hecho consolidado.

El alegado desamparo defensivo del procesado, no existió. En la audiencia pública, contó con un defensor de confianza. El abogado tuvo allí la oportunidad de debatir la autoría del hecho y las circunstancias modales, espaciales y temporales en que se produjo. Igualmente, la responsabilidad del procesado. Pero hubo otras acciones en su favor. La prueba de cargo fue controvertida por su defensor inicial. Él pidió la ampliación del

testimonio del testigo Robinson Osorio Botero. La prueba le fue concedida. A lo largo de su práctica, lo contrainterrogó. Ahondó en sus palabras. Lo cuestionó. Y, por último, optó por denunciarlo penalmente. Lo acusó de cometer, durante su intervención ante la fiscalía, el delito de falso testimonio. Suficientes, entonces, las oportunidades de defensa que tuvo el sentenciado.

La Delegada estima, por tanto, que no se ha conculcado el derecho de defensa al procesado. De ahí que solicite a la Sala desestimar la censura.

Segundo cargo.

El casacionista, valido de la causal primera de casación, acusa la sentencia de violar de modo indirecto la ley sustancial por errores de hecho derivados de falsos juicios de identidad en la apreciación del testimonio de Osorio Botero. Por causa de estos yerros, sostiene, no se reconoció el principio de la duda a favor del inculpinado.

Este reproche tampoco es admisible. En su desarrollo, se ha incurrido en errores técnicos que impiden su prosperidad. En criterio del censor, la declaración de Osorio, por estar plagada de contradicciones, no es digna de credibilidad.

En el sistema penal colombiano -olvida el demandante-, rige, por oposición al método tarifado, el principio de libre apreciación de los medios probatorios. En tal virtud, en materia de estimación de las pruebas el juzgador está sujeto a las reglas de la sana crítica. Mientras no se pruebe que el juez, a lo largo de su razonamiento, ha transgredido estos cánones, la sentencia goza de la doble presunción de acierto y legalidad.

Lo anterior implica que la labor evaluativa de las pruebas, fundamento de la sentencia, no puede ser atacada con apoyo en errores de hecho por falso juicio de identidad, por cuanto a este respecto el juicio crítico es objetivo, de simple constatación. Lo correcto es acusar la

sentencia con base en errores de hecho por falso juicio de convicción. Sólo por este medio es posible probar que el fallador, en la apreciación de las pruebas, transgredió las reglas de la experiencia, los principios de la lógica y las leyes de la ciencia, y hacer evidente la trascendencia de esos yerros en el sentido del fallo.

El casacionista, entonces, si su propósito era rebatir la forma como el Tribunal había justipreciado las pruebas, seleccionó una vía equivocada para acusar la sentencia. El medio no era el error de hecho por falso juicio de identidad. Este tipo de errores se configura cuando el juzgador, para forzar la prueba a significar lo que objetivamente no dice, la tergiversa mediante adiciones, supresiones o fragmentaciones de sus elementos constitutivos. Le bastaba al censor, si hubiera considerado conducente a sus propósitos esta vía, confrontar la literalidad de la prueba con lo que de ella dijo el sentenciador. De este modo, podía haber acreditado, si ella se presentaba en los medios de prueba, su tergiversación en cualquiera de sus manifestaciones.

Aparte de estas equivocaciones de orden técnico, llama la atención de la Delegada el hecho de que el recurrente afirme que el fallo está fundado sobre un testigo único. Esta afirmación no corresponde a la realidad. El juzgador no desechó los testimonios de Juan Guillermo Calderón y Alexander Giraldo Álvarez. Al primero, aunque lo califica de “osado”, le confiere el mérito de que coincide con el de Osorio Botero en que vio cuando Andrés Avelino Mejía fue sorprendido por sus atacantes frente a la escuela “Gabriel García Márquez”. Al segundo, lo acepta “con beneficio de inventario” debido a algunas inconsistencias en su veracidad. Pero le concede el mérito de que da cuenta de la situación de violencia que existe en el barrio Caicedo-Villa Lilliam, lo que hace verosímil la versión del testigo Robinson Osorio.

Pide a la Sala, por consiguiente, no brindarle receptividad a este cargo.

CONSIDERACIONES

La Sala no casará la sentencia, por las siguientes razones:

Sobre el primer cargo.

El reproche, desde el ángulo de la técnica de casación, no está bien formulado y, además, carece de fundamento legal. En efecto:

a) Tres son los vicios que dan lugar a declarar la nulidad de una sentencia: la falta de competencia del juez, las irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y la violación del derecho de defensa.

De otra parte, los motivos generadores de nulidad han sido clasificados como vicios de garantía y vicios de estructura. Los primeros son los que, directa o indirectamente, afectan el derecho de defensa; y los segundos, los que desestructuran el debido proceso.

En el evento de los vicios de garantía, en materia de casación, por virtud del principio de autonomía de los cargos, aun dentro de una misma causal, los reproches deben ser formulados y desarrollados por separado, con independencia, mencionando la causal aducida y demostrando cómo y por qué se incurrió en el vicio, cómo ese defecto incidió negativamente sobre las garantías del procesado y, finalmente, cómo, declarada la nulidad y reconstituido el proceso, el sindicado resulta favorecido u obteniendo ventajas.

El casacionista se ha equivocado en su propuesta. Al amparo de una misma causal -la tercera de casación-, y dentro de un mismo texto, ha señalado, sin distinguirlos ni desarrollarlos por separado, tres motivos de nulidad de naturaleza distinta. Ha postulado, en primer lugar, violación al derecho de defensa por la actuación negligente de la defensa técnica, lo que constituye incumplimiento de las garantías; en segundo término, ha dicho que ello conforma ruptura del debido proceso, como vicio de estructura; y, por último, al final del escrito sobre este motivo de casación, ha deslizado

infracción al principio del contradictorio.

Concretando más el punto, el apoderado aduce falta de defensa técnica. Para ello, ha expresado que la sentencia, por cuanto el justiciable tuvo defensa formal, mas no real y efectiva, está fundada en un juicio en el cual el derecho de defensa fue escamoteado. Pero lo ha combinado con infracción al debido proceso, sin explicar cada uno de los temas, y sin hilar, en perfecto nexo causal, el fundamento y su consecuencia. Y ha agregado otro reparo: la sentencia es el resultado de un juicio en el que, por no haberle permitido al defensor en uno de sus tramos solicitar pruebas y plantear nulidades, se desconoció el derecho de contradicción.

De lo anterior resulta lo afirmado al inicio de este literal: se le escapó al recurrente el respeto por el principio de autonomía, pues como es claro, no podía aglutinar tres hipotéticas infracciones en una misma razón casacional. Y con ello desconoció otro principio nuclear: la necesidad de postular los cargos y su fundamentación en forma precisa y nítida.

b) Pero aparte de este desacierto técnico, por sí mismo suficiente para desestimarlos, la Sala observa que el reproche carece de fundamento.

A Gustavo Alberto Otálvaro, ha señalado el casacionista, se le juzgó al margen de la garantía legal y constitucional derivada del derecho a contar durante el proceso con una debida defensa técnica. Sin embargo, sí fue debidamente asistido. Véase:

Nadie se ha quejado de la primera defensa letrada, y es cierto, porque el defensor que acompañó al procesado desde la indagatoria (16 de diciembre de 1997), obró activamente hasta cuando le fue aceptada la renuncia que hiciera al mandato (24 de febrero de 1998), actividad que incluyó no solamente petición de pruebas sino participación dinámica, por ejemplo en un contrainterrogatorio.

Tampoco se han presentado quejas sobre el comportamiento de la tercera defensa, lo que también es cierto pues, como se dice y se percibe en el expediente, desde cuando se hizo cargo de la defensa (24 de julio de 1998) hasta la sentencia de segunda instancia, también fue muy activa.

El reproche se le ha hecho al segundo defensor, quien fue designado apoderado de oficio el 24 de febrero de 1998, fecha en la que también se posesionó, y que fue notificado personalmente del traslado de un dictamen pericial el 18 de marzo de este último año.

A partir de allí, optó por una conducta defensiva expectante, pasiva: fue cerrada la investigación, calificado el mérito del sumario y, ya en el juicio, puesto el expediente a disposición de los sujetos procesales para las finalidades del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal de 1991. En todos estos casos, el apoderado fue notificado por estado, en los tres eventos se le libró telegrama a la dirección correcta de su oficina y ninguno de los mensajes fue devuelto al despacho judicial, lo que permite afirmar que fueron recibidos por su destinatario.

Y se dice que su comportamiento fue de expectativa y de espera pasiva, conducta que francamente equivalía a una táctica o estrategia defensiva, centrada en la búsqueda de absolución con fundamento en la duda y en la presunción de inocencia.

Lo anterior no es conjetura ni imaginación de la Sala. Cuatro piezas procesales lo comprueban:

Una. Durante la audiencia, la defensora del imputado, tras cuestionar la prueba testimonial, apoyó su solicitud de absolución en que el material “probatorio no pasó por el tamis de la sana crítica”; en que los tres testimonios “se tornan sospechosos al analizarlos en sí mismos”; en que “cuando la prueba es única y testimonial... debe

ser... intachable”; y, por supuesto, en que “Existe la duda, señor juez, existe la duda porque Robinson Alexander la ha creado y no solamente él, también los demás declarantes, también la ausencia de otras pruebas que pudieron haberse aplicado, también el amaño que hizo el instructor de la valoración probatoria, no cree la defensa que exista mérito entonces para cerrar los ojos y el entendimiento al deber jurídico y legal de que se respete la duda a favor del procesado” (la Sala resalta, con letras inclinadas).

Dos. Lo anterior fue reiterado en el escrito que la señora defensora anexara a su intervención, en el cual recabó “en los vacíos que presentó esta instrucción” y en la “DUDA respecto de las pruebas allegadas”, para finalmente pedir “se resuelvan todas las dudas procesales a favor del procesado...” (destaca la Sala, con cursiva).

Tres. En la sustentación de la apelación, la apoderada insistió en lo mismo: en vulneración de “los preceptos legales contenidos en los artículos 247 y 445 del estatuto penal adjetivo”; y en que “... para la defensa existe una verdad probatoria, no se estableció en el sumario la certeza de que hubiese sido OTÁLVARO quien acabó con la humanidad... No es un mero capricho de la defensa, es una realidad procesal que creo debe imponerse y manifestarse en una sentencia absolutoria” (resalta la Corte).

Cuatro. Por último, lo que plantea ahora el defensor en casación, sobre todo en el segundo cargo: violación indirecta de la ley sustancial, por errores en la apreciación de la prueba, fallas que, entre otras cosas, condujeron a la falta de aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal de 1991.

En conclusión: a partir de un criterio unitario de defensa, el apoderado realizó cuatro conductas: la primera, activa, participación seguida; la segunda, quietud en espera del debate final; la tercera, aprovechamiento de las hipotéticas flaquezas probatorias, que dejó intactas el comportamiento anterior; y la cuarta,

utilización de las supuestas fallas en la instrucción y en el juicio, para efectos de la casación. La táctica, así, fácilmente se establece al hacer un análisis global, conjunto, de la participación de la defensa durante el proceso.

c) Y se podría puntualizar aún más:

Ha dicho el censor que se ha debido practicar un reconocimiento en fila de personas para verificar si realmente el sobrenombre del homicida, a quien según el testigo presencial distinguen como “Rata Mona”, corresponde a Gustavo Alberto Otálvaro. Basta recordar que el fundamento de la afirmación judicial para este punto se halla en el proceso: el testigo presencial Robinson Alexander Osorio identificó a Gustavo Alberto Otálvaro por su nombre, y no por su apodo, dado que lo conocía desde los años del colegio. Siendo así, un ulterior reconocimiento en fila carecía de la potencialidad de agregar o suprimir algún elemento de prueba cualitativamente diferente de los que por la vía de la identificación cierta se habían aportado. Y agréguese algo trascendente: el testigo amplió su declaración en presencia del defensor inicial y fue ampliamente interrogado por éste.

Opina la defensa que era imprescindible una inspección judicial al lugar de los hechos para verificar la distancia desde la cual el testigo Robinson Alexander Osorio percibió los hechos. Si se hubiera practicado esta diligencia, no habría desmoronado la restante prueba recolectada, puesto que la demostración de este punto, de naturaleza puramente incidental o supletoria en el caso objeto de estudio, carecía, así mismo, de la virtualidad de enturbiar la credibilidad del testigo presencial, dado que él tenía respaldo en la versión directa Juan Guillermo Calderón, quien dio fe de que Robinson Alexander Osorio efectivamente estaba presente en el momento del homicidio.

Finalmente, añade, se ha debido solicitar oportunamente la nulidad del proceso. Es el criterio del apoderado en casación, que no puede ser confrontado con la conducta de

sus antecesores porque en esta sede no se trata de decir cómo ha debido actuar este o aquel letrado. Y no puede ser atendido este reproche a la defensa anterior porque, como se dijo, esta acudió a otro punto de partida: inicialmente, la actividad y, luego, el silencio, para en el debate final asirse de la duda.

Así se responde a la supuesta violación del derecho de defensa y del debido proceso. Y frente a la tenuemente expuesta infracción al contradictorio, es suficiente tener en cuenta que ese derecho fue ampliamente desarrollado por la defensa –como se acaba de señalar respecto de un testigo, durante la instrucción-, sobre todo en la audiencia y en la impugnación del fallo de primera instancia.

Segundo cargo (subsidiario).

a) En concreto, el impugnante sostiene que el Tribunal, al suponer la certeza en torno a la autoría y la responsabilidad penal de Gustavo Alberto Otálvaro, por cuanto con base en el testimonio de Robinson Alexander Osorio no podía llegarse a ese grado de convicción, violó de modo indirecto la ley sustancial por errores de hecho en la apreciación de esta prueba.

b) El desconocimiento del in dubio pro reo, en verdad, cuando el casacionista estima que el fallador ha supuesto la certeza para condenar, se demanda con base en la causal primera, cuerpo segundo, por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación probatoria. Desde este punto de vista, ha acertado el censor.

En desarrollo del reproche, sin embargo, se ha apartado de las reglas técnicas de este recurso extraordinario. En primer lugar, su deber era señalar, al elegir el error de hecho por falso juicio de identidad como soporte de su acusación –y no lo hizo-, la modalidad de ese yerro. Debió manifestar, y probarlo con toda claridad y precisión, si el Tribunal, al tergiversar la prueba, procedió en esa forma porque le suprimió una parte al hecho que ella revelaba, o bien porque se la adicionó o porque fragmentó sus

elementos constitutivos para darle un sentido distinto al que objetivamente tenía. En segundo término, establecida la especie de error y demostrada su existencia, le correspondía mostrar su incidencia –es decir, su trascendencia-, mediante una nueva valoración de la prueba, en la parte dispositiva del fallo.

c) El censor no obró en esta dirección. Se extravió en su fundamentación. Expresó, a pesar de que había partido de reprobar la sentencia por errores de hecho por falso juicio de identidad, que la equivocación del sentenciador se había presentado porque en la apreciación de la prueba desconoció las reglas de la sana crítica. En este punto quebró la lógica de este recurso extraordinario. Desnaturalizó la concordancia que necesariamente tiene que existir entre la formulación del reproche y su fundamentación. Si pretendía probar la existencia de errores de hecho por falso juicio de identidad en el fallo, como lo anunció, no le era permitido ensayar a probar, bajo el rótulo de violación a las reglas de la sana crítica, que la violación de la ley sustancial por vía indirecta se presentaba por errores de raciocinio.

Aunque ambas clases de error tienen el denominador común de ser errores de hecho, en su desarrollo no está permitido fusionarlos. La prueba de los primeros –errores de hecho por falso juicio de identidad- se obtiene mediante confrontación objetiva entre la prueba obrante en el proceso y la forma como fue apreciada por el juzgador. Para probar los errores de raciocinio, en cambio, es preciso hacer evidente que el fallador, por realizar una valoración equivocada de los hechos en sí mismos, plasmó en la sentencia inferencias erróneas por inexacta observación de los elementos de la sana crítica, es decir, de los principios de la ciencia, las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia o del sentido común.

El censor, entonces, en resumen, incurrió en dos dislates esenciales:

Primero, en la formulación del reproche. Sobre una misma prueba -el testimonio de

Robinson Alexander Osorio-, invocó simultáneamente el error de hecho por falso juicio de identidad y el falso raciocinio. En sede de casación, esto no es admisible, sencillamente porque se excluyen, pues si se demanda con base en falso raciocinio, se impone reconocer que la prueba reprobada objetivamente fue respetada en su integridad.

Segundo, en su desarrollo. Ninguna de las dos clases de error las fundamentó a cabalidad. Si lo que pretendía demostrar era la existencia de errores por falsos juicios de identidad, no indicó de qué modo específico –por supresión, adición o descontextualización- se produjo el desdibujamiento del hecho que revelaba la prueba. Y si su objetivo era demeritar la credibilidad que el Tribunal le otorgó a los medios de prueba, en razón de que inaplicó las reglas de la sana crítica, no indicó cuáles fueron, en concreto, las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia que fueron vulneradas en la sentencia, el modo como ello se produjo y el efecto nocivo que su violación creó en el sentido último de la decisión.

d) Por último, de la observación de las páginas 10 a 14 de la demanda emana otra imprecisión del actor: entra a hacer su propia valoración de la prueba testimonial, quizás con el ánimo de que la Corte compare sus conclusiones con las del Tribunal. No se puede aceptar el intento del letrado, primero porque la Corte en casación no existe para mirar a un lado y al otro y tomar para ella la opinión que más la convenza; y, segundo, porque no se puede admitir que en casación se planteen hipótesis probatorias con el ánimo de persuadir, en vez de demostrar errores patentes, protuberantes, cometidos por el juzgador.

Se agrega: en cuanto se refiere a la aplicación del principio de favorabilidad, derivado de la vigencia de la Ley 599 de 2000, como la Corte no casará el fallo impugnado y, por tanto, no puede actuar como tribunal de instancia, le es imposible ocuparse del tema. Pero, fundamentalmente, porque según informa el Juzgado Noveno Penal del Circuito

de Medellín, ya readecuó la pena, mediante providencia del 23 de agosto del año 2002.

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

RESUELVE

No casar la sentencia.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL
médica

HERMAN GALÁN CASTELLANOS Cita

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE L. QUINTERO MILANES

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria