

Proceso No 17281

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASA PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 70

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de junio del dos mil tres (2003).

ASUNTO

El Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá, el 30 de agosto de 1999, condenó a Gustavo Giraldo Salazar, como coautor del delito de homicidio, a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión, a la accesoria de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la sanción principal y al pago de perjuicios materiales y morales en una suma equivalente a dos mil quinientos (2500) gramos oro. Además, le negó la condena de ejecución condicional.

La sentencia fue impugnada por el defensor del procesado. Al desatar el recurso, el Tribunal Superior de Bogotá, el 3 de febrero del 2000, aunque confirmó el fallo, le introdujo una modificación en el sentido de que la pena accesoria, en lugar de 25 años, tendría una duración de diez (10). También dispuso compulsar copias con destino a la fiscalía contra los testigos Jaime Gamboa Meneses y Ruby Stella Salazar, “para la investigación penal por presunto delito contra la administración de justicia”.

El defensor interpuso el recurso extraordinario de casación, que ahora resuelve la

Corte.

HECHOS

En la carrera 96B Bis, N° 35 B 64, sur, de esta ciudad, funciona el establecimiento público denominado “Mitad de Precio”. En ese lugar, el 16 de octubre de 1998, departían, tomando licor, Gustavo Giraldo Salazar y el menor Moisés Vega Obando.

En un momento dado, se les acercaron dos desconocidos y los invitaron a la mesa. Uno de ellos, era Oswaldo Martínez Solano. Al calor del licor que ingerían, entre Martínez Solano y Moisés Vega Obando, quienes habían decidido ocupar otro lugar dentro del bar, surgió una discusión. Gustavo Giraldo Salazar terció en la disputa.

Al cabo del altercado, resultó herido de muerte, con arma cortopunzante, Oswaldo Martínez Solano. Del hecho se sindicó a Gustavo Giraldo Salazar y a Moisés Vega Obando. A Vega Obando, por razón de su minoría de edad, lo juzgó un Juez de Menores.

ANTECEDENTES PROCESALES

Las siguientes actuaciones, conforman el proceso:

1. La Fiscalía Delegada 294 ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá, el 16 de octubre de 1998, abrió la instrucción.
2. Recibida la indagatoria a Gustavo Giraldo Salazar, el 20 de octubre de 1998 la Fiscalía Novena de la Unidad Primera de Vida le resolvió la situación jurídica. En la providencia, le fue dictada medida de aseguramiento, en su modalidad de detención preventiva sin derecho a excarcelación, por el delito de homicidio.

3. El 28 de diciembre de 1998, se declaró cerrada la investigación.
4. El 5 de febrero de 1999, la Fiscalía Novena Seccional de Bogotá calificó el mérito probatorio del sumario. En esa providencia, acusó a Gustavo Giraldo Salazar como probable autor del delito de homicidio.
5. El 23 de febrero de 1.999, el Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá avocó el conocimiento del proceso.
6. Finalizada la etapa probatoria y realizada la audiencia pública, el 30 de agosto de 1999, se dictó la sentencia. Gustavo Giraldo Salazar fue condenado, como responsable del delito de homicidio, a las penas antes señaladas.
7. El fallo fue apelado por el defensor de Giraldo Salazar. El 3 de febrero de 2000, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión. Pero modificó el numeral tercero, en el sentido de que la interdicción de derechos y funciones públicas, en lugar de veinticinco (25) años que le había impuesto el juez de primera instancia, sería por diez (10) años.

LA DEMANDA

En ella, el actor formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal Superior.

Primero.

Causal primera de casación, cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal de 1.991. Motivo: violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia por suposición de prueba y falso juicio de identidad por distorsión por aplicación indebida de los artículos 23, 55 y 323 del Código Penal de 1980 (hoy 29, 53 y 193 de la Ley 599 de 2000) y falta de aplicación de los artículos 2,

247, 254 y 445 del Código de Procedimiento Penal (hoy 7, 232 y 238 de la Ley 600 de 2000).

Así lo sustenta:

1. El sentenciador supuso que Gustavo Giraldo Salazar, por encontrarse ingiriendo licor en el establecimiento donde se produjo el homicidio, y porque además así lo dice el informe policivo, fue uno de sus autores. Pero se abstuvo de llamar a declarar a los testigos presenciales, entre ellos al taxista José William Forero, para que rindieran su versión y, sobre esa base, facilitar el ejercicio del derecho de contradicción sobre la prueba.
2. El Tribunal supuso, con base en lo dicho en su indagatoria por el menor José Moisés Vega, que Giraldo Salazar había sido coautor del homicidio. Pero su relato fue erróneamente valorado. Pasó por alto el Tribunal que lo referido por Moisés Vega ante la fiscalía, no guarda concordancia con lo expresado ante el Juez de Menores. Dio crédito únicamente a la versión mendaz del menor. No tuvo en cuenta el relato coherente de Giraldo Salazar, quien colaboró con la policía indicándole dónde se había escondido Vega y dónde había ocultado el cuchillo.
3. El Tribunal dio por sentado, sin bases, que Giraldo Salazar había sido coautor del delito. Olvidó considerar que este hecho punible, por sus particularidades, no necesariamente tenía que ser consumado por dos personas. Bastaba la acción de una de ellas.
4. La sentencia distorsionó la injurada de Giraldo Salazar. En su primera intervención, él dijo que se había encontrado casualmente con Moisés Vega. La madre del menor, en cambio, expresa que Gustavo Giraldo fue hasta su casa en busca de Moisés. Y Moisés Vega, a su vez, explica que quien fue a la casa de Giraldo Salazar a invitarlo a tomarse unos tragos, fue él. La sentencia imagina, sobre este cimiento, que Giraldo es

contradictorio. Y esta convicción la afianza aún más el Tribunal sobre el hecho de que entre Moisés y Gustavo, cuando se trata de aclarar si este último le contó a la madre del primero lo que había ocurrido en el bar “Mitad de Precio”, surge contradicción. Mientras Giraldo dice que no enteró a la señora de lo ocurrido, Moisés Vega afirma que sí. El sentenciador le dio crédito al menor y tildó de contradictorio a Giraldo.

5. Creyó el sentenciador, sin fundamento, que entre la primera versión de Gustavo Giraldo y la que rindió durante la audiencia pública, hay contradicción. En la primera, dijo que había contribuido con dinero, cuando a su mesa se acercaron los dos desconocidos, para comprar las botellas de licor. En la segunda, en cambio, refirió que, por carecer de dinero efectivo, no intervino en la adquisición del aguardiente y, por esa razón, se negó a tomar del que habían comprado Moisés y la víctima. Ello dio lugar a que Moisés Vega y Oswaldo Martínez se retiraran a otra mesa. Fue en ese sitio, alejados de él, donde surgió la discusión entre ellos. Por eso Gustavo Giraldo no pudo haber participado en el homicidio. El Tribunal, apoyado en esta inexistente contradicción, supuso lo contrario.

6. La sentencia inventó la existencia de “turbios designios” en Gustavo Giraldo. Sostiene que el hecho de haber solicitado copias del proceso adelantado a Moisés Vega ante el Juez de Menores, revela su afán por ofrecer una versión acomodaticia para situarse al margen del incidente. Pero luego, en la misma providencia, el Tribunal admite que a esa actitud, por tratarse de una manifestación del derecho de defensa, no puede dársele esa connotación.

7. La sentencia distorsionó los hechos y supuso que los declarantes Jaime Gamboa Meneses y Ruby Stella Salazar eran testigos desleales y mentirosos. Cuando la defensa solicitó la recepción de su testimonio, le fue negada por razón de que no precisó el fin que perseguía con su aducción. El defensor, ante esta negativa, optó por practicarlas

extrajudicialmente y las aportó al proceso. Ante esta realidad, el instructor accedió a escucharlos. Sin embargo, el fallador se negó a considerarlas y, en su lugar, ordenó compulsar copias para que fueran investigados por falso testimonio.

8. El Tribunal supuso que el informe de la Policía Judicial había sido verificado totalmente. Pero no fue así. Dentro de él se hace mención del taxista José William Forero como testigo presencial. El defensor hizo múltiples solicitudes para que se lograra su comparecencia. Pero no fue posible porque los datos que suministró eran falsos. Por eso la sentencia decidió ignorarlo. Sin embargo, le otorgó valor pleno al informe policivo.

En síntesis, el actor dice que el juzgador supuso la responsabilidad de Giraldo Salazar, no sólo porque dio por probado que Moisés Vega le contó a su madre lo sucedido la noche anterior en el café “Mitad de Precio”, sino porque aceptó como cierto que Giraldo Salazar, cuando expresó que no había tomado licor porque no tenía dinero para comprarlo, no obstante haber dicho en su primera versión que sí había ingerido, incurrió en contradicción sobre las circunstancias en que se produjo el homicidio. Estos errores de hecho por suposición de la prueba, en unos casos, y por distorsión en otros, condujeron a que el Tribunal emitiera un fallo equivocado.

Pide a la Corte, entonces, casar la sentencia, y, en su lugar, absolver a Giraldo de todo cargo.

Segundo.

Causal tercera de casación -artículo 220 del Código de Procedimiento Penal de 1991 (hoy numeral 3° del artículo 207 de la Ley 600)-. El fallador, dice el actor, vulneró los derechos al debido proceso y al derecho de defensa.

Así lo sustenta:

1. En ningún caso, dice el artículo 50 de la Ley 504 de 1999, los informes policiales y las versiones suministradas por los informantes, tendrán valor probatorio dentro del proceso. No obstante ello, el Tribunal consideró que el informe de la policía, por haber sido rendido por empleados oficiales en ejercicio de sus funciones, goza de presunción de veracidad y por eso le otorgó pleno crédito. Y agregó, además, que esa prueba era válida porque fue sometida a verificación judicial y totalmente confirmada. Por eso, al apartarse del tenor literal de esta norma y entrar a saco en terrenos del legislador, el Tribunal incurrió en la irregularidad consagrada en el artículo 304, numeral 2°, del Código de Procedimiento Penal y, por este medio, afectó el debido proceso.

2. Por otro lado, el Tribunal desconoció el principio lógico de contradicción. En múltiples oportunidades, se le solicitó al instructor que hiciera comparecer al taxista José William Forero para que ampliara su declaración y con el fin de contrainterrogarlo. Pero nunca fueron atendidas estas solicitudes. De este modo, el derecho consagrado en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal de 1991, fue conculcado.

3. También fue violado el debido proceso al ordenar investigar por separado al menor Moisés Vega. Esta actuación fue ilegal. El Instituto de Medicina Legal había dictaminado que su edad, al momento de los hechos, era de 18 años y medio. Al proceder en esta forma, el instructor, además de estropear la estructura del proceso, le impidió a Giraldo Salazar conocer, para ejercer su defensa, la versión del menor.

Solicita, entonces, que se decrete la nulidad del proceso a partir de la sentencia de primera instancia por vulneración del artículo 50 de la Ley 504 de 1999 y que, en subsidio, se le atribuya responsabilidad a su defendido, no por homicidio doloso, sino culposo.

EL MINISTERIO PÚBLICO

De la siguiente manera, se pronuncia el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

Primer cargo. Nulidad.

1. El actor desconoce el principio de prioridad que rige en materia de casación. Formuló dos reparos: uno por violación indirecta de la ley sustancial y otro por nulidad. Pero no advirtió que en estos casos debe presentarse en primer lugar el que se hace al amparo de la causal tercera y luego los restantes. Esta postulación prioritaria tiene asiento en la lógica de la casación. Si el cargo por nulidad prospera, pierde sentido que la Corte, ante un proceso invalidado, se pronuncie, por sustracción de materia, sobre las imputaciones adicionales.

2. El hecho de haberle conferido valor probatorio al informe policivo, no obstante lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 504 de 1999, violó, según el actor, el debido proceso. Lo que quiere significar el demandante es que los juzgadores se apoyaron en una prueba que no debieron haber apreciado. Se trata, por tanto, de un error in iudicando, y no de un error in procedendo, como lo planteó equivocadamente el actor.

Se equivocó el recurrente. No era esa la vía correcta para enunciar la censura. Debía proponerla por violación indirecta de la ley sustancial causada por error de derecho por falso juicio de convicción, dado que a la prueba se le otorgó un valor del que carece, según la ley. Pero nunca por nulidad por vulneración del derecho de defensa o el debido proceso.

Es cierto, al contrario de lo que sostuvo el Tribunal, que el informe policivo sólo fue parcialmente verificado. No totalmente. De su contenido, únicamente se constató lo concerniente con el arma cortopunzante y el lugar en que se ocultaba uno de los responsables. Pero no así respecto de lo referido por el taxista José William Forero Sánchez, quien no pudo ser localizado. Pero, a pesar de ello, el cargo, no sólo por haberlo encauzado por la vía casacional equivocada, sino porque está privado del peso y

la fuerza suficientes para dejar sin piso la sentencia, dado que ella se funda en las versiones de los dos inculpados, carece de fundamento.

3. El recurrente afirma que tanto el juez de primera instancia como el Tribunal, al ignorar las diferentes solicitudes que se les formularon para que obtuvieran la comparecencia de José William Forero, no sólo para interrogarlo sino para contrainterrogarlo, violaron el principio de contradicción y, por esta vía, los derechos de defensa y el debido proceso, por fundar su sentencia en un proceso en el que no se investigó tanto lo favorable como lo desfavorable al inculpadado.

El cargo viola el principio de autonomía. El censor alega que a través de esa irregularidad fueron vulnerados los derechos a la defensa y el debido proceso. Estas falencias, si bien constituyen errores in procedendo, debieron formularse por separado.

Si el impugnante consideraba que esa actuación no era propia del debido proceso, su deber era probar, de manera autónoma, que la estructura de la instrucción y el juicio, o una sola de estas etapas, había sido lesionada. Pero si estimaba que a causa de ese error se le impidió al procesado aportar medios de prueba para controvertir los que obraban en el proceso, o se le limitó su derecho a la defensa técnica, debió enrutar la censura, de manera separada, desde la óptica de esta garantía fundamental. Y, por último, si lo que en su criterio sucedió fue que el instructor o el juez se negaron a decretar pruebas conducentes, útiles y pertinentes para esclarecer la responsabilidad del procesado, en otro capítulo debió haber acusado la sentencia de estar fundada en un proceso violatorio del principio de investigación integral.

Sin embargo, el cargo, así hubiera sido correctamente formulado, no tiene fundamento. La lectura del proceso permite comprobar que al momento de la apertura de la instrucción, se ordenó escuchar, sin éxito, el testimonio de José William Forero. Luego se llamó a declarar a los agentes Jorge Sastoque y Nepomuceno Vega, a quienes

correspondió el procedimiento el día de los hechos, con el fin de que aportaran datos acerca del sitio en el cual podía ser localizado. En la etapa del juicio, se indagó en la Secretaría de Tránsito por el nombre del propietario del taxi de placas SDF 304 para que revelara la identidad de la persona que lo conducía el día del homicidio.

4. El hecho de que se haya ordenado compulsar copias para investigar a Jaime Gamboa y a Ruby Salazar por falso testimonio, no constituye error in procedendo de aquellos que afectan una etapa esencial del proceso u obstaculizan el ejercicio del derecho de defensa. Constituye apenas una manifestación de las facultades discernidas por la ley al funcionario cuando advierte, durante el ejercicio de sus tareas, que una persona ha incurrido en una conducta probablemente delictuosa.

5. El hecho de que no se le haya permitido a la defensa acceder a la investigación que se le adelantaba al menor Moisés Vega, es un reproche sin cabida en sede de casación. El objeto de conocimiento y de acción de este recurso extraordinario, se circunscribe a verificar la legalidad del proceso y de la sentencia. La actuación cuestionada, además, tiene respaldo en el artículo 174 del Código del Menor. Esta norma establece que las actuaciones desarrolladas en esa jurisdicción, tienen la calidad de secretas y a ellas pueden acceder sólo quienes ostenten la calidad de parte. Sin embargo, como ocurrió en este caso, el artículo 175 de esa misma codificación autoriza la remisión de copias a otras autoridades. Al proceso adelantado a Gustavo Giraldo Salazar, se anexó la versión de Moisés Vega ante el Juez de Menores. Tuvo oportunidad el defensor, entonces, de controvertir su contenido.

6. Por último, y esta circunstancia afianza aún más la solicitud de la Delegada orientada a que se desestimen los cargos, el actor no se refirió a la trascendencia que estos yerros tenían sobre la sentencia. No dijo de qué modo ellos, si no se hubieran cometido, habrían posibilitado un cambio cualitativo en el sentido del fallo.

Segundo cargo. Violación indirecta.

1. El Tribunal supone, dice el censor, que por haber estado en el sitio de los hechos –establecimiento “Mitad de Precio”-, Giraldo Salazar y José Moisés Vega ocasionaron la muerte de Oswaldo Martínez Solano. Pero olvidó considerar que en el lugar había más personas y, en esas circunstancias, cualquiera de ellas, y no necesariamente su defendido, pudo ser la causante del homicidio.

El actor acudió, para postular esta censura, a la violación indirecta de la ley sustancial por suposición de pruebas. Ello implicaba demostrar error de hecho por falso juicio de existencia, es decir, probar cuáles fueron los medios de convicción ajenos al proceso que fueron considerados por el fallador. Pero no procedió así. Se dedicó a criticar los argumentos expuestos por el juzgador y no los yerros de juicio al valorar la prueba. Esta crítica no es de recibo en materia de casación. Si el debate probatorio ha concluido, el criterio del juzgador no puede enfrentarse válido del concepto personal del censor sobre el mérito de las pruebas.

Así mismo, el censor introduce una serie de planteamientos sin relación con el objeto del reproche. El hecho de que se hayan compulsado copias para investigar por un juez de menores a José Moisés Vega, no tiene ningún nexo con el tema objeto de estudio dentro de esta causal. En sede de casación, lo que se somete a cuestionamiento es la legalidad de la sentencia y del proceso. A este respecto, no incurrió en ninguna irregularidad el instructor. El envío del proceso al funcionario competente, tuvo su fundamento en la copia del registro civil de nacimiento de José Moisés Vega (folio 33, cuaderno uno). Del texto de ese documento, aflora que al momento de los hechos era menor de edad.

2. El libelista discute que la versión de Gustavo Giraldo Salazar fue distorsionada por el juzgador. Pero no prueba en qué sentido se produjo ese desdibujamiento de la

prueba. Intenta hacerlo, sí, pero válido de otro error. Ese yerro, a su juicio, surge de que el sentenciador, por ignorar la injurada del menor Vega, incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia. Pero este cargo no tiene sustento en el proceso. Uno de los pilares del fallo, precisamente, fue la versión del menor José Moisés Vega. Lo cual significa que la prueba no fue omitida por el Tribunal.

3. Critica el censor la credibilidad concedida por el Tribunal a lo dicho por Ligia Obando, la madre del menor. Pero se le escapa tener en consideración que el sistema de libre valoración de la prueba, el que rige en nuestro medio, se funda en los postulados de la sana crítica. Si no estaba de acuerdo con el mérito que le otorgó el tribunal a esa declaración, debió probar que el fallador incurrió respecto de ella en error por falso raciocinio. Pero no lo hizo. Se limitó a oponer su criterio al del juzgador.

4. El actor acusa el fallo del Tribunal porque en él supuso la existencia de “oscuros designios” en el comportamiento de Giraldo Salazar al momento de solicitar copias del proceso adelantado Moisés Vega en el Juzgado de Menores. Este tipo de crítica no encuadra dentro de la técnica de casación. Ella es propia, por su método libre, de una alegación de instancia.

5. Critica el demandante el hecho de que se le hubiera otorgado valor al informe policivo, en contra de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 504 de 1999. La vía para proponer esta clase de falencias, era la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de convicción. Nunca el falso juicio de identidad o la nulidad. Pero, de todos modos, así lo hubiera planteado bien, el hecho de haberle dado valor a este informe policivo, no constituye dislate de suficiente importancia para desvirtuar la legalidad del fallo, dado que éste está fundado en las versiones de los involucrados, el indicio de mala justificación y el de las huellas materiales del delito. Estos soportes de la decisión, al menos mediante la metodología que se exige en esta sede, no fueron atacados por el defensor de Gustavo Giraldo Salazar.

Ninguno de los cargos, en síntesis, debe prosperar. Lo que hizo el recurrente fue anteponer su criterio personal al del Tribunal. Pero no procedió de acuerdo con las reglas de la casación. Actuó al margen de los principios de claridad, precisión, prioridad y autonomía en la postulación de las censuras.

CONSIDERACIONES

Primer cargo. Nulidad.

1. Bajo esta misma causal, el impugnante presenta varios reparos respecto de diferentes pruebas. Pero partió de una equivocación básica. Le dio prelación a los cargos enmarcados dentro de la causal primera y relegó a un segundo plano las censuras basadas en la causal tercera. Desacató, dicho en otros términos, el principio de prioridad que informa la metodología casacional. Por virtud de este postulado, las censuras que apuntan a obtener la invalidez del proceso, deben prevalecer, en su presentación, sobre las que persiguen la ilegalidad de la sentencia.

Ello obedece a la lógica sobre la cual está edificado este recurso extraordinario. Su racionalidad impone verificar previamente, esto es, antes de cuestionar el fondo de la sentencia, si la estructura y los instrumentos de garantía del proceso no han sufrido escamoteo alguno. Sólo entonces, una vez constatada la legitimidad constitucional del procesamiento que le dio origen, es factible entrar a auscultar la sentencia en sí misma, en orden a comprobar si sus soportes probatorios y el raciocinio que sobre ellos se ha operado, se ajustan o no a la legalidad.

El proceder contrario, además de lógicamente inconsecuente, riñe con las reglas de la casación. Invalidado el proceso por cualquiera de los motivos previstos en la Constitución y en la ley, pierde sentido, por ausencia de objeto de conocimiento, ocuparse del estudio de los demás reproches. En esta sede extraordinaria, por eso, la coherencia conceptual y el rigor metodológico reclaman que dentro de la demanda y su

correspondiente respuesta, se dé aplicación al principio de prioridad en la invocación de las causales y la proposición de los cargos.

2. El Tribunal, por estimar que su contenido había sido totalmente verificado, apreció el informe policivo aportado desde sus orígenes al proceso. De acuerdo con la tesis del censor, ese acto de valoración, por cuanto contraviene de manera palmaria lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 504 de 1999 –“en ningún caso los informes de la Policía Judicial y las versiones suministradas por informantes tendrán valor probatorio en el proceso”-, constituye motivo de nulidad.

Bajo ese convencimiento, enfocó el cargo, sin acierto, desde la perspectiva de la causal tercera de casación. Equivocadamente, puntualiza la Sala, porque esta clase de yerros, que se presentan, como en este caso, cuando el fallador les concede a los informes de la Policía Judicial y a las versiones suministradas por los informantes un valor probatorio que la normatividad procesal expresamente les niega en el artículo 50 de la Ley 504 de 1999, sólo es posible formularlos al amparo de la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho causado por falso juicio de convicción.

Sobre este particular, se ha pronunciado la Sala en los siguientes términos:

“Como excepción, el legislador colombiano, por ejemplo, en los artículos 15 y 50 de la Ley 504 de 1999, adoptó un sistema tarifario al determinar con el primero qué pruebas no tienen capacidad suficiente para condenar, y en el segundo, negó valor probatorio a los informes de Policía Judicial y a las versiones suministradas por los “informantes””.

“El falso juicio de convicción se produce cuando el juzgador le concede al medio probatorio un valor que la ley no le asigna, o le niega el mérito que expresamente se ha dispuesto en ella. En consecuencia sólo se da cuando se trata de medios de convicción

sometidos en su valoración al método de la tarifa legal, desconociéndose el precepto que regula su eficacia probatoria, por eso el yerro es de derecho y no de hecho. En estos casos se debe establecer el alcance asignado por la ley a un determinado medio de prueba, la evidencia apreciada equivocadamente por el juzgador en razón a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y la incidencia irrefutable del yerro en el fallo para cambiar su sentido” (Sentencia del 23 de julio del 2001, M. P. Herman Galán Castellanos, radicación número 16.695).

Pero aún en el supuesto de que el actor hubiera acertado en la selección de la causal para postular y fundamentar esta censura, la entidad de su trascendencia sobre el fallo no habría alcanzado a cambiar cualitativamente su sentido. La razón es que la sentencia impugnada descansa sobre bases probatorias diferentes. Estos soportes, constituidos por las versiones de los inculcados y los medios indiciarios de convicción apreciados por el juez y el Tribunal, le confieren suficiente solidez.

3. Dice el actor que en la etapa instructiva y en el fallo, por cuanto los funcionarios no atendieron las solicitudes orientadas a obtener la comparecencia de José William Forero al proceso, citado por los agentes del procedimiento como testigo presencial, violaron al unísono el derecho de defensa y el debido proceso.

El primer derecho fundamental fue lesionado, según el recurrente, por razón de que la falta de esa prueba, necesaria para esclarecer lo sucedido, quebrantó el principio de investigación integral, dado que la instrucción y el juicio, por no allegar al proceso las pruebas tanto favorables como desfavorables al procesado, se desarrolló de manera unilateral. Y el segundo derecho de rango constitucional –el de defensa– se afectó, puntualiza el censor, al no haberle permitido al inculcado, por ausencia de ese testimonio, ejercer sobre él el derecho de contradicción.

El cargo, en su formulación, transgrede el principio de autonomía que rige el

recurso extraordinario de casación. No es admisible postular de manera conjunta, sin diferenciarlos rigurosamente, motivos de nulidad que tengan la potencialidad de lesionar el derecho de defensa y el debido proceso. Se impone su proposición por separado.

Pero no basta, para que la censura se estime correctamente reglada, efectuar su presentación de manera autónoma. Es preciso, en segundo término, señalar cómo y por qué se incurrió en cada una de esas irregularidades. Y, finalmente, para que adquiriera su plenitud el principio de trascendencia, se impone presentar argumentos en orden a probar cómo esos defectos, si son de garantía, inciden en el derecho de defensa del inculcado o, si lo son de estructura, de qué modo desestabilizan las bases del proceso.

En estos dos errores de técnica incurrió el recurrente. En la formulación del reproche, dejó de observar los principios de autonomía y de trascendencia.

No obstante, así hubiera sido acertadamente presentada, la censura tendría que ser desestimada por la Corte a causa de su falta de fundamento. Ni el instructor ni el juzgador asumieron una actitud pasiva ante la solicitud de la defensa. Hicieron esfuerzos para tratar de localizar a los agentes Jorge Sastoque y Nepomuceno Vega.

En el proceso hay constancias de que se agotaron los medios disponibles para obtener su presencia dentro del proceso. En varias oportunidades, durante el ciclo investigativo y en la etapa probatoria del juicio, se ofició a la institución policial, sin éxito, para que les fuera notificado el requerimiento a los agentes citados.

Respecto de José William Forero, ocurrió algo similar. Los funcionarios fueron lo suficientemente diligentes para obtener su comparecencia al proceso. Pero no fue posible oírlo en declaración. La dirección que suministró a la policía, lo mismo que su número telefónico, no correspondían. Sin embargo, con miras a agotar todos los medios, se ofició a la Dirección del Tránsito para que informara quién era el propietario del taxi

de placas SDF 304, precisamente el que conducía José William Forero el día de los hechos. Pero antes de que se obtuviera respuesta, el defensor del procesado solicitó fijar fecha para la realización de la audiencia pública. La información llegó al despacho cuando ya iba avanzada la diligencia.

En estas condiciones, no puede afirmarse que las pruebas referidas por el demandante dejaron de allegarse por causas imputables a la inactividad de los funcionarios del Estado. De ahí que resulte sin fundamento alegar respecto de ellas violación de los principios del contradictorio y de investigación integral. Los servidores judiciales a cuyo cargo estuvo adelantar la investigación, desplegaron la actividad necesaria para que los testimonios obraran en el plenario. Las pruebas que el Estado está en la obligación de practicar, son aquellas que legal y materialmente pueden llevarse a efecto y no las de imposible aducción.

4. El hecho de que se haya ordenado compulsar copias para investigar por falso testimonio a Ruby Salazar y a Jaime Gamboa, dio lugar, según el impugnante, a una irregularidad violatoria de los derechos de defensa y debido proceso. El censor, por cuanto este motivo de nulidad no encuadra dentro de ninguna de las causales de casación, se abstuvo de sustentarlo por falta de argumentos propios de este recurso extraordinario. Se limitó a afirmar, sin probar su trascendencia en el sentido del fallo, que esa actuación había transgredido los derechos fundamentales.

Este reproche, por lo demás, no tiene fundamento. El hecho de expedir copias para que se investigue una presunta violación a la ley penal, es una manifestación del ejercicio del deber de denunciar que le asiste a todo servidor público. La legalidad de esta actuación, se deriva inmediatamente del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal de 1991 (hoy 27). Por tanto, el proceder del Tribunal estuvo ajustado a lo dispuesto en la ley.

5. Por último, el hecho de que no se le haya permitido a la defensa acceder al proceso adelantado contra Moisés Vega ante la jurisdicción de menores, formulado por el censor al amparo de la causal tercera por violación del derecho de defensa, tampoco tiene cabida. El artículo 174 del Código del Menor establece que las actuaciones desarrolladas en esa jurisdicción, tienen la calidad de secretas y a ellas sólo pueden acceder quienes estén habilitados como parte dentro del proceso. Sin embargo, el artículo 175 de esa misma codificación, autoriza la remisión de copias de esos procesos a otras autoridades.

Así procedió el instructor, en aras de preservar el derecho de defensa del procesado. A la investigación adelantada a Gustavo Giraldo, se anexaron copias de la versión de Moisés Vega. Por este medio, el defensor y el acusado tuvieron oportunidad de conocer lo que había expresado Moisés Vega sobre las circunstancias del homicidio y de controvertir el contenido de esa diligencia. No se le vulneró, por tanto, el derecho de contradicción.

No prospera el cargo.

Segundo cargo. Violación indirecta.

1. El censor, al desarrollar el reproche, contraviene la lógica de la técnica de casación. Su formulación y su desarrollo, no se corresponden. En lugar de centrarse en probar cuál fue el medio de convicción que el Tribunal supuso, razón de la acusación por violación indirecta de la ley sustancial proveniente de error de hecho por falso juicio de existencia, lo que hizo fue extenderse en argumentos para criticar la operación intelectual que condujo al fallador a considerar a Giraldo Salazar como coautor del homicidio.

Esta vía equivocada, lo llevó a afirmar que el sentenciador, para llegar a esa conclusión, a lo largo de su raciocinio había abandonado las reglas de la sana crítica. Si su argumentación iba dirigida a poner de resalto esta hipotética evidencia, debió enmarcar su cuestionamiento, no en el error de hecho por falso juicio de existencia por

suposición material de prueba, como lo hizo, sino en el error de hecho por falso raciocinio, con el fin de probar, por esta vía, y de manera concreta y específica, de qué modo el sentenciador, al valorar las pruebas, violó los principios de la ciencia, las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia.

2. El hecho de que el instructor haya decidido enviar a los Juzgados de Menores el proceso adelantado al joven Moisés Vega, basado en el registro civil de nacimiento, y apartándose de lo que dijo el legista, no constituye violación de la ley sustancial de modo indirecto por error de hecho por suposición de prueba. Esta actuación no tiene ninguna relación con el tema objeto de estudio dentro de esta causal. El dictamen médico-legal es apenas una guía, y no un medio de prueba de forzosa aceptación, para el sentenciador. Frente a esta prueba técnico-científica aportada por el Instituto de Medicina Legal, mediante la cual se fijó la edad clínica del adolescente Moisés Vega en dieciocho años y medio, el juzgador consideró de mayor contundencia la prueba documental, donde consta que nació el 8 de marzo de 1981, para darle el tratamiento reservado a los menores de edad. No cometió el juzgador, por tanto, ninguna irregularidad.

3. El Tribunal, dice el censor, por distorsionar las intervenciones de Giraldo Salazar, supuso que ellas eran contradictorias. Por ello considera que se produjo una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por distorsión de la prueba.

El cargo está incorrectamente planteado. Si lo que pretendía probar era que el fallador tergiversó las versiones de Giraldo Salazar y Moisés Vega, así como la declaración de Ligia Obando, madre de este último, debió postular el cargo, de manera rigurosa, por error de hecho por falso juicio de identidad. Por esta vía, le correspondía precisar, por separado y respecto de cada una de estos medios de convicción, en qué sentido el Tribunal desfiguró la circunstancia de que daba cuenta cada una de estas pruebas, bien porque le suprimió una parte al hecho que la constituía, ya porque se lo agregó o, finalmente, porque lo sectorizó, para darle un alcance objetivo que no tenía.

4. El hecho de que el sentenciador haya apreciado el informe policial, no obstante la expresa prohibición del artículo 50 de la Ley 504 de 1999, y sin estar totalmente verificado, lo cuestiona el censor por la vía del error de hecho por suposición material de prueba. En su criterio, el juzgador supuso que su contenido estaba plenamente verificado, sin que esta apreciación correspondiera a la realidad. Dentro del parte policivo, se hace alusión, como testigo presencial del homicidio, a José William Forero. Su testimonio, sin embargo, no pudo ser incorporado a la investigación. Por esta razón, esa prueba no podía ser considerada por el sentenciador.

La formulación de la censura es desacertada. La vía para plantearla no es el falso juicio de existencia por suposición de prueba. Si el tribunal apreció esa prueba, justamente a la que la ley procesal expresamente le niega toda capacidad esclarecedora, la vía para reprochar esta irregularidad es la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de convicción. Aunque por regla general en nuestro medio rige el sistema de valoración probatoria basado en la sana crítica, por excepción se acepta, como en este caso -por cuanto el legislador le niega todo valor probatorio al tipo de informe mencionado- guiarse por el sistema tarifado. Por eso el error es de derecho y no de hecho, como lo malentendió el demandante.

En el supuesto de que la acusación se hubiera formulado de acuerdo con los presupuestos metodológicos de la casación, de todas formas el cargo carece de la fuerza suficiente para dejar sin piso la sentencia. No es esta prueba la única que le sirve de soporte a la sentencia. Aún retirándola del proceso, el fallo se sostiene sobre otros medios de convicción. Esas bases están constituidas por las versiones de los procesados, las huellas del delito y la justificación insuficiente por parte del inculcado de su participación en el hecho punible. Estos pilares sobre los que descansa la decisión, por no haber sido desvirtuados en la demanda por la vía casacional adecuada, no permiten declarar su invalidez.

Por esas razones, el cargo no prospera.

Aun cuando al parecer al procesado le fue redosificada la pena con fundamento en la favorabilidad, como se desprende de un escrito que recientemente hizo llegar a la Corte y en el cual afirma que el Tribunal lo condenó a 13 años de prisión, dígase que, en general, lo relacionado con la aplicación de tal principio, derivado de la vigencia de la Ley 599 del 2000, cuando la Corte no casa el fallo impugnado, su examen le corresponde al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de acuerdo con el numeral 7° del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal del 2000.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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 proferida dentro de este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

Comisión de servicio

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria