

Proceso No 18084

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 112

Bogotá D. C., dieciséis (16) de octubre de dos mil tres (2003).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, contra el fallo del 28 de septiembre de 2000, mediante el cual el Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó íntegramente la sentencia proferida el 24 de mayo del mismo año, por el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá, que condenó a dicho señor en calidad de autor de homicidio simple, hurto calificado-agravado y porte ilegal de armas de defensa personal, a la pena principal de veintiocho (28) años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez (10) años, a indemnizar los perjuicios causados con la infracción; y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

Los acontecimientos que originaron la investigación penal fueron relatados de la siguiente manera por el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá, en la sentencia de primer grado:

“Se sabe de autos, cómo en las horas de la noche del diecisiete de junio de 1998, en los alrededores del cementerio de esta ciudad de Fusagasugá, más exactamente en el barrio El Progreso, fue encontrado dentro de su vehículo automotor tipo campero el cuerpo sin vida a causa de seis disparos producidos con arma de fuego el ciudadano José Eduardo Rodríguez Lombo, quien instantes antes había sido arrebatado con violencia en contra de su voluntad por un sujeto que lo amedrentaba con un revólver y se cubría el rostro con un pasamontaña de color verde, sustracción verificada en una tienda del sector cuando estaba libando licor con unos amigos.”

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En la mañana siguiente después de ocurrir los acontecimientos reseñados, el señor Pedro Morales Bustino hizo una llamada telefónica a la Dirección Regional de Inteligencia No. 5 del Ejército Nacional, con sede en Bogotá, con el fin de informar que el cabo primero JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ cometió un homicidio en la ciudad de Fusagasugá; y que el hijo del informante, joven Henry Morales, había sido detenido mientras conducía la motocicleta asignada como dotación oficial a dicho militar.

El teniente coronel, Comandante de la Dirección Regional de Inteligencia No. 5, citó e hizo comparecer a RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, quien acudió a las 8:30 de la noche del 18 de julio de 1998, y manifestó “que había participado en el homicidio de una persona en ese municipio, siendo testigos de lo dicho por el Sub-Oficial, los señores Mayores GERMÁN RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y OSCAR CARDONA PRADA.”

2. Con oficio No. 1382 del 18 de junio de 1998, el Comandante de la Dirección Regional de Inteligencia No. 5, después de relatar la situación anterior, aclaró que el suboficial JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ era orgánico de dicha Unidad, pero que se desempeñaba como agente de control en Fusagasugá, y que al tiempo de los hechos se encontraba en franquicia; además, dejó al implicado a disposición del Juez Segundo de

Instrucción Penal Militar.

3. En auto del 19 de junio de 1998, el Juzgado Segundo de Instrucción Penal Militar de Bogotá dispuso adelantar averiguación preliminar, ordenó ratificar el mencionado informe, lo que se hizo en forma de testimonio; formalizó la situación de “retenido y sindicado” al suboficial RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, quien suscribió el acta de derechos del capturado; declaró que la Justicia Penal Militar carecía de competencia, y envió el expediente a la Fiscalía Seccional de Fusagasugá, dejando a disposición al implicado.

4. La Fiscalía Seccional de Fusagasugá abrió investigación, vinculó mediante indagatoria a JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, quien asistido por un abogado defensor negó cualquier participación en el crimen, argumentando que la noche de los hechos estuvo en unas residencias con una mujer llamada Otilia. El implicado solicitó que se le practicara la prueba de absorción atómica y que se comprobara el mal estado de la motocicleta, “con la cabeza de fuerza dañada”, sugiriendo que no podía ser utilizada en el crimen.

Más adelante, atendiendo a la evolución del acopio probatorio, fueron vinculados mediante indagatoria los señores Luis Enrique Barbosa y Henry Morales Cárdenas.

5. Al definir la situación jurídica provisionalmente, el 30 de junio de 1998, la misma Fiscalía impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin excarcelación, a JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ por los delitos de homicidio y hurto calificado-agravado; adoptó la misma determinación respecto de Henry Morales Cárdenas como coautor de homicidio; y se abstuvo de afectar a Luis Enrique Barbosa. (Folio 183 cdno. 1)

6. El 15 de julio de 1998, la Fiscalía Seccional de Fusagasugá “adicionó” la medida de aseguramiento a RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, declarando que obedecía a los delitos de homicidio agravado, hurto calificado-agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa

personal.

En la misma providencia, afectó con medida de aseguramiento en calidad de cómplice de homicidio agravado a Jakeline Leal Zúñiga, esposa del anterior, quien también había sido vinculada. (Folio 325 cdno. 1)

7. Después de recaudar pluralidad de pruebas, el 7 de septiembre de 1998 se declaró parcialmente cerrada la investigación, respecto de JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Henry Morales Cárdenas y Luis Enrique Barbosa Suárez. (Folio 86 cdno. 1)

8. El mérito del sumario fue calificado por la Fiscalía Seccional de Fusagasugá el 22 de octubre de 1998, con resolución acusatoria contra JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado-agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; y con preclusión a favor de Henry Morales Cárdenas y Luis Enrique Barbosa Suárez. (Folio 96 cdno. 2)

La acusación fue confirmada el 15 de diciembre de 1998, por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, al decidir la apelación interpuesta por el defensor del suboficial implicado. (Folio 7 cdno. 2ª instancia)

9. Avocó el conocimiento del asunto el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá (Cundinamarca); corrió los traslados de rigor, decretó y practicó varias pruebas; y finalizada la audiencia pública, mediante sentencia del 4 de mayo de 2000, condenó a JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ como autor responsable del concurso de delitos integrado por homicidio simple, hurto calificado-agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, a la pena principal de veintiocho (28) años de prisión; y adoptó las otras determinaciones referidas en la parte inicial de esta providencia. (Folio 530 cdno. 2)

10. El defensor impugnó la decisión de primera instancia, siendo confirmada por el Tribunal Superior Cundinamarca, en fallo del 28 de septiembre de 2000. (Folio 11 cdno. Tribunal)

11. Inconforme con la sentencia de segundo grado, el defensor de JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ interpuso el recurso de casación cuyo fondo resuelve la Sala en este proveído.

LA DEMANDA

Un cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca postula el apoderado de JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, con fundamento en la causal tercera de casación, consagrada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), aduciendo que la sentencia fue emitida en un juicio viciado de nulidad, por la incursión en irregularidades que afectan el debido proceso y menoscaban el derecho de defensa.

A continuación las actuaciones y omisiones que, a decir del censor, generan la invalidez del proceso penal:

1. Captura ilegal: El suboficial implicado fue capturado por orden que impartió su superior inmediato, el teniente coronel Comandante de la Dirección Regional de Inteligencia No. 5 del Ejército Nacional, quien no tenía competencia para hacerlo, ni podía predicarse la flagrancia.

2. Confesión falsa: En dicho Comando el suboficial fue sometido a un interrogatorio, del cual no se dejó acta escrita, en presencia de dos mayores del Ejército, sin asistencia de un defensor, donde se produjo una confesión falsa, sin observación de las formalidades de la confesión ni del testimonio, “prueba que a la postre fuera el único soporte para mantener vinculado al inculpado y posteriormente condenarlo.”

Afirma que esa prueba es nula de pleno derecho por haber sido obtenida con violación del debido proceso.

3. Omisión de pruebas: En la indagatoria el procesado solicitó se le tomara absorción atómica y que se examinara la motocicleta para establecer si pudo realizar un recorrido, como el que se supone hizo la noche de los hechos. Esas pruebas nunca se practicaron, resultando conculcado el derecho de defensa, porque eran de vital importancia para descubrir la verdad.

4. Ausencia de investigación integral: Pese a la existencia de otras hipótesis sobre el crimen, como por ejemplo que la autoría recaía en la propia hermana de la víctima, la Fiscalía no investigó tales hechos; y se ocultaron diligencias a la defensa, como el testimonio de Otilia Cadena.

En el acápite que denomina “Del Concepto de la Violación” aduce que en tales condiciones se causó un grave perjuicio al sindicato y que el juicio no fue equilibrado ni justo, siendo tan evidente el quebranto de las garantías constitucionales que se desploman las bases mismas de la actuación procesal, pues “se trató de un vulgar montaje, para obtener una prueba completamente ilegal.”

Cita como infringidos el artículo 29 (debido proceso) de la Constitución Política y el artículo 304, numeral 3° (nulidad por violación al derecho de defensa) del Código de Procedimiento Penal anterior.

Con base en tales reflexiones solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, en el sentido de decretar la nulidad de lo actuado, inclusive a partir de la indagatoria, para que se surta un nuevo trámite procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal advierte falencias formales y sustanciales en la censura, resultando distanciada de la naturaleza y de la esencia del recurso extraordinario, al punto que termina siendo un escrito libre, sin sujeción a los parámetros que exige ese medio especial de impugnación, por lo cual no está llamada a prosperar.

1. Observa que en un solo capítulo se mezclan ideas relativas a la violación del debido proceso y del derecho de defensa, cuando ameritaban tratamiento separado y autónomo, porque son instituciones jurídicas distintas y generan efectos diversos si el vicio se demuestra.

2. De igual modo, dice, no se acató el principio de prioridad que rige en materia de nulidades, ni se abordó cada motivo de invalidación por separado para efectos de enseñar la trascendencia del error, sino que se hizo una sola crítica genérica al devenir procesal.

3. No obstante, se adentra en el estudio de cada uno de los motivos de invalidación que propone el censor, y descarta en ellos la gravedad o la importancia que quiere atribuirles.

Para el Delegado, la captura no fue ilegal, puesto que el Comandante de la Dirección de Inteligencia No. 5 era superior funcional del suboficial JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ y, por tanto, en ejercicio de la potestad disciplinaria que rige en lo castrense podía requerirlo para que suministrara explicaciones sobre la sindicación que pesaba en su contra. Además, el mismo día fue puesto a disposición del Juzgado Penal Militar, autoridad que se encargó de formalizar la detención.

De todas maneras, agrega, como se ha reseñado en la jurisprudencia de la Corte, la captura ilegal no es fuente de nulidad, ya que la aprehensión no es un paso necesario para adelantar el proceso penal, pues aún en ausencia es factible vincular al implicado; y de otra parte, porque para su garantía podía acudir a la acción pública de habeas

corpus, o formular una solicitud de libertad.

Sobre el interrogatorio inicialmente recaudado, acota que el libelista no cuestiona el contenido mismo de la supuesta confesión, sino al testigo que escuchó esa versión (el Comandante), por lo cual, lo correcto era dirigir el ataque con arreglo a la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial, por falso juicio de legalidad, de modo que si prosperaba el reproche y se desvirtuaba el poder de convicción de las otras pruebas, la solución consistía en absolver al procesado y no en decretar la nulidad.

Para el Procurador, la inexistencia de una acta donde se plasmara la confesión carece de relevancia, si se tiene en cuenta que el Comandante de la Dirección de Inteligencia No. 5 ratificó el informe, en testimonio recaudado por el Juez competente. Además, la indagatoria se llevó a cabo con todas las garantías, y la condena dependió de pluralidad de pruebas, testimonios e indicios.

No encuentra el delegado el sustento de la queja en cuanto a la inexistencia de investigación integral, en tanto el libelista no aludió a la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas dejadas de practicar; y es evidente que la Fiscalía si ahondó en hipótesis alternativas sobre la autoría del homicidio, pero en el debate probatorio las descartó, como es el caso de la hermana del occiso y de un “mecánico”, de quienes se insinuaba responsabilidad.

Acota que la motocicleta si fue inspeccionada para determinar su estado de funcionamiento, y que la prueba de absorción atómica no era indispensable, dada la calidad de militar del implicado y de la falibilidad que tal circunstancia podía inducir.

De ese modo, afirma que el cargo no tiene aptitud para salir avente y solicita a la Corte no casar la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como lo advierte el Procurador Delegado, la censura no está llamada a prosperar, porque al desarrollar el cargo el libelista expone las razones que lo llevan a solicitar la nulidad de lo actuado, alegando en un solo capítulo la supuesta vulneración de los derechos al debido proceso y a la defensa, con fundamento en que la captura fue irregular, que se obtuvo una falsa confesión, que no se practicaron pruebas importantes y que no se investigaron hipótesis alternativas sobre la responsabilidad del homicidio, todo lo cual quedó en el mero enunciado, porque el libelista no avanzó hacia la trascendencia que pudiese tener cada una de esas fallas acaecidas en la actuación.

1. Si bien la causal tercera de casación, vale decir cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad, aparentemente no exige en su redacción formas específicas en cuanto su proposición y desarrollo, la demanda no es un escrito de libre confección como parece haberse entendido, pues, igual que en las otras causales, debe ajustarse a ciertos parámetros lógicos de modo que se comprendan con claridad y precisión los motivos de la nulidad, las irregularidades sustanciales alegadas y la manera como se quebranta la estructura del proceso o se afectan las garantías de los sujetos procesales.

En punto de esta causal, corresponde al recurrente demostrar que la irregularidad cometida durante el desarrollo del proceso e inadvertida en el fallo incide de tal manera, que para remediarla no queda ninguna alternativa distinta a invalidar las diligencias, y por ello quien así alega

debe indicar con precisión el momento procesal al que han de retrotraerse las actuaciones, una vez excluidas las alcanzadas por los vicios.

2. Se observa, para iniciar, una impropiedad en el discurso del censor al hablar indistintamente del debido proceso y del derecho de defensa con argumentos entremezclados, de los cuales deriva la solicitud de nulidad, y sin consultar el principio de prioridad que rige en materia de nulidades, según el mayor efecto invalidante que

produzca la verificación del vicio denunciado.

Cuando se alega el quebrantamiento del debido proceso, como en el presente caso, es preciso que el demandante demuestre la presencia de defectos sustanciales que conspiran contra la estructura del sistema procesal en uno de sus eslabones concatenados, por ejemplo, no abrir investigación, no vincular al procesado, no definir la situación jurídica cuando ello sea necesario, no clausurar la investigación, no convocar a audiencia preparatoria, y, en fin desconocer alguna de las etapas de investigación y juzgamiento.

La disminución del derecho de defensa, que puede dimanar entre otras causas de inasistencia profesional y omisión en la práctica de pruebas, debe sustentarse en forma específica para cada evento, apuntando hacia el objetivo de demostrar que la sentencia es ilícita ante el desconocimiento palmario de esa garantía constitucional.

3. Sobre la captura irregular. Aunque el censor no profundiza en la críticas que hace sobre la manera como se produjo la aprehensión del suboficial JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, es claro que ese aspecto, aisladamente considerado no tiene la entidad de una de aquellas anomalías que vician de nulidad las actuaciones procesales siguientes.

Enterado del ilícito cometido el 17 de junio de 1998 en horas de la noche, por llamada telefónica que hizo el informante Pedro Morales, el Comandante de la Dirección de Inteligencia No. 5 del Ejército Nacional, con sede en Bogotá, citó e hizo comparecer al implicado, quien para acatar el llamado del superior viajó ex profeso desde Fusagasugá; se presentó sobre las 8:30 de la noche del día siguiente, y una vez manifestó “que había participado en el homicidio”, recibió la orden de permanecer en dicha sede, donde fue dejado a disposición del Juzgado Segundo de Instrucción Penal Militar, autoridad que formalizó la captura el 19 de junio siguiente.

Como acertadamente lo acota el Procurador Delegado, la orden de permanecer en el batallón impartida por el superior, no constituye un acto de captura, sino que es una manifestación de autoridad propia de la estructura jerárquica que hace posible la función militar, y sin la cual se desnaturalizaría.

No obstante, debe recordarse al censor que la captura ilegal -cosa que en este caso no ocurrió-, no tiene incidencia en la estructura del proceso, pues, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, los defectos que dan lugar a la nulidad deben ser sustanciales y afectar el debido proceso; condiciones que no cumple la actividad relacionada con la aprehensión del sindicado o la inobservancia de las formalidades y términos propios de la captura, porque, pese a estar regulados en la ley, no son requisito esencial de procedibilidad; tanto que, por ejemplo, puede no existir orden de captura o no haberse expedido boleta de encarcelación, o recibirse la indagatoria fuera de término y, sin embargo, una vez superado el hecho y formalizada la situación del sindicado, la irregularidad se agota, sin otras repercusiones que las que pudieren resultar contra quien así obró.

Por la misma razón, la legalidad de la indagatoria no está supeditada a la legitimidad de la captura, porque son actividades judiciales independientes, donde una no es presupuesto de la otra, de modo que la ilegalidad de la captura no vicia la versión de injurada, así se hubiese tomado durante el lapso de la privación ilegal de la libertad.

4. La falsa confesión. El casacionista asegura que el Comandante de la Dirección de Inteligencia No. 5 del Ejército Nacional sometió al procesado a un interrogatorio donde obtuvo que una autoincriminación, sin ninguno de los formalismos que la ley contempla para la confesión o para el testimonio, en presencia de dos testigos, también oficiales del Ejército, pero sin la asistencia de un abogado.

Reclama la nulidad constitucional de esa prueba, y de todas las actuaciones siguientes,

teniendo en cuenta que esa confesión fue soporte esencial para la sentencia condenatoria.

Esa nulidad de pleno derecho consagrada en el artículo 29 de la Carta, ha reiterado la jurisprudencia¹, se sanciona con la inexistencia de la prueba viciada en su formación, pero no trasciende hacia la nulidad de la actuación procesal subsiguiente. Por tanto, planteado el tema en casación, corresponde al demandante demostrar que dejando de apreciar la prueba contaminada, los restantes medios de convicción no tienen entidad suficiente para sostener por sí solas la sentencia condenatoria, por lo cual, la solicitud que se hace a la Corte no puede consistir en que declare la invalidez de lo actuado, sino que lo correcto es requerir un fallo de reemplazo.

Por tanto, como el libelista protesta porque los Jueces de instancia apreciaron la “confesión”, pese a que fue recaudada con desconocimiento de los requisitos legales que condicionan su validez, tal denuncia alude a un error de juicio, que en el recurso extraordinario debe postularse con arreglo a la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, por falso juicio de legalidad.

En el caso que se examina el Tribunal Superior no analizó la “confesión” a que se refiere el casacionista, puesto desde la indagatoria el procesado siempre negó haber participado en el crimen; sino, lo apreciado fueron los testimonios vertidos, ampliados y ratificados por el Teniente Coronel Lelio Fadul Suárez Tocarruncho, Comandante de la Dirección de Inteligencia No. 5 del Ejército Nacional, y por los mayores Oscar Cárdenas Prada y Germán Ricardo Rodríguez, en tanto escucharon cuando, de viva voz, el suboficial RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ admitió su autoría en el homicidio, pruebas a las que el Ad-quem confirió credibilidad plena, puesto que ningún interés percibió en perjudicar al subalterno, de quien, por el contrario, siempre se refirieron en buenos términos y a quien tenían en un buen concepto general.

Así las cosas, aquellos testimonios debieron cuestionarse en la demanda casación, por falso juicio de legalidad, siguiendo la técnica inherente al recurso extraordinario, según viene de explicarse, en lugar de predicar la nulidad de lo actuado por ilicitud en la supuesta confesión.

Pero además, el Ad-quem sopesó otros medios probatorios para llegar a la convicción de certeza, sobre los cuales ninguna glosa se hace en la demanda. Ente ellos, la declaración del informante Pedro Morales, que fue la persona encargada de dar la noticia sobre el delito cometido por el suboficial JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, al Comando de la Dirección de Inteligencia No. 5, y después ratificó su dicho ampliando los detalles; la observación de la motocicleta asignada al procesado en el lugar donde fue tomada la víctima y después en el lugar del crimen; la retención de la misma motocicleta en manos de un tercero; el móvil para cometer el crimen, en tanto el procesado hacía inteligencia para el Ejército Nacional y el occiso, al parecer, era colaborador del grupo ilegal FARC; el testimonio de Claudia Constanza Lombo – hermana de la víctima- quien relató que días antes de la muerte dos miembros del Ejército interrogaron a su consanguíneo por los supuestos vínculos con las FARC; el testimonio de Gonzalo Sabogal, corroborando la versión anterior; la desvirtuación de la coartada según la cual a la hora del crimen el procesado yacía con una amiga en unas residencias de Fusagasugá; el descarte de otras hipótesis para la comisión del homicidio; y la falta de credibilidad a las explicaciones suministradas en la indagatoria.

5. La omisión de pruebas. El libelista extiende el cargo a que en la etapa instructiva no se practicaron dos pruebas que el procesado sugirió en su indagatoria: la absorción atómica y el estado de funcionamiento de la motocicleta.

En este tópico vuelve a ser insuficiente la demanda, de una parte, porque se contrajo a denunciar esa omisión, sin complementar la protesta con ideas relativas a la relevancia de esas pruebas, de suerte que la Corte no pudo enterarse acerca de lo que hubiera sucedido

si el procesado no registraba rastros de disparo y/o si la motocicleta no era apta para transitar por donde la vieron pasar los testigos; de otra, porque ni un solo comentario se dice respecto de los otros medios de convicción sopesados en el fallo.

También ha reiterado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal² que si la nulidad se vincula a la vulneración del derecho de defensa, porque no se recaudó alguna prueba, o a la vulneración del principio de investigación integral, porque los funcionarios judiciales no las practicaron, para la correcta formulación de la censura corresponde al demandante ocuparse de los siguientes aspectos:

5.1 Especificar cuáles son aquellos medios probatorios cuya ausencia extraña, *verbi gratia* testimonios, experticias, inspecciones, verificación de citas, etc.

5.2 Explicar razonadamente que tales medios de convicción eran procedentes, por estar admitidos en la legislación procesal penal; conducentes, por relacionarse directamente con el objeto de la investigación o del juzgamiento; y factibles de practicar, puesto que ni los abogados defensores ni los funcionarios están obligados a intentar la realización de lo que no es posible lógica, física ni jurídicamente.

5.3 En cuanto esté a su alcance, el demandante deber aproximarse al contenido material de las pruebas omitidas, para brindar a la Sala la oportunidad de confrontar el aporte de aquellos elementos de convicción con las motivaciones del fallo y así poder concluir si en realidad se han vulnerado las garantías fundamentales del procesado.

5.4 Además, es preciso que el casacionista discierna acerca de la manera cómo las pruebas dejadas de practicar por la ausencia de investigación integral, tenían capacidad de incidir favorablemente en la situación del procesado, “bien sea en cuanto al grado de responsabilidad que le fue deducido, o frente a la sanción punitiva que le fue impuesta o simplemente porque el conjunto probatorio que se hecha de menos podría desvirtuar razonablemente la existencia del hecho punible o acreditar

circunstancias de beneficio frente a la imputación que soporta.” (Sentencia del 4 de diciembre de 2000, radicación 14.127; M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

Cada uno de estos tópicos debe abordarse separadamente, debido a que su comprobación implica desarrollo y sustentación específicos.

Lo anterior se aviene al sistema de valoración de la prueba denominado sana crítica o de libre convicción, en el cual lo verdaderamente relevante es el poder suasorio de cada medio de prueba y de todos en conjunto, y no la cantidad, ni el nombre que pudieren tener.

5.5 En cuanto a la trascendencia del vacío dejado por la prueba cuya práctica se omitió, es preciso recordar que la posibilidad de declarar la nulidad no deriva de la prueba en sí misma considerada, sino de su confrontación lógica con las que sí fueron tenidas en cuenta por el sentenciador como soporte del fallo, “para a partir de su contraste evidenciar que las extrañadas, de haberse practicado, derrumbarían la decisión, erigiéndose entonces como único remedio procesal la invalidación de la actuación censurada a fin de que esos elementos que se echan de menos puedan ser tenidos en cuenta en el proceso.” (Auto del 12 de marzo de 2001, radicación 16.463, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

No empece, la motocicleta de dotación oficial involucrada en el crimen sí fue examinada por expertos, quienes la encontraron en regular estado, pero funcionando (folios 24, 54 y 316 cdno.1), y el mismo procesado afirmó en indagatoria que -momentos antes de que aconteciera el hecho- estuvo paseando “para arriba y para abajo” mientras le enseñaba a manejar a su amigo Henry Morales, cosindicado a quien se precluyó la investigación. Y parece superflua la búsqueda de residuos de pólvora en la manos de un militar, máxime que el ilícito fue cometido en la noche del 17 de junio de 1998, y la indagatoria, donde se invocó esa prueba, se recaudó

el día 22 del mismo mes.

En síntesis, no bastaba la afirmación aislada en el sentido que sin la experticia sobre la motocicleta y sin la exploración en búsqueda de residuos de pólvora el juicio devenía nulo; sino que era necesario demostrar que el Tribunal Superior cometió errores de juicio (de hecho o de derecho) en la apreciación de cada una de las pruebas que tuvo en cuenta para deducir, con plena convicción, que el procesado era el responsable del homicidio.

6. Ausencia de investigación integral: En cuanto a que la Fiscalía no investigó en diversas direcciones para buscar la verdad histórica, entre ellas que la autoría recaía en la propia hermana de la víctima, la Corte observa tal afirmación como un parecer o un sentir más del libelista, vacío de contenido y reducido a su textual expresión, de modo que, frente al estudio probatorio acometido en el fallo, nada encuentra la Sala en el desarrollo del cargo que mueva a pensar cómo o de qué manera se habría producido nulidad de lo actuado, a partir de la indagatoria de quien resultó condenado.

7. La carga demostrativa del demandante no puede suplirse por la Corte, en virtud del principio de limitación, independientemente de que en materia de casación la Sala posea la facultad de declarar oficiosamente las nulidades que advierta, o de casar la sentencia cuando sea evidente el atentado contra las garantías fundamentales.

En tales condiciones, el cargo no sale adelante.

CUESTIONES FINALES

1. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, se abrió la posibilidad de aplicar las disposiciones que éste régimen contempla, por favorabilidad respecto de las anteriores, si a ello hubiere lugar.

Al quedar ejecutoriada la sentencia, la competencia para decidir sobre los tópicos relativos a la favorabilidad radica en el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, como lo dispone el numeral 7° del artículo 79 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), solución que se ajusta a derecho y que garantiza el principio de la doble instancia.

Por supuesto, contra el auto que resuelva en segunda instancia los asuntos inherentes a la favorabilidad, en ningún caso procede el recurso extraordinario de casación. (Sentencia del 5 de septiembre de 2001, radicación 13.000).

2. De conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), equivalente al 197 del régimen procedimental anterior, la presente sentencia, que no sustituye al fallo impugnado, queda ejecutoriada el día en que se suscribe, y contra ella no procede ningún recurso.

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 el fallo motivo de impugnación extraordinaria.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

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

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE A. GÓMEZ GALLEGU

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Auto del 13 de mayo de 2003, radicación 19250, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego; Auto de casación del 29 de julio de 2003, radicación 19959, M.P. Dra. Marina Pulido de Barón; Auto de casación del 12 de agosto de 2003, radicación 20837, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; Sentencia de Casación del 21 de agosto de 2003, radicación 12383, M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

2 Sentencia de casación del 31 de octubre de 2002, radicación 16437, M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.