

Proceso No 22603

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 91

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil cinco (2005).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado YOHANY DE JESÚS JIMÉNEZ VELÁSQUEZ contra el fallo de marzo 15 de 2.004, por medio del cual el Tribunal Superior de Cali confirmó el que dictara el Juzgado 4o Penal del Circuito de la misma ciudad, en marzo 21 de 2.003, condenando al acusado en mención a la pena principal de 30 años y 10 meses de prisión al encontrarlo responsable de la comisión de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Hallándose el 28 de abril de 1.998 en su residencia y a la vez consultorio de la calle 28 No. 6 N 39 de la ciudad de Cali el médico quiropráctico de nacionalidad coreana Cha Young Jin, se presentaron aproximadamente a las 8:30 de la mañana tres hombres en búsqueda de atención médica y como quiera que al parecer uno de éstos había estado en el lugar el día anterior el médico permitió su acceso, mas una vez en el interior y tras

resistirse al atraco al que luego se le sometió el galeno recibió varios disparos de arma de fuego que finalmente causaron su deceso.

Escuchadas las detonaciones por la esposa del occiso y la empleada del servicio trataron de verificar lo que sucedía, pero al hacerlo fueron sometidas y amenazadas por los asaltantes para que entregaran los bienes de valor siendo así como éstos se apoderaron de joyas y dinero en moneda nacional y extranjera por un total aproximado de dos millones de pesos.

Practicada la diligencia de inspección al cadáver y escuchada en declaración la empleada en mención Silvia Marilú Erazo Tovar con quien se elaboraron retratos hablados y se realizaron reconocimientos fotográficos que condujeron a señalar como partícipes de los hechos a Yohany de Jesús Jiménez Velásquez y a Andrés Felipe Rodríguez Castaño, miembros de la banda “los chicos malos”, se abrió la respectiva investigación a la que inicialmente se vinculó como persona ausente al último de los citados afectándosele con detención preventiva por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de defensa personal.

Adelantada la instrucción se escuchó en indagatoria, previa captura, tanto a Rodríguez Castaño como a Jiménez Velásquez, haciéndose a éste también sujeto de medida de aseguramiento por los citados punibles, para el 13 de diciembre de 1.999 calificarse el mérito de aquella acusándose a los dos sindicados como coautores de los ilícitos por los que se les detuvo preventivamente.

Sin que contra esa determinación se hubiere interpuesto recurso alguno y surtida su última notificación en diciembre 28 del mismo año, de modo que cobró ejecutoria tres días después de esta fecha, prosiguió la etapa de la causa ante el Juzgado 4º Penal del Circuito de Cali el cual finalmente profirió su sentencia de fecha ya señalada en la que además de condenar a Jiménez Velásquez en el sentido igualmente indicado, absolvió

al otro acusado.

Interpuesto por la defensa del así condenado el recurso de apelación el Tribunal Superior de Cali la confirmó a través de la dictada en marzo 15 de 2.004, siendo ésta ahora objeto de impugnación extraordinaria.

LA DEMANDA:

Cargo principal:

Con sustento en la causal tercera de casación acusa el recurrente la sentencia impugnada de haberse proferido en un asunto viciado de nulidad que vulneró los artículos 8 y 13 del Código de Procedimiento Penal en tanto se afectó el derecho de defensa por la precaria intervención de quien la asumió en el aspecto técnico, pues designado oficiosamente un togado desde la indagatoria de Jiménez Velásquez no participó en la recepción del testimonio del cabo Rudy Ordóñez a fin de precisar las circunstancias en que se produjo el reconocimiento fotográfico hecho con la testigo Silvia Marilú y en que aquél intervino, para así haberse establecido que ello estuvo mediado por presiones a que la declarante fue sometida.

Aunque posteriormente -dice el libelista- el sindicado designó un defensor de confianza y éste solicitó la práctica de una serie de pruebas que en efecto le fueron decretadas, su realización se logró sin la presencia de aquél a pesar de que oportuna pero infructuosamente fue citado, perdiéndose así la oportunidad de contrainterrogar a testigos que permitieran dejar en claro cuál fue la actividad del acusado en la fecha de los acontecimientos.

Tampoco la defensa de entonces -sostiene el recurrente- no obstante haber formulado alegatos precalificatorios, la gravedad de los cargos imputados y que fue personalmente notificado del contenido de la acusación, se preocupó por impugnarla cuando bien había

podido plantearse una vulneración al debido proceso por cuanto aún se hallaba pendiente de resolución el recurso de apelación interpuesto por la defensa del otro procesado contra la providencia que había negado la revocatoria de la medida de aseguramiento.

Ya en la etapa de juzgamiento aunque el defensor convencional solicitó la práctica de una serie de pruebas, la mayoría de ellas le fueron negadas sin que entonces, a pesar de la notificación personal, manifestara ninguna inconformidad al respecto como sí lo hizo la defensa del otro acusado, haciéndose aún más notoria su ausencia en el curso de la audiencia pública pues su intervención ocupó apenas página y media cuando la de los demás sujetos procesales no fue inferior a cuatro.

En esas condiciones -añade- se profirió sentencia condenatoria de primera instancia contra la cual el defensor técnico no interpuso recurso alguno, habiéndolo hecho en su propio nombre el condenado Jiménez Velásquez quien para efecto de la sustentación designó un nuevo profesional cuyos argumentos resultaron igualmente infructuosos toda vez que el Tribunal impartió confirmación al fallo recurrido.

En síntesis -afirma el demandante- la falta de defensa técnica se estructura porque ella hizo poco por controvertir oportunamente la prueba de cargo, no impugnó las decisiones adoptadas en el proceso, no se notificó de importantes determinaciones como el cierre de investigación, no asistió a la séptima sesión de audiencia pública donde se realizó una inspección judicial en la que intervino el suboficial Collazos Quijano precisamente la primera persona que tuvo en sus manos las controvertidas fotografías fundamento del reconocimiento y porque su participación en la audiencia pública fue precaria.

Por el contrario si se hubiese asumido la defensa con diligencia se habría podido demandar la práctica de pruebas que aclarasen las actividades del procesado el día de los hechos, las enormes dudas que surgieron desde el inicio de la investigación y la forma

como se produjo el reconocimiento fotográfico, se habría igualmente logrado de haberse interpuesto recursos que el superior examinara la prueba y determinara sus inconsistencias; por ende el perjuicio para el enjuiciado resulta innegable más aún cuando la absoluta pasividad de la defensa no puede catalogarse como una estrategia porque así se permitía a la Fiscalía recorrer sola el camino de la instrucción soslayando el principio de investigación integral.

Solicita en consecuencia se case el fallo recurrido y en tal virtud se declare la nulidad de lo actuado a partir de la clausura del sumario.

Cargos subsidiarios:

Al amparo del cuerpo segundo de la causal primera formula como tales y por aplicación indebida del artículo 29, 104 y 365 de la Ley 599 de 2.000, 349, 350, 351 del Decreto Ley 100 de 1.980 y 232 de la Ley 600 de 2.000 que condujo a inaplicar el 7º del Código de Procedimiento Penal porque en su sentir existe duda acerca de la participación de su defendido en los hechos, los siguientes:

1. Falso juicio de legalidad respecto al reconocimiento fotográfico realizado por la testigo Silvia Marilú Erazo Tovar.

En opinión del recurrente la prueba cuestionada, bien que se le entienda autónoma a la declaración rendida por la citada testigo ora integrada a ella, desconoció el rito previsto para su aducción pues dada la primera situación es evidente que no se practicó bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía como lo precisaba el artículo 313 del anterior Código de Procedimiento Penal y lo indica el 316 del actual cuando ya el asunto era de su conocimiento.

Dicho reconocimiento efectuado por fuera del control jurisdiccional y con base en fotografías cuyo origen es un misterio produjo sin duda serios efectos en la investigación

como que fue el fundamento para construirla y en ese orden para ordenar la vinculación del procesado mediante indagatoria, sujetarlo a medida de aseguramiento y para derivar buena parte de la actividad probatoria surtida en las diversas etapas del proceso.

Ahora bien, si se considerase tal reconocimiento como parte del testimonio de Silvia Marilú Erazo el falso juicio de legalidad debe entenderse extendido a éste en tanto aquél se produjo por la marcada sugerencia y presión del agente Collazos, tal como lo informó el policial Rodrigo Muñoz, toda vez que en esas circunstancias se suprimió el necesario marco de libertad que garantiza la espontaneidad del órgano de prueba.

2. Falso juicio de identidad respecto al testimonio de Silvia Marilú Erazo Tovar.

Formulándolo subsidiariamente al error de derecho planteado en antecedencia, en concepto del casacionista los falladores falsearon el contenido de la prueba referida por concederle un alcance distorsivo de lo realmente expresado respecto a los autores del homicidio al asumir en su integridad su literal contenido no obstante las contradicciones internas que evidencia y que lo hacen inconsistente con lo que pretende acreditar.

Tal contradicción se halla en que inicialmente se refirió la declarante a uno de los partícipes del hecho como “el gordito” quien esperó en la sala fuera del consultorio y como la misma persona que posteriormente subió por la escalera y la tomó del brazo mientras el supuesto enfermo con quien no tuvo contacto y por lo mismo le resultaba difícil identificarlo se quedó en el primer piso, pero más adelante asegura que el que fingió la dolencia era el señor gordito y que fue él quien subió la escalera, la tomó de la mano y la encerró.

No obstante tal contradicción los juzgadores identifican al gordito como la persona que se hizo pasar por enfermo y a éste como Yohany de Jesús Jiménez Velásquez.

3. Falso juicio de identidad en relación con el indicio del perfil delincucional del procesado.

Precisa el censor que el reproche lo postula respecto al hecho indicador en tanto el contenido material de los documentos que informan el supuesto prontuario delictivo del procesado fue distorsionado para dar por sentado que la persona referenciada en la certificación expedida por la asesora jurídica del establecimiento carcelario corresponde al acusado no obstante las diferencias de filiación que se advierten al cotejar tales documentos con los datos consignados en indagatoria.

El indicio de capacidad para delinquir -sostiene el impugnante- no habría sido posible entonces construir si el fallador hubiera advertido objetivamente que la persona a que se refieren dichos reportes es diferente al procesado.

4. Falso raciocinio en la valoración de la indagatoria rendida por Yohany de Jesús Jiménez.

A fin de desechar las explicaciones ofrecidas por el sindicado, corroboradas por prueba testimonial acerca de la imposibilidad física de haber estado en la escena de los hechos por hallarse para esa misma fecha y hora celebrando el cumpleaños de la hija de su compañera marital, el fallador -dice el impugnante- tuvo tal argumento por falaz sólo porque a él no se hizo alusión en la primera intervención procesal del acusado, vulnerando de esa manera la regla científica conocida como teoría del decaimiento según la cual el olvido se produce porque los recuerdos se debilitan o decaen su fuerza durante el intervalo de la retención de modo que el paso del tiempo tiene injerencia en el proceso de evocación, lo mismo que la asociación y la afectividad.

El episodio objeto de juicio ocurrió en abril 28 de 1.998 y sólo hasta el 5 de octubre de 1.999 el sindicado es oído en injurada, luego es fácilmente entendible que por el paso del tiempo, más de 17 meses y por la manera en que se realizó la diligencia resultaba difícil la recuperación de la información almacenada justificándose por tanto el olvido acerca de lo que haya hecho ese 28 de abril, máxime que no existía un elemento de asociación con esa data, ni bases para determinar la eficacia de ese almacenamiento o la intensidad

afectiva que permitan una mayor impresión o fijación de la memoria.

Por ende -concluye el casacionista- atendida tal teoría científica no podía calificarse como ingenuo el deliberado recurso de plantear una coartada que marginase al procesado de responsabilidad; de haberse acogido aquella se habría concedido crédito a las explicaciones que a posteriori y sosegadamente ofreció el sindicado en pro de su inocencia.

5. Falso juicio de existencia por pretermisión de un dictamen técnico.

Los falladores -asegura el demandante- omitieron valorar el criterio técnico criminalístico contenido en el oficio No. 2241 acerca de la imposibilidad de cotejar fotografías con retratos hablados en el propósito de encontrar semejanzas o identidad entre ellos y en cambio dieron credibilidad a la testigo de cargo por considerar que los retratos hablados elaborados con base en su relato guardaban similitud con las fotografías allegadas al expediente.

De haberse observado dicha experticia el juzgador no habría llegado a un juicio de responsabilidad fundado en esa supuesta semejanza dado que se trataba de un método carente de valor científico.

6. Falso juicio de existencia por pretermisión de una inspección judicial y algunas comunicaciones oficiales.

Con la inspección efectuada a la Estación de Policía Ciudad Modelo el 31 de julio de 2.002 y los oficios procedentes del C.T.I. y de la Sección de Información y análisis de la Fiscalía se estableció -afirma el libelista- que Jiménez Velásquez no tiene vínculo alguno con la banda denominada “los chicos malos” pues con la primera se constató que la fotografía del acusado no hacía parte de ningún álbum oficial en que se registrare a las personas con trayectoria delincuencia, mientras que con los segundos en ninguna

parte se hace mención a que Jiménez haga parte del componente orgánico de esa banda.

No obstante lo anterior -añade- la sentencia se edificó tácita y expresamente en el entendido de que el enjuiciado era miembro de una organización criminal dedicada a atentar contra el patrimonio económico y por ello alcanzaba mayor fuerza probatoria el testimonio de Silvia Marilú, cuando de haber valorado esos elementos de juicio habría puesto en tela de juicio su militancia en la citada organización y consecuentemente su eventual responsabilidad en los hechos.

7. Falso juicio de existencia por omitir la valoración del testimonio de José Aldemar Navas quien desempeñándose como vigilante del sector donde residía el occiso tuvo la oportunidad de observar a los tres presuntos delincuentes cuando se disponían a abandonar el lugar, pero la descripción de sus rasgos físicos no coincide con los de Jiménez Velásquez pues éste era una persona de gruesa contextura que para la época de los hechos no superaba los 18 años de edad, generándose de ese modo nuevas incertidumbres acerca de la participación del acusado en el ilícito.

8. Falso juicio de existencia por omitir valorar el registro civil de nacimiento de la hijastra del procesado pues con él se demuestra que su fecha de nacimiento fue el 28 de abril de 1.992 y que por ende ese día se encontraba celebrándole el cumpleaños y por lo mismo imposibilitado físicamente para cometer los delitos.

Seguidamente y en lo que denomina estudio integral de las pruebas en que se fundó la sentencia de cara a los yerros denunciados y su relevancia en el contenido de justicia del fallo, asegura el demandante que si se excluye del caudal probatorio el testimonio de Silvia Marilú Erazo y el reconocimiento que la misma hizo, el proceso se edificaría sólo en el indicio de capacidad para delinquir pero éste se halla afectado por un falso juicio de identidad, de modo que únicamente perviven las pruebas de descargo y a ellas debe acudir para evidenciar que el imputado se hallaba geográficamente en un lugar

diferente al de los hechos y que en consecuencia no puede predicarse más que un estado de incertidumbre que hace imperativo el principio del in dubio pro persona.

Solicita por virtud de los errores planteados en vía de la causal primera se case el fallo recurrido y en su lugar se profiera sentencia absolutoria por virtud del principio del in dubio pro reo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

En el mismo orden en que fueron propuestos se pronuncia el Procurador Cuarto Delegado en lo Penal así:

Cargo principal:

Pretendiéndose a través de éste la invalidez de la actuación por la ausencia de asistencia letrada en algunos pasajes que el recurrente señala, es claro para el Ministerio Público que la simple inactividad de los defensores en determinados tramos del proceso o cualquier vacío en su gestión por sí solos no se pueden considerar vulneradores del derecho a la defensa técnica, pues acorde con los principios que rigen la declaratoria de nulidades ella sólo puede producirse en tanto la irregularidad interfiera con las garantías de los intervinientes o desconozca la estructura básica del proceso ya que, al contar el abogado con absoluta discrecionalidad para escoger su estrategia, nada impide que decida abstenerse de contrainterrogar a testigos, o de solicitar pruebas o aún de impugnar decisiones porque cada una de dichas eventualidades depende de las posibilidades que brinde la investigación, más aún cuando el derecho de contradicción no se ejerce únicamente al momento de aducir una prueba, sino también en cualquier otra fase del proceso en que sea posible exponer la pertinente valoración o crítica probatoria.

Por consiguiente -sostiene el Delegado- para que la censura tenga viabilidad es necesario demostrar que el togado abandonó de manera absoluta su encargo de modo que ni

siquiera pueda advertirse como estratégica tanto que de haberse desplegado la determinación adoptada, por lo menos potencialmente, habría sido diversa.

La ausencia de daño trascendente en las irregularidades que por esta senda se denuncian se pone de manifiesto a partir de la misma argumentación del libelista toda vez que los resultados que eventualmente se habrían obtenido fueron considerados y debatidos en el proceso así lo hubieran sido en forma contraria a sus expectativas.

Así, la asistencia que se reclama del defensor de oficio a las declaraciones rendidas por los agentes que realizaron el reconocimiento fotográfico con la testigo de los hechos buscaba obtener claridad acerca de si dicho señalamiento fue producto de presiones ejercidas sobre la declarante y eso fue absolutamente establecido en el proceso al punto que sirvió de fundamento para absolver a Felipe Rodríguez pues fue exclusivamente en su respecto que logró determinarse la coacción.

Interrogar a los testigos de descargo, cuya omisión igualmente se reprocha, tenía por finalidad que ofrecieran su versión acerca de la actividad del acusado el día de los hechos y ese fue precisamente el objeto de su intervención procesal.

El reclamo fundado en las impugnaciones que el censor echa de menos para ensayar otras posibles explicaciones sobre los autores de la conducta olvida que la responsabilidad en materia penal es individual y que ante el señalamiento directo hecho en contra de Jiménez Velásquez cualquier esfuerzo de la defensa encaminado a identificar a otros como partícipes del hecho en nada modificaba la situación de su prohijado.

Tampoco ninguna trascendencia podría tener la supuesta vulneración al debido proceso como base para impugnar la acusación por cuanto el recurso de apelación que se encontraba por definir había sido concedido en el efecto devolutivo de modo que no

suspendía el curso de la actuación.

No encuentra además el Ministerio Público en qué habría radicado la diferencia del fallo de condena si los defensores hubieran solicitado la ampliación de indagatoria del acusado o del testimonio de los miembros de la policía que participaron en el operativo, pues el censor no lo señala así como tampoco lo hace cuando repara en el hecho de que la defensa no se hubiera notificado personalmente del cierre investigativo o de un proveído que negó una reposición, máxime que ese acto era obligatorio sólo en relación con el Ministerio Público y el acusado privado de libertad.

Ocorre lo mismo -afirma el Delegado- cuando se reclama por no haberse impugnado la providencia que negó la práctica de pruebas en el juicio o por no haber asistido a una inspección judicial pues olvida el casacionista que no basta de un lado la mera indicación de la supuesta irregularidad si por el otro no se acredita su trascendencia e injerencia en la decisión censurada y que en ocasiones no es conveniente para la defensa interponer recursos si su objeto es simplemente el de añadir detalles sin ninguna connotación probatoria.

Tampoco el reproche que se hace a la intervención del entonces defensor durante la audiencia pública tiene -en concepto del Ministerio Público- la virtualidad de invalidar la actuación pues no es viable pretender que el actual togado considere que sus antecesores no tenían la capacidad para ejercer su cargo en acuerdo con las circunstancias que planteaba la investigación, o que existían otras posibilidades de argumentación o cuestione lo extenso o corto del discurso en el debate oral, cuando se trata de consideraciones estrictamente personales del recurrente insuficientes para fundar un pronunciamiento de nulidad y cuando el defensor de entonces procuró la absolución del acusado cuestionando precisamente la legalidad de la principal prueba de cargo obrante en las diligencias, posición que en frente a la capacidad demostrativa de los medios que sustentaron la imputación bien puede considerarse como un adecuado ejercicio de la

defensa técnica a favor del justiciable.

Como en las anteriores condiciones no se está en presencia de la alegada nulidad, solicita el Ministerio Público se desestime el cargo.

Cargos subsidiarios:

1. Ilegalidad del reconocimiento fotográfico.

Si bien -sostiene el Delegado- de conformidad con el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal de 1.991 una vez iniciada la instrucción por el ente investigador la Policía Judicial sólo puede actuar en virtud de orden del funcionario encargado del proceso, en este evento la intervención de los uniformados tendiente a perfilar los posibles autores del delito se produjo en los albores de aquella y antes de que la Fiscalía abriera investigación previa en abril 30 de 1.998.

Y aunque desde luego la diligencia de levantamiento y de inspección de cadáver fue realizada por un Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata lo cierto es que la elaboración de los retratos hablados y el reconocimiento fotográfico, tal como se deduce de la declaración de quien lo efectuó, se produjeron en el instante indicado para practicar aquellas pruebas de carácter urgente y cuyo aplazamiento resultaba inconveniente para los fines de la investigación, pues se corría el riesgo de no contar nuevamente con la participación de la testigo como finalmente aconteció.

De modo que -concluye el Delegado- si dicho reconocimiento obedeció al cumplimiento de funciones de policía judicial ejecutadas cuando aún no se había iniciado la instrucción ni la etapa de indagación preliminar, sino en momentos en que se adelantaban las diligencias necesarias y conducentes a establecer lo realmente acontecido, la

censura formulada en los anteriores términos respecto a ese señalamiento en cuanto autónomo no está llamada a prosperar.

Ahora bien, si el falso juicio de legalidad del reconocimiento fotográfico se entiende formulado en la medida en que hace parte del testimonio que ofreció Silvia Marilú Erazo en tanto éste -según denuncia el censor- fue rendido bajo la sugestión y presión ejercida por el agente Armando Collazos, un examen de las diligencias le permite al Delegado afirmar la falsedad de tal aserto toda vez que al rendir su declaración la misma deponente se encarga de informar que no se presentó ninguna insinuación, ni presión indebidas acerca de la persona a quien debía reconocer, situación que fue ratificada por el Cabo de la Policía Rody Ordóñez y que igualmente se infiere de lo declarado por el agente Bayron Muñoz pues de conformidad con sus aseveraciones el señalamiento de Jiménez Velásquez se produjo espontánea e inmediatamente la testigo observó su fotografía, sin que eso se desvirtúe por la indicación que hiciera el agente encargado de la diligencia cuando bien tenía la deponente la libertad de ofrecer su respuesta, como que eso lleva a colegir que la supuesta injerencia no fue incidente en el reconocimiento y por ende se trata de una prueba que reúne las características esenciales para ser catalogada como una expresión de voluntad libre de influencias externas y en consecuencia puede ser objeto de valoración.

2. Falso juicio de identidad respecto de la declaración de Silvia Marilú Erazo Tovar.

Bajo el supuesto de que éste se sustenta en similares motivos a los que fundaron la anterior censura, esto es por la presunta equivocación al señalarse al acusado como uno de los partícipes de los punibles, encuentra el Delegado que en manera alguna se mejora la antitécnica exposición toda vez que no hace relación el casacionista a que la prueba hubiera sido distorsionada en su contenido material, sino a la credibilidad que se le asignó pues reliva las contradicciones que en su sentir presenta el testimonio para concluir que la deponente faltó a la verdad, olvidando así que una tal crítica no

es de recibo en casación a través de la causal invocada.

Lo pretendido por el libelista -en sentir del Ministerio Público- es descalificar dicha versión ante la presencia de la contradicción que alega para de esa forma hacer valer su propio criterio sobre el del fallador, pero sin establecer su incidencia en la sentencia toda vez que no versa sobre lo medular del testimonio y el reconocimiento, ni desvirtúa las circunstancias en que ocurrieron los hechos, ni demerita la responsabilidad del procesado pues se trata sólo de una confusión en el relato que la propia declarante se encargó de corregir y que en nada afecta la valoración global que de ese medio de convicción hicieron los sentenciadores para soportar la condena, más aún cuando las simples inconsistencias no son de por sí determinantes para negar de plano la credibilidad a un testimonio y bien puede el juzgador con orientación en la sana crítica dar crédito a una parte del relato o concluir que en su integridad es verídico sin que sea vea afectado por aquellas.

Este cargo -en concepto del Delegado- tampoco está llamado a prosperar.

3. Falso juicio de identidad en relación con el indicio del perfil delincucional del acusado.

Aunque los juzgadores ciertamente modificaron el sentido exacto y literalidad de los reportes de antecedentes, pues la comunicación del establecimiento carcelario de Cali se refiere al interno de nombre Giovanny Jiménez Jiménez y la del CISAD a un Geovanny Jiménez Velásquez indocumentado, (por manera que no habiendo certeza de que se trate del acá enjuiciado era imposible sobre tal hecho edificar un indicio de responsabilidad), en opinión del Delegado yerra el censor al pretender acreditar la influencia de dicho equívoco en el fallo pues de la lectura de éste se infiere que eso no es más que una simple referencia del Tribunal a una de las razones que pudieron inducir a los miembros de la Policía a guardar fotografías de este personaje en sus archivos, sin que se hubiera constituido esa eventualidad en indicio contra el inculcado como así lo declara la

propia providencia.

Por ende -concluye el Delegado- la intrascendencia del vicio impide la prosperidad del cargo.

4. Falso raciocinio al valorarse la injurada de Yohany de Jesús Jiménez Velásquez.

Catalogada por el juzgador la explicación del acusado acerca de haber participado en la celebración del cumpleaños de su hijastra como un simple argumento encaminado a distorsionar la verdad y desviar la averiguación, encuentra el agente del Ministerio Público acertada la determinación de aquél al desecharla pues, dadas las características de ese acontecimiento y la gravedad de la acusación dirigida en contra del procesado, deben catalogarse como aspectos que de inmediato evocan el recuerdo a través del método de la “reintegración” toda vez que los datos incorporados en las preguntas realizadas en su primera intervención permitían reconstruir los hechos vividos en una fecha que el propio imputado admitió no le era indiferente y que por tanto debe entenderse como suficiente estímulo para rememorarla con precisión si en verdad ejecutó las labores que expuso como disculpa en su segunda intervención.

Cierto es -anota el Delegado- que de modo natural las huellas mnémicas se van borrando con el paso del tiempo, pero también resulta inocultable que si alguien es víctima de graves e injustas acusaciones, éstas se convierten en estímulos que sirven de recordatorio para ofrecer una explicación coherente acerca de las actividades ejecutadas la fecha en que supuestamente participó en actividades delictivas.

No aparece entonces -añade el Ministerio Público- justificado el presunto olvido de la celebración del cumpleaños de ahí que el juicio del Tribunal acerca de que se trata de una simple coartada no contraviene las normas de la sana crítica y por ende el reproche debe ser desestimado.

5. Falso juicio de existencia sobre un dictamen técnico.

Si bien -en concepto del Delegado- no admite discusión alguna el aserto del censor acerca del contenido del dictamen pericial según el cual no es posible cotejar fotografías y retratos hablados con el propósito de establecer semejanzas entre sí, no implica ello que la credibilidad de la testigo de cargo pueda menguarse por el simple hecho de haber facilitado mediante su relato la elaboración de retratos hablados de los presuntos autores de los delitos cuando cada prueba por su autonomía tiene su propio objeto y comporta sus propios resultados.

Es que distinto de la comparación de los retratos hablados con las fotografías es el señalamiento que del acusado hizo la testigo y el relato por ella ofrecido pues independientemente de las diferencias o semejanzas que pudieran establecerse eso no implica que deba desecharse la clara y expresa manifestación de voluntad de la deponente en torno al reconocimiento fotográfico.

Además -sostiene el Delegado- uno es el criterio del perito y otro el del fallador al decidir apoyar su determinación por ejercicio de la libertad probatoria y de la sana crítica en dar crédito a la testigo sobre la base de que el retrato hablado en efecto encuentra correspondencia con la persona finalmente reconocida a través de fotografías, más aún cuando era de esperarse que dentro del contexto circunstancial de los hechos ello sucediera, por manera que corroborar las atestaciones de la testigo por esa vía es un proceso de valoración probatoria que en nada modifica la decisión de condena impugnada.

La propuesta del censor para que se valore el dictamen omitido no tiene más fundamento que el de no otorgarse credibilidad a la testigo de cargo, pero olvida que de acuerdo con la experiencia un mismo hecho narrado por una persona en instantes distintos y que finalmente ofrecen coincidencia, se constituye en circunstancia que debe ser apreciada por el juez en aras de determinar si le otorga credibilidad y con qué alcances, teniendo en

cuenta naturalmente los demás medios que obren en el proceso, de ahí que -según el Delegado- centrado el ataque no en la prueba en sí sino en el grado de convicción otorgado al testimonio que narra el suceso, aspecto que no es susceptible de censura por la vía escogida por el demandante, éste carezca de razón.

6. Falso juicio de existencia por pretermisión de una inspección judicial, de algunas comunicaciones oficiales, del testimonio de José Aldemar Navas y del registro civil de nacimiento de la hijastra del procesado.

En opinión del Ministerio Público las censuras acá planteadas carecen de prosperidad ante las deficiencias técnicas que ostentan pues a pesar de que ellas se formulan por errores de hecho se termina por cuestionar el fallo como si se tratara de una tercera instancia sólo para intentar refutar el proceso intelectual del funcionario, proponiendo el casacionista una nueva valoración según su personal criterio y dirigido todo a cuestionar el grado de credibilidad que se otorgó a los elementos de juicio obrantes en las diligencias.

Pero además -sostiene el Ministerio Público- el examen de la actuación permite concluir que el fallador no omitió el análisis de las pruebas indicadas por el censor pues, aunque no hizo mención expresa de las mismas sí dejó en claro al referirse a los temas resaltados por el recurrente que los medios de convicción examinados le permitían dar por acreditado no sólo la efectividad del señalamiento realizado por la testigo de cargo, sino también el nexo existente entre el enjuiciado y la denominada banda “los chicos malos” así como el hecho de que a pesar de que en la fecha de los acontecimientos cumpliera años su hijastra eso no implicaba otorgarle credibilidad a su disculpa.

Por tanto como los reparos formulados a la sentencia resultan infundados pues la valoración del material probatorio ensayada por el demandante no puede prevalecer sobre la del fallador, máxime cuando éste dentro del racional arbitrio del que se

encuentra investido explicó debidamente su decisión, depreca el Ministerio Público no se case el fallo impugnado.

Solicita sí que ante la ejecutoria de la acusación sucedida en diciembre 31 de 1.999 y el transcurso desde entonces de un lapso superior a cinco años se case oficiosamente la sentencia declarando la prescripción de la acción penal derivada del delito de porte ilegal de armas toda vez que su máximo punitivo es de 4 años de prisión y en consecuencia se cese en su respecto todo procedimiento, adoptándose la consiguiente redosificación punitiva que disminuya la sanción en los 10 meses que se incrementó por razón de la concurrencia de este punible, de modo que la pena definitiva sea de 30 años.

CONSIDERACIONES:

Cargo principal:

La simultánea postulación de diversos motivos de nulidad que obedecen a una distinta naturaleza y cuya incidencia es igualmente distinta no pueden sino introducir confusión - en desmedro de la exigencia de precisión y claridad que debe reunir la demanda de casación- al cargo que por senda de la causal tercera y con atención al principio de prioridad ha formulado el defensor del procesado Yohany de Jesús Jiménez Velásquez.

En efecto, planteándose violación del derecho de defensa en su acepción técnica, pero a la vez denunciándose tanto el abandono de dicha labor en interés del procesado como la vulneración al principio de investigación integral es evidente que tales deficiencias técnicas no pueden sino conducir la censura al fracaso, más aún cuando con absoluta desconexión de la finalidad de la actuación procesal se fundamenta en asertos cuya trascendencia no se acredita.

Así, indiscutible es y según se extracta de la actuación procesal reseñada que el procesado

contó en todo el transcurso de ella con un defensor, bien que él mismo designara ora que le fuera oficiosamente proveído; diferente es que en algunos períodos los profesionales así designados no hayan intervenido activamente a través de las tareas que el ahora casacionista echa de menos, lo cual en verdad -como lo indica el Delegado- no constituye situación que genere la invalidez de lo actuado.

Es que, siendo que el respeto al derecho de defensa, bajo el supuesto constitucional de su permanencia en toda la actividad procesal, sólo es posible determinarlo en cada concreto caso frente a los diversos matices que caractericen su específica dinámica, en eventos como el presente en que la censura se fundamenta en ese respecto en una presunta ausencia de defensa técnica, a pesar de que formalmente siempre actuó un defensor, resulta imperativo distinguir entre el material abandono del deber y la ausencia de manifestaciones externas u objetivas de su actividad en el proceso de cara a una aparente pasividad de quien como tal fungió, en relación con la presentación de solicitudes de diverso orden o de la formulación de recursos, toda vez que el ejercicio de la defensa -dada su razón de ser personal e individual- no puede obedecer a patrones preestablecidos por la normatividad o la experiencia y menos a la concepción que de aquella pueda asumir un tercero (así se trate del propio juzgador), porque siendo el propósito el buscar una decisión en pro de los intereses del sindicado (la que no siempre ha de entenderse como la absolución sino la que objetivamente resulte más benéfica al inculcado), es aquél fin el que impone los medios a utilizar, lo cual ineluctablemente depende de la prueba y de la dinámica que a ésta le impriman el instructor y el fallador.

La falta de defensa técnica por abandono de los deberes deontológicos, no puede identificarse por tanto con la ausencia de actos tales como la interposición de recursos, la presentación de alegatos, la solicitud de pruebas etc..., pues si bien éstas suelen coincidir con aquellas manifestaciones de la actividad defensiva, no constituyen en estricto sentido más que eso, es decir que, como sucede en la mayoría de los casos, son apenas

aparentes expresiones del ejercicio de la defensa, que no siempre es dable confundir con el derecho mismo, ya que éste puede frente a eventos particulares presentarse de distinta manera y específicamente como estrategia defensiva, en modo alguno comparable con aquella inactividad nugatoria de las posibilidades defensivas, en el entendido que en esta última hipótesis sí podría estarse frente a una evidente desatención irresponsable de los compromisos inherentes al defensor.

Porque concerniendo al Estado como titular de la acción penal la carga de la prueba y no obstante que en ese aspecto se faculte la intervención de los sujetos procesales, no menos patente es que éstos mismos también tienen la prerrogativa de guardar silencio y de permitir que la oficiosidad sea la que se active en aras de descubrir los hechos y su autor, bien porque consideren que ello convenga jurídicamente de modo suficiente a los fines propuestos o porque a través de tal actitud puedan beneficiar las eventuales deficiencias investigativas, como es posible que acontezca en aquellos asuntos en que, a pesar del inicial compromiso probatorio, se espera que un cierto medio de convicción no arribe a la actuación, como que así se estructuraría la duda en favor del procesado, táctica que evidentemente no podría calificarse como demostrativa de desidia, omisión o abandono reprobable.

Se impone por ello diferenciar la ausencia de defensa técnica por abandono de la misma, de aquella postura defensiva que advierte la vigilancia del proceso y que no obstante aparentar indiferencia, pasividad o desidia, presta se encuentra a intervenir en el evento en que lo considere necesario, sin que la oportunidad tenga que coincidir con alguna etapa procesal específica, pudiendo incluso permanecer en expectativa hasta la audiencia pública, según la situación procesal y probatoria o que éstas se presenten favorables al inculcado, dentro de las cuales es su expresión más clara la táctica que pretende sustentarse en la duda probatoria.

“Esta distinción -ha dicho la Sala- entre la vigilancia defensiva y el abandono de

la defensa, que claro debe quedar, no se trata de abandono del proceso visto ... cuantitativamente por las manifestaciones escritas que un determinado defensor presente, sino observado como abandono de la defensa, esto es, que valorada en su conjunto la actuación procesal se pueda concluir, sin dubitación alguna, o que la actuación vigilante del desarrollo probatorio del proceso no constituye el supuesto de las finales alegaciones, es decir, que no fue un medio estratégico sino que simplemente se cumplió con un formalismo al aceptar el cargo, pero que nunca existió compromiso defensivo, pues, -como agudamente se ha advertido-, bien puede suceder -y con no poca frecuencia sucede- que el objetivo esté dirigido, porque así se presente la dinámica probatoria, a buscar una absolución fundamentada en el in dubio pro reo, y en estas condiciones, ante las inconsistencias en los medios de convicción allegados al proceso, sea lo pertinente no dinamizarlos para que precisamente por carencia de prueba, pueda en últimas, alegarse la duda, es evidente que en esta clase de casos, el silencio es más que elocuente, siempre y cuando la argumentación oportuna así lo demuestre; pero si ese no ejercicio de la postulación se traduce en una diáfana manifestación de no defender, el desconocimiento de este derecho, así mismo, se impone colegirlo” (Sentencia de 24 de julio de 2.001, radicación No. 11.578).

Pero además de lo anterior no basta la simple comprobación objetiva de la irregularidad para que su existencia apareje la invalidez de lo actuado; en eventos tales se impone determinar si el derecho realmente resultó comprometido por virtud de aquella, toda vez que, en frente del principio de trascendencia que orienta el instituto de las nulidades, éstas se hacen viables sólo en la medida en que el defecto conculque realmente las garantías de los sujetos procesales o desconozca las bases fundamentales de la instrucción, pues sustentada como ha sido la demanda de casación propuesta en la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal y siendo incuestionable la obligación de revestir el pedimento con aquellas exigencias propias a un tal reproche, no basta sin embargo precisar la causal de la que emana el alegado

defecto, es decir si se origina en la falta de competencia de los funcionarios judiciales, o en el desconocimiento de las formas propias del juicio, o en la violación del derecho de defensa, para que de tal manera se pretenda su prosperidad, sino que además de su específica concurrencia se impone demostrar la real afectación de los derechos del enjuiciado o de la estructura básica del proceso, habida consideración que dentro de ese esquema debe relevarse el principio de trascendencia que, en términos del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, implica que “quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento”, pues, la nulidad como remedio procesal no opera por la simple enunciación de un supuesto vicio, ni en interés exclusivo del ordenamiento; sólo en cuanto aquél constituya un error de garantía o uno de estructura, a través del cual se afecten, por el primero, las prerrogativas procesales en perjuicio de los sujetos intervinientes, o, por el segundo, el esquema de la instrucción o el juzgamiento, se hace viable el éxito de un cargo en dicho sentido.

Confrontadas tales premisas con la demanda que se examina es evidente -en primer lugar- que el proceso no contiene elementos de juicio que permitan predicar el abandono de la defensa técnica pues a pesar de los episodios que resalta el casacionista es patente que los profesionales de entonces mantuvieron una actividad de vigilancia en la medida en que se notificaron de providencias y solicitaron la práctica de pruebas de modo que si en otros instantes del proceso se abstuvieron de intervenir activamente no fue porque hubieren dejado éste a la deriva sino porque estratégicamente la pasividad se les planteaba como conveniente.

Ahora bien, examinados los específicos momentos a partir de los cuales se estima por el libelista conculcada la garantía a la defensa técnica fácil es advertir que aquél se limita, desde su propia óptica y en un conveniente análisis a posteriori, según los resultados finalmente adversos a su cliente, a criticar la actividad y los conocimientos de quienes le antecedieron en el ejercicio del mismo encargo. Una tal posición, carente de

contenido jurídico, no puede acarrear el extremo remedio que se demanda, porque indudablemente, dichas apreciaciones que así resultan subjetivas, no comportan lesión alguna a la defensa técnica, pues, como fuere, el procesado, a través de los diversos abogados que contrató o se le designaron de oficio, contó con los servicios profesionales que propendían a amparar sus intereses en este proceso, conservando así la facultad de ejercer las diferentes y concretas actividades en el cumplimiento de esa obligación de medio, sin que la esporádica inactividad de los togados lesione su garantía, en tanto -como lo señala el Delegado- la finalidad de los actos de defensa supuestamente omitidos en últimas se verificó.

En efecto, si la queja es porque el defensor oficiosamente designado no compareció a la recepción del testimonio del agente Rudy Ordóñez, quien intervino junto a sus compañeros Muñoz Ulloa y Collazos Quijano en el reconocimiento fotográfico, en aras de buscar claridad en torno a si ese señalamiento fue producto de presiones ejercidas sobre la testigo de cargo, es evidente que tal situación fue dilucidada no sólo con la declaración de aquel sino también de éstos al punto que aceptadas aquellas en torno a la imputación contra Andrés Felipe Rodríguez Castaño éste fue finalmente absuelto, luego la asistencia que del defensor se echa de menos habría resultado inane, intrascendente.

Que el togado ya contractual se hubiere ausentado de la práctica de los testimonios por él solicitada de aquellos a quienes les constaban las actividades del procesado el día de los sucesos tampoco tiene la relevancia que pretende el censor cuando ciertamente ese y ningún otro fue el objeto de dichas deponencias.

Que el defensor no hubiere impugnado la acusación cuando en concepto del casacionista era posible plantear una violación al debido proceso pues se hallaba pendiente de decisión el recurso de apelación interpuesto por el otro procesado contra proveído que le negó la revocatoria de la medida de aseguramiento, tampoco evidencia lesión alguna a la garantía invocada pues omite el extraordinario recurrente considerar -

como lo relievaba el Ministerio Público- que dicha alzada lo fue en el efecto devolutivo y que por tanto ni se suspendía el cumplimiento de la resolución apelada ni el curso de la actuación procesal.

Mucho menos puede entenderse conculcada la garantía examinada porque ahora el casacionista estime que los defensores de entonces bien habrían podido plantear otras hipótesis que no especifica en torno a la autoría de los hechos, pues es claro que en esas condiciones el cuestionamiento se plantea en frente de posibilidades que además de no concretarse no podían ser respaldadas por elementos de juicio que obraren en el expediente y cuando ciertamente la vinculación de otras personas, dada la individualización de la responsabilidad penal, no habría incidido en la vinculación del sentenciado.

La mera enunciación de notificaciones personales omitidas al defensor o de impugnaciones no propuestas contra ciertas decisiones, no refleja en manera alguna la infracción a la defensa técnica si como se aprecia en la demanda no se acredita la trascendencia de tales supuestas irregularidades, mucho menos cuando las que refiere el libelista no eran entonces obligatorias sino para el Ministerio Público y el procesado privado de libertad o cuando los recursos, dadas las circunstancias del proceso, se presentaban apenas como una alternativa y no como un imperativo a través del cual se hubiere variado favorablemente la situación para el encausado.

Finalmente, la inactividad que se le reprocha a la defensa durante el juicio tampoco exhibe relevancia alguna pues negada la práctica de las pruebas que aquella solicitó, la impugnación de la providencia respectiva no genera una tal infracción pues en ese caso se comprende que la insistencia resultaba inane ante el cúmulo probatorio, como igualmente se ofrecía la intervención en la sesión de audiencia donde se practicó una inspección judicial o la participación oral en su turno, como que este reproche raya en el absurdo por sopesar la defensa y sus bondades sólo por la extensión temporal del

discurso o por su parquedad cotejada con la de los demás sujetos procesales, pues si el perfil de la mejor defensa no implica el ejercicio de habilidades bajo las cuales se pretende ocultar la verdad real que logró establecerse en el proceso, imposible resulta prohiarse los argumentos del censor, como el que compara el número de páginas que comprende el resumen de las alegaciones de la defensa y el Fiscal en la audiencia pública, para deducir ausencia de defensa técnica, el cual es meramente especulativo y carente de utilidad para el proceso.

Por ende, de modo objetivo -y no por la personal apreciación que hace el demandante a posteriori y en frente de unos resultados- resulta imposible predicar una lesión a la defensa técnica que en este asunto se desplegó, por ello el cargo no prospera.

Cargos subsidiarios:

1. Falso juicio de legalidad respecto al reconocimiento fotográfico realizado por la testigo Silvia Marilú Erazo Tovar.

Ocurridos los hechos materia de este juicio aproximadamente a las 8:30 de la mañana del 28 de abril de 1.998, la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía procedió a practicar las primeras diligencias como la inspección de cadáver y la recepción de testimonios principalmente de quienes presenciaron de manera directa los acontecimientos cuando previamente miembros de la Policía Judicial elaboraban en el sitio de los sucesos y con base en el relato especialmente de Silvia Marilú Erazo retratos hablados y practicaban más tarde un reconocimiento fotográfico que allegados al expediente sirvieron con aquellas de fundamento para que el 30 de abril siguiente se abriera una investigación previa la cual, una vez escuchados los testimonios del agente que dirigió la práctica del citado reconocimiento, de la esposa del occiso y nuevamente el de Silvia Marilú Erazo y rendido informe por las autoridades policivas sobre la ocurrencia de los hechos, condujo a que se abriera sumario el 29 de mayo

siguiente.

Siendo claro por tanto que el reconocimiento fotográfico realizado por la Policía Judicial a iniciativa propia se produjo cuando ya la Fiscalía había iniciado la práctica de las primeras diligencias diríase que en principio el cargo por error de derecho, falso juicio de legalidad de aquella actividad resulta acertado en tanto habría sido realizada por quien carecía de competencia propia para hacerla pues, conforme lo dispone el artículo 313 del Decreto 2700 de 1.991, una vez iniciada la instrucción, que bien puede serlo en razón de resolución de preliminares, o de formal investigación penal, la policía judicial sólo podrá actuar por orden del fiscal o del juez, según el caso, y por consiguiente la práctica de diligencias queda restringida para estas autoridades sólo en cuanto se le haya deferido por comisión, de modo que -contrario sensu- carecen de legitimidad para ejecutar por iniciativa propia actividades de instrucción, pues si ya se han asumido por el ente instructor las correspondientes indagaciones, cualquier diligencia solo es factible mediando la orden y dirección de las autoridades indicadas en el artículo 320 ídem.

En este asunto, practicados como fueron los retratos hablados en el lugar mismo de los hechos, aún antes de que la Fiscalía arribara a inspeccionar el cadáver y el reconocimiento fotográfico más tarde pero en todo caso cuando ya la URI había comenzado su labor, tendríase que éste es en efecto ilegal porque no fue verificado por orden o dirección del ente investigador que ya se había hecho presente, así aún no se hubiera abierto formalmente investigación previa y mucho menos sumario, pues lo que interesa en tales eventos es que ya la Fiscalía había asumido la dirección de las pesquisas y en consecuencia eso inhibía a la Policía Judicial a actuar por cuenta propia por más urgentes que fueren catalogadas las diligencias de que se tratase, de modo que -contrario a lo sostenido por el Ministerio Público- no se trataba de actividades de verificación en aras de judicializar un caso que ya lo estaba.

No indica lo anterior que la censura tenga visos de prosperidad pues a más del supuesto

fáctico objetivo que la sustenta es sabido que en punto de la causal primera de casación, específicamente en lo que respecta a la violación indirecta de la ley sustancial bien por errores de hecho o de derecho, es imperativo para el libelista desquiciar la totalidad de fundamentos en que se ha sustentado el fallo, con miras a obtener, como se pretende en este caso, una decisión diametralmente opuesta a la adoptada en la sentencia, que lo sería de absolución.

En ese orden, más allá de establecerse por esta censura la inidoneidad de tal elemento de persuasión el reproche no acredita su real incidencia en la medida en que, a pesar del ataque que de modo independiente se hace a otros medios de convicción, no logra de todas maneras y como se verá del análisis de los demás reproches desvirtuar aquellos que concurrieron quizá en mejor grado a determinar la participación de Jiménez Velásquez en los hechos objeto de acusación.

Desde luego que la intrascendencia de la irregularidad denunciada genera consecuencias negativas frente a las pretensiones del casacionista toda vez que en esas condiciones la sentencia impugnada se mantiene incólume, pues además, conforme se verá, concurren otros elementos de convicción que sustentan, aún en ausencia del reconocimiento practicado por la Policía Judicial, la responsabilidad del procesado, ya que si tal medio en tanto lo cataloga el censor como autónomo puede merecer el reproche que se le hace, permanecen incólumes las versiones juradas por medio de las cuales, sin duda alguna, los testigos de los hechos indicaron a Jiménez Velásquez como partícipe en los delitos.

Ahora bien, cuestiona igualmente el censor la legalidad del reconocimiento fotográfico en tanto parte integrante del testimonio rendido por Silvia Marilú Erazo habida consideración que en su concepto aquél fue fruto de la sugestión, la inducción o la presión a que la sometieron los miembros de la policía judicial, pero en tal caso el planteamiento no resulta acertado por la senda del error de derecho postulado pues es

evidente que la espontaneidad reclamada por el censor no es elemento que haga parte de las formas a través de las cuales se aduce, aporta o practica una prueba, sino de aquellos que hacen referencia a la valoración misma del medio como que en esas condiciones tienen que ver con la ciencia del testigo, las circunstancias en que se apreciaron los sucesos y las que rodearon el ofrecimiento de la declaración.

Por ende el reproche tiene que ver realmente con la credibilidad que el juzgador le asignó a ese reconocimiento a pesar de la supuesta ausencia de espontaneidad en el relato y ello ciertamente no es posible formular por la senda del error de derecho.

Con todo, es también patente que el supuesto que subyace a la inconformidad del censor no existe pues a pesar de las denuncias de éste es lo cierto que la propia testigo supuestamente inducida o presionada no sólo niega estas circunstancias sino que ante el funcionario judicial ratifica su aserto de manera libre y espontánea, como que en su declaración vertida ante el correspondiente fiscal y dentro de la investigación previa afirma nuevamente que las personas de las fotografías fueron partícipes de los delitos, con lo que así termina ratificando lo que señalaran los agentes Muñoz y Ordóñez.

2. Falso juicio de identidad respecto al testimonio de Silvia Marilú Erazo Tovar.

Si el error de hecho que ahora se postula lo comete el fallador cuando distorsiona o tergiversa el contenido material u objetivo de un medio de convicción para ponerlo a decir lo que no expresa o negar lo que afirma, es incuestionable que el reproche formulado en relación con el testimonio de Silvia Marilú Erazo no corresponde a unas tales premisas habida cuenta que se hace consistir en la eliminación de una contradicción que al interior del mismo medio habría encontrado el juzgador.

En efecto, aunque en principio la testigo afirmó que dentro de los tres asaltantes había uno gordito en pantalón corto verde y tenis que quedó en la planta baja en la sala de espera y quien fuera finalmente el que la tomó del brazo para exigirle la entrega de los

bienes, mientras que los otros dos, el supuesto enfermo y el trigüeño delgado entraron al consultorio, también afirma confusa y contradictoriamente que aquél gordito era el mismo que se hizo pasar por enfermo, con lo cual entró ciertamente en contradicción que el juzgador excluyó al encontrar que la misma deponente aclaró tal inconsistencia al reiterar que en efecto el gordito era el supuesto necesitado de atención médica a quien además había visto el día anterior y por tales razones le resultaba, como finalmente le resultó, fácil de identificar.

No existe en consecuencia ninguna distorsión del testimonio, la exclusión de esa inconsistencia como labor propia del juzgador dentro de su función valorativa del conjunto probatorio no corresponde a esa noción, pues eliminada esa contradicción fácil es entender entonces que el sentenciador se atuvo al contenido material del medio de convicción teniendo por cierto y coherente el testimonio en todo aquello que señalaba sin confusión al acusado como partícipe de los acontecimientos.

El reproche queda así planteado -como también lo comprende el Ministerio Público- en términos simplemente de credibilidad pues mientras el fallador acepta la versión de la testigo en tanto compromete a Jiménez Velásquez independientemente de la confusión que la propia deponente finalmente aclaró, para el censor esa contradicción le restaba mérito y obligaba a que dicha declaración fuera desechada. Semejante forma de discurrir no evidencia ningún error trascendente en esta sede.

3. Falso juicio de identidad en relación con el indicio del perfil delincucional del procesado.

Aunque en efecto los documentos que informan el supuesto prontuario delincucional del procesado no hacen con certeza relación a éste pues el oficio originado en la Cárcel de Cali menciona a un Giovanni Jiménez Jiménez y el del CISAD a un Geovanny Jiménez Velásquez indocumentado, es lo cierto que el pretendido yerro denunciado en relación con la prueba indiciaria además de que no se ha sujetado a las condiciones técnicas para

su formulación pues en las escuetas afirmaciones del censor no se precisa si el vicio lo fue en el hecho indicador y su prueba o en la inferencia del juzgador, o en el nexo de aquél y ésta, se omite señalar su trascendencia en el fallo sencillamente porque carece de la misma.

Es que a pesar de que con fundamento en tales medios probatorios el juzgador infirió el antecedente comportamiento social del acusado a la vez que se valió de ellos para explicar como una razón más el hecho de que las autoridades policivas conservaran fotografías del procesado, es evidente que en parte alguna el demandante indica de qué manera por la corrección postulada variaría la declaración de responsabilidad hecha por el sentenciador. Por el contrario, el simple ejercicio de eliminar la argumentación referida al indicio en nada desvirtúa esa decisión ni las demás pruebas que le sirvieron de fundamento, especialmente el testimonio de Silvia Marilú Erazo.

4. Falso raciocinio en la valoración de la indagatoria rendida por Yohany de Jesús Jiménez.

No obstante que en apariencia el ataque que por esta vía se plantea se ceñiría a las condiciones técnicas como que por un falso raciocinio se alega la violación de las reglas de la sana crítica en tanto se habría desconocido un postulado científico que el censor denomina “teoría del decaimiento” según el cual los recuerdos se debilitan durante el intervalo de su retención por el paso mismo del tiempo y su evocación ligada a la asociación y afectividad, es lo cierto que el fondo del reproche revela simplemente una divergencia en el crédito que se le asignó a la versión del procesado, pues mientras para el juzgador no resulta creíble que el acusado hubiere permanecido todo el día 28 de abril celebrando el cumpleaños de su hijastra, para el censor tal aserto no se ha desvirtuado.

Sin embargo, de manera sesgada el casacionista funda el reparo simplemente en una de las diversas circunstancias que el sentenciador tuvo en cuenta para no asignar

credibilidad a esa versión así como a las de los declarantes que a favor del encausado depusieron haciendo saber que en efecto se hallaba en aquella actividad y no en las ilícitas que se le imputan, cuando ciertamente en su labor de ponderación tuvo por desvirtuada esa explicación a partir de las serias y fundadas acusaciones que le hizo la testigo Silvia Erazo.

En esa medida el falso raciocinio que se alega resulta intrascendente pues aunque se excluyera esa consideración referida a la coartada es patente que la conclusión acerca de la carencia de credibilidad de ésta permanecería con sustento en otras y aún más poderosas razones.

A más de lo anterior los mismos elementos de asociación y afectividad a que hace relación el censor permiten una prédica contraria a la planteada por él toda vez que si bien es cierto el tiempo afecta la remembranza de los hechos vividos, la asociación y la afectividad o método de la reintegración de que habla el Ministerio Público son potencialmente suficientes para evocar fielmente los recuerdos. Así, aunque hayan pasado más de 17 meses entre la fecha de los hechos y aquella en que se escuchó por vez primera al sindicado Jiménez Velásquez, es obvio que la fecha del 28 de abril le resultaba importante porque se trataba del cumpleaños de su hijastra y de cuya celebración había participado, luego una pregunta en tal sentido asociada con ese ser querido era suficiente estímulo para establecer qué actividad tan importante había realizado ese día.

5. Falso juicio de existencia por pretermisión de un dictamen técnico.

Solicitado un cotejo que permitiera determinar si existía correspondencia entre los retratos hablados que se elaboraron con base en el relato de Silvia Marilú Erazo y las fotografías que del procesado obran en el expediente, el técnico judicial a quien se encomendó tal misión advirtió que por disposición de la División Nacional de Criminalística no se debía realizar la confrontación deprecada porque la técnica del retrato hablado no conduce a la

identificación plena del individuo y sólo constituye una guía para una futura individualización en la que deben conjugarse otras pruebas, pero sí se permitía establecer semejanzas o diferencias en los rasgos faciales.

Como el sentenciador en su función de apreciación probatoria y en aras de exponer las diversas razones por las cuales daba crédito a la testigo Silvia Marilú Erazo confrontara aquellos elementos de convicción (retrato hablado y fotografía) y encontrara por virtud de dicho ejercicio alguna semejanza entre los mismos, entendió el censor que en esas condiciones se omitía el criterio pericial de acuerdo con el cual esa comparación era imposible.

Frente a esas premisas un primer examen del cargo permite nuevamente relieves que el fondo del reproche se dirige a cuestionar el mérito que le asignó el fallador al testimonio de Silvia Erazo, con lo cual se vuelve a postular un vicio carente de trascendencia porque - como ya se ha reiterado- diversos son los motivos que el juzgador expuso para creerle plenamente a dicha testigo y no al procesado y a los declarantes que favorecían su coartada, por manera que excluidas esas semejanzas que el fallador encontró entre el retrato hablado y la fotografía es evidente que el mérito probatorio se mantiene y por ende el sustento principal a que acudió la declaración de condena.

Con todo, una lectura del dictamen que se dice omitido desvirtúa sustancialmente el reproche pues si bien se advierte la imposibilidad de realizar el cotejo solicitado, debe entenderse que lo es en tanto se pretenda establecer la exacta correspondencia entre el retrato hablado y la foto respectivas, lo cual apenas resulta obvio frente a la técnica de aquél y a la relatividad de los rasgos tanto de quien los suministra como de quien los dibuja, comparada con la fidelidad que del sujeto pueda ofrecer una fotografía.

Lo anterior no impide, como lo señala el propio dictamen y a lo cual el censor omitió cualquier referencia, que se señalen algunas semejanzas o diferencias, pues “en los

cotejos solicitados se hará únicamente una descripción morfológica detallada y se establecerá semejanza o diferencias en los rasgos faciales” y a ello fue precisamente que se ciñó el juicio del fallador pues encontró que el retrato hablado se parecía -no que correspondía- al sujeto de la fotografía y a partir del establecimiento de tal similitud encontró una razón más para creerle a la testigo de cargo.

6. Formula finalmente el censor sendos falsos juicios de existencia porque supuestamente el juzgador omitió valorar una inspección judicial, algunas comunicaciones oficiales, el testimonio de José Aldemar Navas y el registro civil de nacimiento de la hijastra del procesado los cuales -como lo propone el Delegado- se examinarán conjuntamente por tener ellos la misma finalidad y adolecer de similares falencias que impiden su prosperidad.

La primera de las citadas diligencias permitió establecer que la fotografía del procesado obrante en el proceso y con base en la cual se efectuó el reconocimiento practicado en su oportunidad por las autoridades de policía judicial no hacía parte de ningún álbum delincuencial con que cuenta la SIJIN; el informe del Cuerpo Técnico de Investigación de mayo 22 de 1.997 acerca de la conformación de la denominada banda de los “chicos malos”, por su parte, permite afirmar que el acusado no era integrante para esa fecha de la misma; el oficio de septiembre 30 de 1.999 determinó que en las once Fiscalías de la Unidad de Vida no se tenía anotación alguna que hiciera referencia a la citada banda; José Aldemar Navas vigilante en el sector donde residía el occiso informa haber observado a los tres asaltantes cuando abandonaban la morada afectada y se disponían a tomar el vehículo que los esperaba pero la descripción que de aquellos suministra no concuerda con las del procesado y finalmente el registro civil de nacimiento de la hijastra del acusado determina que en efecto la fecha de nacimiento de ésta fue el 28 de abril de 1.992.

La determinación de los hechos antes referidos a través de dichas pruebas cuya

omisión se denuncia, antes que evidenciar los errores alegados ponen de relieve una vez más la pretensión del casacionista en anteponer su personal criterio valorativo al del juzgador, pues aquellos no plantean ninguna incidencia diferente que la credibilidad dada al testimonio de Silvia Marilú Erazo y negada a la versión del procesado y los declarantes que le apoyaron su disculpa o coartada.

Así, la descripción que se invoca con base en el testimonio de Aldemar Navas o la fecha de nacimiento que se precisa en el registro civil, no tienen propósito diferente que el de desvirtuar algunas razones en que el fallador sustentó la credibilidad asignada a la testigo y en esa medida, así como el establecer que para 1.997 no pertenecía el acusado a la citada banda o que de ésta no se tenía noticia en las Fiscalías de una Unidad, o que su fotografía no hacía parte de álbumes delincuenciales, carecen de trascendencia cuando finalmente y como ha quedado visto la sentencia se sustentó de modo principal en la declaración de Silvia Marilú, cuyo desquiciamiento tampoco logró el demandante.

La improsperidad de estos reparos se hace más evidente si en cuenta se tiene que los hechos que los sustentan no tienen los efectos que pretende el casacionista pues de la no inclusión de la foto en álbumes oficiales, de un informe de 1.997 cuando los sucesos delictivos ocurrieron en 1.998, o de la limitada información de una Unidad de Fiscalías no se puede inferir a ciencia cierta que el procesado no pertenecía a la referida banda.

La credibilidad por otra parte que se le asignó a la citada testigo y a la descripción que hizo de los asaltantes contrasta con la que consecuentemente se le denegó a la realizada por el vigilante, lo cual indica que la prueba sí fue valorada aunque no se le mencionara expresamente, como sucedió con la fecha de nacimiento de la hijastra pues es evidente que el juzgador, sin que fuera necesario mencionar específicamente el registro civil, sí se refirió a ella para afirmar que no creía que el procesado hubiera estado todo el día 28 de abril celebrando el cumpleaños de la menor.

Como en las anteriores condiciones ninguno de los cargos propuestos tiene éxito, la sentencia recurrida -y así lo demanda el Ministerio Público- no será casada.

Prescripción:

Proferida acusación en contra de Jiménez Velásquez el 13 de diciembre de 1.999 por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de defensa personal y transcurrido desde la ejecutoria de aquella, lo que se verificó el 31 de diciembre de dicha anualidad, un lapso superior a cinco años significa que en efecto ha operado el fenómeno prescriptivo de la acción penal derivada del último punible citado habida cuenta que siendo su máximo punitivo de 4 años de prisión la extinción en la etapa de juicio se produce por el paso de aquél término.

Mas como quiera que tal fenómeno no se configuró antes de que se profiriera el fallo de segunda instancia, sino hallándose en trámite el recurso extraordinario y en momentos en que se surtía el traslado para que se rindiera concepto por el Ministerio Público, la decisión no puede ser la que éste demanda relacionada con que se case oficiosa y parcialmente la sentencia impugnada pues -como lo tiene dicho la Sala- "cuando la prescripción de la acción penal ocurre durante la etapa sumarial o en el período de la causa, de todas maneras, antes de proferirse la sentencia de segunda instancia, recurrida ésta en casación y admitida la respectiva demanda por cumplir con los requisitos formales señalados en la ley ... lo procedente es casarla, aún de oficio, si, como en este caso, no fue objeto de específica acusación, pues resulta incuestionable que fue dictada respecto de una acción, que por el fenómeno prescriptivo aludido, ya no podía proseguirse. La presunción de legalidad que ampara los fallos de instancia, se quiebra ante la vulneración del debido proceso, dado que no pueden culminar las instancias mediante decisiones que jurídicamente no pueden proferirse y, como quiera que, por la calificación y admisión de la demanda se ha iniciado el debido proceso de la casación, éste debe culminar en sentencia que le ponga fin.

“Situación distinta se presenta cuando la prescripción de la acción es sobreviniente a la sentencia del ad quem, caso en el cual, a la sentencia de segunda instancia no se le puede atribuir ilegalidad alguna, pues el Estado conservaba incólume su facultad punitiva para dictarla, por consiguiente, en dicha situación, lo indicado es

acudir a la cesación de procedimiento”. (Casación de 24 de octubre de 2003, Radicación No. 17.466).

Por ende se decretará la cesación de todo procedimiento por dicho ilícito y consecuentemente se restará de la pena el incremento que el juzgador hizo en cuantía de diez meses por su concurrencia, de modo que la sanción privativa de libertad quedará finalmente en 30 años de prisión.

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

RESUELVE:

1. Desestimar la demanda de casación formulada en nombre del procesado YOHANY DE JESÚS JIMÉNEZ VELÁSQUEZ.
2. Declarar prescrita la acción penal adelantada en contra de YOHANY DE JESÚS JIMÉNEZ VELÁSQUEZ por el delito de porte ilegal de armas de defensa personal y en consecuencia cesar todo procedimiento que respecto a dicha conducta se adelante.
3. Por consiguiente READECUAR la pena impuesta a YOHANY DE JESÚS JIMÉNEZ VELÁSQUEZ fijándola en treinta años de prisión por los punibles de homicidio agravado y hurto calificado y agravado materia de acusación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS YESID RAMÍREZ
BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER ZAPATA ORTIZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria