

Proceso No 23980

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 158

Bogotá D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007)

VISTOS

Mediante sentencia del 30 de octubre de 2003, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá condenó a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR como autora intelectual y a JULIO GALINDO TORRES como autor material, del delito de homicidio, a la pena principal de catorce (14) años de prisión cada uno, a interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, a indemnizar en forma solidaria los perjuicios causados con la infracción; y les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Como hubo ruptura de la unidad procesal, dicho Juzgado, con sentencia del 9 de diciembre de 2003, absolvió a DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, quien había sido acusado por el mismo delito.

Al desatar la impugnación interpuesta por el Fiscal instructor, el apoderado de la parte civil y el defensor de la procesada, en fallo unificado del 28 de junio de 2004, el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la condena contra MARÍA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y

JULIO GALINDO TORRES; revocó la absolución y en su lugar condenó a DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN en calidad de cómplice de homicidio, a la pena de diez (10) años de prisión, a inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término, sufragar la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales por concepto de indemnización de perjuicios; y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En esta oportunidad la Sala resuelve de fondo sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de cada implicado.

HECHOS

En vigencia de su relación de pareja, Miller Bastidas Tafur y Ortencia (sic) Aguilar procrearon una niña y un niño, llamados Ikier Oliv y Kenny Carolina Bastidas Aguilar.

Entre los progenitores surgieron problemas, de modo que, cuando los menores tenían aproximadamente 2 y 3 años de edad, en 1978, fueron llevados a vivir con su tía MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, quien los acogió en su familia y contribuyó a su crianza durante varios años.

Alcanzada la edad adulta, Kenny Carolina Bastidas Aguilar se casó con un ciudadano italiano y se radicó en Milán. Entre tanto, su hermano Ikier Oliv continuó el curso de la vida desempeñando diversas actividades e hizo vida marital con Yolanda Gómez Cárdenas, en la ciudad de Bogotá.

En el año 2000, Kenny Carolina Bastidas Aguilar, que había logrado una buena posición económica, decidió comprar una casa en esta capital, de una parte, para que ahí viviera su hermano Ikier Oliv con su compañera; y de otra, para tener un lugar dónde llegar cuando ella viniera a Colombia.

Para el efecto, Kenny Carolina solicitó a su tía MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, abogada de profesión, que le ayudara con las diligencias de búsqueda y adquisición del inmueble.

Así se acordó y Kenny Carolina giró la suma de \$ 230.000.000; de los cuales \$ 210.000.000 se destinaron a la compra y los restantes \$ 20.000.000, para gastos del negocio y mejoras locativas.

Entonces, en septiembre de 2000, Kenny Carolina compró la casa ubicada en la calle 137 No. 19-26, barrio Lisboa de Bogotá, ocurriendo que, coincidentalmente, para la misma época su tía MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR atravesaba por una grave crisis económica.

Sin consultar con Kenny Carolina -la dueña del inmueble- la señora MARTHA ASCENSIÓN decidió unilateralmente mudarse para la nueva casa con sus tres hijos; y como estaba previsto, Ikier Oliv Bastidas Aguilar se pasó a la misma residencia con su compañera Yolanda Gómez Cárdenas.

Enterada Kenny Carolina de lo que había hecho su tía, le permitió quedarse en la casa por un tiempo, mientras salía de su mala racha. Sin embargo, no conforme con ello, en MARTHA ASCENSIÓN surgió la idea de quedarse con el inmueble, para lo cual contaba con el apoyo de su ex esposo, el también abogado, DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN.

Las actitudes de MARTHA ASCENSIÓN y su familia generaron pluralidad de conflictos, enfrentamientos verbales y físicos contra Ikier Oliv Bastidas Aguilar y su compañera Yolanda Gómez Cárdenas; y varios escándalos, inclusive con la intervención de la Policía Nacional.

Entre los pretextos para quedarse con la casa, MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR dijo que había invertido mucho dinero en la crianza de sus sobrinos Ikier Oliv y Kenny

Carolina, razón por la cual aquella exigió la suma de \$ 150.000.000 como condición para devolver el inmueble.

Con el apoyo de abogados, Kenny Carolina Bastidas instauró un proceso policivo, con el fin de recuperar la casa, y obtuvo decisión favorable en primera instancia.

No obstante, DAVID ENCISO BAÍN impugnó y consiguió que el Consejo Superior de Justicia de Bogotá declarara que MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR también era moradora legítima de la misma casa.

Esa decisión afianzó las pretensiones de MARTHA ASCENSIÓN, al extremo que, también en forma unilateral, llevó a dos o tres personas a habitar el inmueble, lo cual generó en la práctica la reiteración de los enfrentamientos con Ikier Oliv y su compañera, quienes a la postre tuvieron que abandonar la casa y radicarse temporalmente en un hotel.

Los problemas tomaron tal dimensión, que inclusive un hijo de MARTHA ASCENSIÓN, llamado Ronald Davidoff Enciso Bastidas, contrató a JULIO GALINDO para que protegiera a su señora madre y a su hermana Dorothy Carolina Enciso Bastidas, “de las posibles agresiones de que puedan ser víctimas”, por parte de su pariente Ikier Oliv Bastidas Aguilar.

Fue así como, aparentando que se trataba de un artesano que iba en calidad de arrendatario, MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR llevó a la casa a JULIO GALINDO TORRES, quien se enfrentó varias veces de palabra y físicamente con Ikier Oliv Bastidas Aguilar, aún delante de algunas unidades de policía, que debieron acudir ante otro escándalo más que propiciaron, porque JULIO puso pasador en la puerta y con ello obstaculizó el ingreso de Ikier Oliv.

Como Ikier Oliv Bastidas Aguilar y su compañera Yolanda Gómez Cárdenas se habían marchado temporalmente para un hotel, tenían que regresar a la casa por ropa para

cambiarse. Así lo hicieron en la mañana del jueves 20 de diciembre de 2001. Al llegar, aproximadamente a las 10:30, observaron que JULIO GALINDO TORRES dialogaba fuera del inmueble con DAVID ENCISO BAÍN. Éste se fue en su camioneta y JULIO entró a la casa y aseguró la puerta con el pasador.

Por esa razón, Ikier Oliv y Yolanda no pudieron ingresar, hasta que salió JULIO GALINDO TORRES y les abrió la puerta.

De inmediato se formó un nuevo problema; en medio de la discusión, ya en el segundo piso, JULIO se hizo a un machete y arremetió contra Ikier Oliv, a quien Yolanda le pasó un palo para que se defendiera. Yolanda se dirigió a su alcoba para llamar por teléfono celular, y en ese momento JULIO disparó con un revólver contra Ikier Oliv; lo hirió en la región torácica, causándole lesiones de tal gravedad, que perdió la vida en el mismo lugar antes que alcanzara a ser auxiliado.¹

JULIO GALINDO TORRES huyó en una bicicleta y al parecer se refugió inicialmente en la casa de DAVID ENCISO BAÍN, ubicada a pocas cuadras. Luego, se marchó con rumbo desconocido y no se volvió a tener noticia de él.

Por los anteriores acontecimientos, la Fiscalía instructora vinculó a la investigación a la abogada MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, a su ex esposo, el también abogado, DAVID ENCISO BAÍN y al ciudadano JULIO GALINDO TORRES.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con base en la información obtenida al practicar la inspección del cadáver de Ikier Oliv Bastidas Aguilar, en especial la declaración rendida por Yolanda Gómez Cárdenas (su compañera permanente), el 20 de diciembre de 2001, la Fiscalía 305 Seccional de Bogotá abrió investigación y dispuso vincular a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR (tía del occiso) y a JULIO GALINDO TORRES; toda vez que, según se conoció, el

homicidio fue cometido por éste, “siguiendo instrucciones de aquella”, porque la implicada pretendía apoderarse de una casa de propiedad de Kenny Carolina Bastidas Aguilar, ciudadana colombiana residente en Milán (Italia), quien había comprado el inmueble para que ahí viviera su hermano Ikier Oliv. (Folio 16 cdno. 1)

2. En su indagatoria, MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR (abogada de profesión), explicó que durante algunos años se hizo cargo de la crianza de su sobrino Ikier Oliv; con quien, luego tuvieron muchos problemas, porque era grosero y agresivo; por lo cual le pidió a JULIO GALINDO que cuidara la casa y estuviera pendiente de ella y de su hija; y negó haber inducido o propiciado el homicidio de aquél. (Folio 20 cdno. 1)

Al definir su situación jurídica, con resolución del 25 de diciembre de 2001, la Fiscalía Quinta Seccional de Bogotá, se abstuvo de afectarla con medida de aseguramiento. (Folio 89 cdno. 1)

3. Se recaudó luego el testimonio de Kenny Carolina Bastidas Aguilar (hermana de la víctima), radicada en Milán -Italia-. Dijo que en septiembre de 2000, compró la casa ubicada en la calle 137 No. 19-26, para que viviera su consanguíneo Ikier Oliv y tener ella donde llegar, efecto para el cual giró \$ 230.000.000 a la cuenta de su tía MARTHA ASCENSIÓN, quien se ofreció a ayudarle en la adquisición del inmueble.

Agregó que, luego su tía MARTHA ASCENSIÓN se apoderó de la casa y empezó a ser hostil con Ikier Oliv y la compañera de él; y que incluso pretendía que le diera \$ 150.000.000, a cambio de desocupar la casa, dinero que le era cobrado por haber ayudado a la crianza de ellos, durante casi diez años.

Que al enterarse de esa situación, ella -Kenny Carolina- vino a Colombia y contrató los servicios de dos abogados para que la ayudaran a recuperar el inmueble, pero como MARTHA ASCENSIÓN había comprado la casa a través de un poder, entonces obtuvo una decisión jurídica favorable; y prevalida de eso permitió que tres hombres ingresara a vivir

en la casa con el fin de que sacaran a Ikier Oliv, con quien ella -Kenny Carolina- dialogaba por teléfono y la mantenía enterada de la situación.

Y la declarante -Kenny Carolina- aseguró que MARTHA ASCENSIÓN amenazaba con “desparecer” a Ikier Oliv, quien finalmente fue asesinado. (Folio 107 cdno. 1)

4. El padre y la compañera permanente de Ikier Oliv Bastidas Aguilar se constituyeron en parte civil, a través de apoderado, y fueron admitidos en tal condición, con resolución del 28 de diciembre de 2001. (Folio 146 cdno. 1)

5. Como el implicado JULIO GALINDO TORRES se marchó a lugar desconocido desde el día del crimen y no se logró su captura, fue vinculado como persona ausente, según resolución del 8 de mayo de 2002, y se le designó como defensora de oficio a la abogada Ana Margarita Durán Ruiz, quien se notificó en forma personal. (Folios 116 y 122 cdno. 2)

6. Recaudada la prueba necesaria, pero sin haber resuelto la situación jurídica de JULIO GALINDO TORRES, se declaró cerrada la investigación, el 17 de septiembre de 2002, respecto de él y de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR. (Folio 252 cdno. 2)

La defensora de oficio de GALINDO BASTIDAS no compareció, por lo cual su notificación se llevó a cabo por estado; y no presentó alegatos de conclusión.

7. Al calificar el mérito del sumario, con resolución del 29 de enero de 2003, la Fiscalía Quinta Seccional de Bogotá impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin excarcelación a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, como autora intelectual, y a JULIO GALINDO TORRES como autor material, del ilícito de homicidio agravado por el parentesco; y profirió resolución acusatoria contra dichos implicados por el mismo delito y en la mencionada calidad. (Folio 30 cdno. 3)

En esta misma oportunidad, la Fiscalía instructora decidió vincular a la investigación a

DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, esposo de la implicada, y expidió en su contra orden de captura. Este hecho dio origen a la ruptura de la unidad procesal.

8. La procesada MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR fue capturada el 30 de enero de 2003 y desde entonces permanece privada de la libertad en la Cárcel de Mujeres de Bogotá, El Buen Pastor. (Folios 87 y 91 cdno. 3)

9. La abogada de confianza de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR interpuso el recurso de apelación contra la resolución acusatoria, pero ésta fue confirmada por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Bogotá, con proveído del 22 de abril de 2003, tras encontrar razonable la conclusión según la cual JULIO GALINDO TORRES fue contratado por la procesada para enfrentar y dar muerte a Ikier Oliv Bastidas Aguilar. (Folio 67 cdno. 2ª instancia Fiscalía)

10. Entre tanto, en la investigación separada, el 4 de febrero de 2003 rindió indagatoria DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN (abogado de profesión y ex esposo de la coprocesada); el 7 de febrero del mismo año se definió su situación jurídica, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin excarcelación, como “coautor intelectual” del homicidio agravado de Ikier Oliv Bastidas Aguilar; y el 30 de mayo de 2003 fue acusado por el mencionado ilícito. (Folio 334 cdno. Tribunal)

11. Dos causas fueron adelantadas por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, que culminaron así:

Con sentencia del 30 de octubre de 2003, condenó a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y a JULIO GALINDO TORRES, como autora intelectual con dolo eventual y autor material, respectivamente, del delito de homicidio simple, a la pena principal de catorce (14) años de prisión cada uno, y adoptó las otras determinaciones indicadas en la parte inicial de esta providencia. (Folio 166 cdno. 4)

Con sentencia del 9 de diciembre de 2003, absolvió a DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, del ilícito de homicidio que se le endilgaba. (Folio 10 cdno. Tribunal)

12. El Fiscal instructor, el apoderado de la parte civil y el defensor de los condenados en primera instancia interpusieron el recurso de apelación; y al resolver las alzadas, en un solo fallo, por economía procesal, con fecha 28 de junio de 2004, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la condena contra MARÍA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y JULIO GALINDO TORRES; y revocó la absolución y en su lugar condenó a DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN como cómplice de homicidio simple, a la pena de diez (10) años de prisión, y le impuso las otras sanciones reseñadas en la parte inicial. (Folio 97 cdno. Tribunal)

13. El 9 de agosto de 2004, en la ciudad de Ibagué, se materializó la captura de JULIO GALINDO TORRES, quien permanece recluso en la Cárcel de Calarcá (Quindío). (Folio 170 cdno. Tribunal)

14. En esta oportunidad la Sala resuelve de fondo sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los implicados.

LAS DEMANDAS

En forma separada, el defensor de cada uno de los tres implicados allegó el libelo sustentatorio del recurso extraordinario.

I. DEMANDA PRESENTADA A NOMBRE DE JULIO GALINDO TORRES, condenado como autor material de homicidio simple

Dos censuras propone el defensor de GALINDO TORRES contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá. Uno, por nulidad, con arreglo a la causal prevista en el numeral 3° del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000; y el otro, por violación indirecta

de la ley sustancial, debido a errores de hecho en la apreciación probatoria, invocando la causal primera ibídem.

1.1 PRIMER CARGO: Nulidad por violación del derecho a la defensa

Luego de disertar sobre la naturaleza constitucional del derecho a la defensa y de hacer una reseña detallada de la actuación procesal, el censor centra su inconformidad en la actitud de indiferencia asumida por la defensora de oficio asignada a GALINDO TORRES, la que se verifica en su completa inactividad y ausencia. Aduce que en beneficio del procesado no se solicitaron pruebas, en especial una inspección con reconstrucción de los hechos; tampoco hubo posibilidad de controversia; y en la etapa del juicio la defensora no compareció a las audiencias preparatoria ni pública, siendo en esta última diligencia reemplazada por el abogado del otro acusado, quien tampoco tuvo tiempo para ejercer una defensa adecuada.

Solicita, en consecuencia, declarar la nulidad de lo actuado, para que en su lugar se rehagan las diligencias, con plena garantía de los derechos fundamentales del procesado.

1.2 SEGUNDO CARGO: Violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio

En esa oportunidad, emprende el censor una crítica probatoria generalizada para afirmar que lo indicado por los testigos de cargo no debió tenerse en cuenta como fuente de verdad.

Señala que lo expresado por Yolanda Gómez Cárdenas (compañera de Ikier Oliv Bastidas Aguilar) fue cuestionado a lo largo del proceso, sin que los distintos funcionarios judiciales se hubieran pronunciado al respecto, pese a que es prácticamente la única declaración en contra de JULIO GALINDO TORRES.

Asegura que los abogados Giovanni Enrico Celis y Juan Fernando Acosta Medina, quienes

asesoraron a la dueña de la casa, Kenny Carolina Bastidas Aguilar, no conocieron a JULIO GALINDO, como tampoco lo conoció el maestro de obra Gilberto Padilla Naranjo, pues su presencia en el lugar de los hechos fue posterior al homicidio.

Con relación al celador Carlos Humberto Navarro, recuerda que no presenció los hechos; y sobre Kenny Carolina, dice que no conoció a JULIO GALINDO, pues ella vivía en Italia y solo regresó después de ocurrido el homicidio.

Aspira a que la Corte Suprema de Justicia case la sentencia impugnada y emita el fallo a que haya lugar.

II. DEMANDA PRESENTADA A NOMBRE DE MARTHA ASCENSIÓN ENCISO TAFUR, condenada como determinadora de homicidio simple, con dolo eventual

Dos cargos postula el defensor de la implicada contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, según la causal primera del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000; por violación indirecta de la ley sustancial, originada en defectos de valoración probatoria, por falso raciocinio.

2.1 PRIMER CARGO: Falso raciocinio

El defensor de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR afirma que el Tribunal Superior de Bogotá violó indirectamente el artículo 30 (partícipes) del Código Penal (Ley 599 de 2000), por aplicación indebida, al considerarla como determinadora del homicidio investigado; y en violación indirecta de los artículos 29 (autores) y 103 (homicidio) ibídem.

Transcribe los textos de los mencionados preceptos en cuanto se relacionan con participación y autoría; y alude a los fallos de primera y segunda instancia, para destacar que no registran alguna prueba que permita inferir que ella es la autora intelectual o la

determinadora de la muerte de su sobrino Ikier Oliv; pues no se verificó ninguna de la formas de la determinación, ni que mediare un acuerdo común con el autor material del crimen.

Añade que el fallador interpretó de manera errónea, incurriendo en falso raciocino, las explicaciones suministradas por la procesada y las declaraciones de Yolanda Cárdenas Gómez (compañera de Ikier Oliv), Kenny Carolina Bastidas Aguilar (hermana de Ikier Oliv), Juan Fernando Acosta Medina (abogado asesor de Kenny), Giovanny Enrico Celis Albarracín (también abogado asesor de Kenny), Carlos Humberto Henao Navarro (celador) y Gilberto Padilla Naranjo (maestro de construcción); y por el influjo de esos defectos en la estimación probatoria arribó a la conclusión de que MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR era penalmente responsable, como determinadora, del homicidio de su sobrino.

En manera alguna se demostró –agrega el libelista- cómo y cuándo se produjo la determinación, qué estímulo desplegó la implicada, en cuáles circunstancias se aceptó el supuesto encargo; tampoco existen pruebas acerca de la instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden o convenio, supuestamente emitidos por MARTHA ASCENSIÓN a JULIO GALINDO TORRES, para que pueda hablarse de determinación; ni se trató de una coautoría con distribución del trabajo.

Solicita casar la sentencia para absolver a la implicada del cargo de homicidio que se le endilga, toda vez que en ella no convergen las exigencias jurídicas necesarias para tenerla como autora intelectual o determinadora del homicidio de su sobrino Ikier Oliv Bastidas Aguilar.

2.2 SEGUNDO CARGO: Falso raciocinio

Siguiendo la misma línea de argumentación anterior, en criterio del casacionista, el fallador invirtió la valoración de la prueba, dando por existente la certeza sobre la responsabilidad

de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, básicamente con fundamento en el testimonio de Yolanda Gómez Cárdenas, quien refiere amenazas que la procesada profería en contra de Ikier Oliv; y estuvo presente en la casa escenario de los hechos, cuando JULIO GALINDO TORRES lo atacó con un machete y luego disparó contra él.

Para el censor, la declaración de Yolanda Gómez Cárdenas no podía tomarse sin crítica alguna como cimiento de la sentencia condenatoria, ya que en sus distintas versiones se observan múltiples contradicciones, frente a los relatos de Kenny Carolina Bastidas Aguilar (hermana de Ikier Oliv), Juan Fernando Acosta Medina (abogado asesor de Kenny), Giovanny Enrico Celis Albarracín (también abogado asesor de Kenny), Carlos Humberto Henao Navarro (celador), Gilberto Padilla Naranjo (maestro de construcción); y Rubén Darío Alí Arana (residente temporal de la casa en disputa); de manera que el Tribunal Superior se equivocó al sopesar el testimonio de aquella como el indicador de la certeza para condenar.

Y ello es así -acota el libelista- porque los jueces de instancia asumieron sin más que las expresiones lanzadas por MARTHA ASCENSIÓN, cuando discutía con su sobrino, eran amenazas de muerte; y porque del hecho consistente en que ella no explicó satisfactoriamente la calidad de supuesto arrendatario en que JULIO GALINDO TORRES llegó a vivir a la casa, se concluyó equivocadamente que ella había ideado un plan para matar a Ikier Oliv. Siendo evidente el error, porque JULIO y Rubén Darío Alí Arana llegaron al inmueble en las mismas condiciones; y pese a ello ninguna crítica razonable se hizo sobre el conjunto de pruebas allegadas.

Para el libelista, es claro que los testigos de cargo antes mencionados, cuyos relatos analiza, no ofrecen credibilidad, tema ignorado por los Jueces de instancia, pues la única presencial, Yolanda Gómez Cárdenas, tenía razones afectivas que la llevaron a declarar como lo hizo; el resto de los testigos son de oídas, con conocimiento tangencial de algunas circunstancias que incidieron en los hechos y tenían intereses

económicos o personales también comprometidos, como los abogados que asesoraron a Kenny Carolina.

Pretende que la Corte quiebre el fallo y absuelva a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR del homicidio que se le endilga.

III. DEMANDA PRESENTADA A NOMBRE DE DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, condenado como cómplice de homicidio simple

Cinco cargos presenta el defensor de ENCISO BAÍN. Los dos primeros por nulidad, de acuerdo con la causal 3ª del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000; y los restantes, por violación indirecta de la ley sustancial o desconocimiento del debido proceso.

3.1 PRIMER CARGO: Nulidad por vulneración del principio de contradicción y vinculación tardía

El casacionista adverte que las pruebas que sirvieron de fundamento al fallo condenatorio se recaudaron cuando ENCISO BAÍN aún no se había vinculado a la investigación, pues se allegaron en el proceso penal tramitado contra JULIO GALINDO TORRES y MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR; por lo cual, ENCISO BAÍN no tuvo la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción, pues su vinculación se dispuso en la calificación del sumario contra los coprocesados, y fue con la ruptura de la unidad procesal que se originó el otro expediente, armado con fotocopias trasladadas del anterior.

Explica que habiendo ocurrido el homicidio el 20 de diciembre de 2001, DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN fue vinculado mediante indagatoria el 4 de febrero de 2003, en el nuevo expediente; solicitó pruebas con memorial del 5 de mayo de 2003 y el mismo día el Fiscal cerró la investigación; interpuso recurso de reposición y fue despachado desfavorablemente, para calificar el mérito del sumario el 30 de mayo

siguiente.

Por tal motivo, se vulneró el principio de contradicción, pues en el primer expediente ya se habían recaudado todos los elementos de convicción y no se pudo contrainterrogar, controvertir u objetar lo afirmado por los diversos declarantes.

Solicita a la Corte decretar la nulidad de lo actuado, con el fin de que se repitan las diligencias.

3.2 SEGUNDO CARGO: Nulidad por falta de motivación del fallo y violación del derecho a la defensa

El casacionista sostiene que la sentencia recurrida es nula, por falta de motivación, en cuanto no contiene razones para explicar por qué no son válidos o no se acogen los argumentos que la defensa expuso en la audiencia pública.

Enumera una serie de pruebas que en su criterio demostraban la inocencia DAVID ENCISO BAÍN y que, por el contrario, quien ultimó a Ikier Oliv fue JULIO GALIDO TORRES, actuando por su propia iniciativa, pues éste fue visto huir en una bicicleta y no así ENCISO BAÍN, quien permaneció en su casa.

Se refiere al temperamento agresivo de Ikier Oliv y su compañera, pues aquél golpeó a JULIO GALINDO y a Ronald Davidoff Enciso, hijo del implicado, quien por ello tuvo que abandonar la casa e ir a vivir con su padre; e igualmente la actitud de Yolanda Gómez Cárdenas, quien mordió a Grace Lizabeth Enciso (también hija de aquél) y le generó lesiones personales, siendo condenada por esos hechos, en proceso contravencional donde los abogados Acosta Medina y Celis Albarracín la defendieron, para luego actuar como testigos dentro de este proceso; lo cual genera contraindicios acerca del comportamiento de la víctima, todos ignorados en el fallo, con los cuales se descarta que DAVID ENCISO BAÍN haya incidido en su muerte, pues ni siquiera frecuentaba la casa.

Por lo anterior –concluye el libelista- debe decretarse la nulidad de lo actuado.

3.3. TERCER CARGO: Violación indirecta de la ley sustancial por defectos en la estimación probatoria

El defensor de DAVID ENCISO BAÍN afirma que el Tribunal Superior incurrió en falso raciocinio y falso juicio de existencia, al construir los indicios de mala justificación y de manifestaciones anteriores a la conducta criminal.

Transcribe apartes de la sentencia de segunda instancia y presenta argumentos en contrario a partir del análisis crítico del acopio probatorio. Cita también apartes del testimonio de Yolanda Gómez Cárdenas (compañera permanente de Ikier Oliv Bastidas Aguilar), principal prueba de cargo, y la controvierte al detectar que es contradictoria consigo misma y con las restantes declaraciones, pues el día de los hechos dijo que primero se formó una discusión en medio de la cual JULIO GALINDO sacó un machete y en la ampliación, indicó que cuando JULIO GALINDO abrió la puerta, llegó ya con el machete en la mano y luego disparó contra Ikier Oliv, siendo esas versiones muy diferentes.

Protesta porque el Tribunal Superior, por error de apreciación, utiliza contra ENCISO BAÍN el hecho de que él, como abogado que es, hubiese asistido a su ex esposa MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y a JULIO GALINDO TORRES, en los procesos policiales surgidos por los enfrentamientos con Ikier Oliv

De igual manera, dice el censor, se observan falsos raciocinios en cuanto el Tribunal derivó indicios contra el implicado, porque el día de los hechos pasó por la casa con el fin de saludar a su hija –pues no vivía con ellos, ya que estaba separado de su esposa-, tópico que el A-quo interpreta inadecuadamente, siendo ello errado, porque es muy normal que un padre se acerque a preguntar por su hija.

Recuerda que en el fallo de segundo grado, se atribuye a ENCISO BAÍN haber proferido “un

sin número de amenazas” contra Ikier Oliv, sin ser ello cierto, ya que esa afirmación no encuentra sustento en ningún medio de prueba, pues lo único que supuestamente dijo en presencia de los abogado Celis y Acosta, fue que esos problemas no se iban a detener hasta que no resultara una persona muerta.

Aduce que es también errado el raciocinio del Ad-quem, al no observar que los abogados Juan Fernando Acosta Medina y Giovanny Celis Albarracín, declararon en forma parcializada, pues no sólo participaron en los proceso policivos y fueron vencidos, sino que también perseguían los “jugosos honorarios” que pagaba Kenny Bastidas (hermana del occiso).

Dejó de apreciar el Tribunal Superior que el maestro de obra, Gilberto Padilla Naranjo, también tuvo diferencias con MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y DAVID ENCISO BAÍN, ya que le quedaron debiendo dinero; y omitió valorar que el celador Carlos Humberto Henao describió a una persona gorda y de baja estatura, como la que huyó en una bicicleta, descripción que en nada compagina con la de JULIO GALINDO TORRES.

Insiste en que por la incorrecta estimación de las pruebas, el Tribunal Superior dejó de analizar el contraindicio que surge de que ENCISO BAÍN y su ex esposa siempre acudieron a las vías legales, que ella denunció a Ikier Oliv por violencia intrafamiliar y que la compañera del occiso fue condenada, por agredir a una hija de los procesados.

Solicita a la Corte casar el fallo impugnado y absolver a DAVID ENCISO BAÍN, así fuese en aplicación del principio in dubio pro reo.

3.4 CUARTO CARGO: Falso juicio de legalidad

Lo enlaza al anterior como una censura subsidiaria, consistente en un error de derecho

frente a la totalidad de la prueba contra ENCISO BAÍN, toda vez que fue practicada en un proceso donde él no había sido vinculado, y luego se trasladó, sin que tuviera posibilidad de contradicción ni controversia, incurriéndose así en un falso juicio de legalidad. Para corroborar su aserto, el libelista retoma la actuación procesal e insiste en que al trasladarse las pruebas en fotocopia, para formar el nuevo expediente, ya él quedó sin posibilidad de defenderse, pues fue vinculado el 4 de febrero de 2003, habiendo ocurrido los hechos el 20 de diciembre de 2001.

Pretende que la Corte case la sentencia del Tribunal Superior y que confirme la absolución decretada en la primera instancia.

3.5 QUINTO CARGO: Falta de aplicación de normas supralegales

Protesta el libelista por la falta de aplicación del preámbulo de la Constitución y de los artículos 13 (igualdad), 28 (libertad), 228 (prevalencia del derecho sustancial), 229 (acceso a la administración de justicia) y 230 (imperio de la ley) de la misma Carta, y todo el bloque de constitucionalidad, lo que condujo al sentenciador a la condena contra DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN.

Lo anterior –dice el censor- porque esos preceptos fueron completamente ignorados por el Juez plural, pues, como lo anotó en los otros cargos, se vulneró el debido proceso, el derecho a la defensa y se impidió la contradicción, siendo todo ello contrario a las normas supralegales que resultaron transgredidas.

Corolario de lo anterior, solicita a la Sala casar el fallo del Tribunal Superior de Bogotá y absolver a ENCISO BAÍN.

INTERVENCIÓN DEL NO RECORRENTE

El apoderado de la parte civil cuestiona únicamente la demanda presentada a nombre de

MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, porque, desde su punto de vista, contiene varios aspectos contradictorios que la distancian de la lógica del recurso extraordinario.

De otra parte, se opone a la pretensión absolutoria de la misma, toda vez que los fallos de instancia se edificaron sobre pruebas directas e indicios, de los cuales emerge su responsabilidad; entre ellos, las amenazas de muerte contra la víctima, el móvil económico, la relación con el autor material del homicidio, que éste se ocultó en la casa del esposo de aquélla y la pluralidad de testimonios que relatan lo anterior.

Por lo antes expuesto, solicita a la Sala no casar el fallo impugnado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal advierte que el defensor de JULIO GALINDO TORRES tiene razón en cuanto a dicho implicado se le violó el derecho a la defensa; y de igual manera en lo que hace a DAVID ENCISO BAÍN; por lo cual, en su criterio, se debe anular lo actuado respecto de aquél y confirmar la absolución concedida en primera instancia a éste.

En cambio, descarta los yerros atribuidos a la sentencia condenatoria contra MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, y por ello sugiere mantener, respecto de ella incólume el fallo de segundo grado.

I. SOBRE LA DEMANDA PRESENTADA A NOMBRE DE JULIO GALINDO TORRES, condenado como autor material de homicidio simple

1.1 SOBRE EL PRIMER CARGO: Nulidad por violación del derecho a la defensa

Antes de emitir su opinión acerca de la falta de defensa para JULIO GALINDO TORRES, el Procurador Delegado examina el desarrollo de la actividad desplegada por los profesionales

designados como sus defensores técnicos.

Recuerda que JULIO GALINDO TORRES fue vinculado legalmente al proceso mediante declaración de persona ausente, con auto fechado el 6 de mayo de 2002, en el cual, al mismo tiempo, se le nombró como defensora de oficio a la doctora Ana Margarita Durán, quien se posesionó el 16 de mayo de 2002 y ninguna actividad desarrollo hasta el auto de cierre de la instrucción dictado el 17 de septiembre de 2002; la resolución acusatoria del 29 de enero de 2003 le fue notificada el 31 de marzo de 2003 (dos meses después).

Tampoco, se contó con la presencia de la defensora de oficio en la audiencia preparatoria y no aparece ninguna solicitud de pruebas en esta etapa. La audiencia pública se inició sin su asistencia. En la sesión donde correspondía su intervención, ante su ausencia, fue reemplazada por quien ejercía como defensor de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, por lo cual, resulta evidente que la actuación de este defensor en pro de los intereses de GALINDO TORRES fue a todas luces improvisada, y sin ninguna posibilidad de haber sido preparada adecuadamente.

Colige que la gestión desarrollada por la defensa técnica no obedeció a un plan estratégico, sino a un abandono del cargo, dejando a la deriva la suerte del imputado a quien le fue violado el derecho fundamental de defensa.

Extraña que en beneficio de la defensa del encartado, como lo reclama el casacionista, no se haya efectuado la inspección con reconstrucción de los hechos, con miras a establecer la posibilidad de que haya actuado en legítima defensa, de acuerdo a la forma como quedó el cadáver de Ikier Bastidas y el garrote que tenía, tal como lo fijan las fotografías del levantamiento.

Tampoco se controvirtió el testimonio de Yolanda Gómez Cárdenas, principal testigo de cargo, y la defensa admitió a plenitud su relato, conforme lo hicieron la fiscalía y el juez fallador. No se controvirtieron, igualmente, los testimonios de Gilberto Padilla Naranjo,

contratista de obra, y de Carlos Humberto Navarro, celador, quien no presencié los hechos, y cuya declaración sobre la persona a quien vio salir de la casa, no concuerda con las versiones de quienes conocieron a JULIO GALINDO. Así las cosas, la inactividad de la defensa trascendió en desmedro de los intereses de GALINDO TORRES, tanto en la etapa del sumario como en la del juicio.

Por ello, la Procuraduría considera que la única forma de restablecer las garantías fundamentales del procesado, es decretando la nulidad de lo actuado contra JULIO GALINDO TORRES desde el cierre de investigación, inclusive, sentido en el que, sugiere, el reproche está llamado a prosperar.

1.2 SOBRE EL SEGUNDO CARGO: Violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio

Observa el Delegado que en este cargo, donde el censor asegura que no debieron tenerse en cuenta sin crítica alguna los testimonios de Geovanni Enrico Celis, Juan Fernando Acosta Medida, Gilberto Padilla Naranjo, Carlos Humberto Navarro y Kenny Bastidas Aguilar, el casacionista olvidó indicar en que parte del ejercicio intelectual que desarrolló Ad-quem radica la equivocación, o cual fue el razonamiento erróneo que elaboró en desmedro de los intereses de GALINDO TORRES.

Encuentra que el libelista simplemente expone un juicio personal, que resulta ser una disparidad de su criterio con el expresado por el fallador, sin efectuar un análisis sobre las inferencias efectuadas por éste respecto de la lógica, las reglas de la experiencia, o los principios de las ciencias; por lo cual esta censura debe ser desestimada.

II. SOBRE LA DEMANDA PRESENTADA A NOMBRE DE MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, condenada como determinadora de homicidio simple, con dolo eventual

2.1 SOBRE EL PRIMER CARGO: Falso raciocinio

Para el Procurador Delegado, no se ciñe a la verdad la afirmación según la cual los Jueces de instancia no precisaron las pruebas que acreditan la participación de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR como determinadora del homicidio de su sobrino Ikier Oliv, como lo expresa el casacionista.

Contrario a tal afirmación, dicha modalidad de participación en el delito, fue estimada y valorada probatoriamente por los falladores, a partir del testimonio de Yolanda Gómez Cárdenas; y a lo largo de sus providencias enumeraron los demás medios que los condujeron a considerar la calidad en la que actuó la enjuiciada.

Resalta el libelista su inconformidad con la apreciación probatoria que hizo el Ad-quem, pero sin señalar en qué consistió la errada apreciación probatoria, con lo cual su escrito no supera las exigencias de la lógica casacional.

2.2 SOBRE EL SEGUNDO CARGO: Falso raciocinio

El casacionista refiere errores de apreciación de los testimonios rendidos por Yolanda Gómez Cárdenas, Kenny Bastidas AGUILAR, Giovanni Enrico Celis, Juan Fernando Acosta Medina, Rubén Darío Alí Arana, Carlos Humberto Henao Navarro y Gilberto Padilla Naranjo, en cuanto los Jueces de instancia dejaron de apreciar las contradicciones que se observa entre ellos.

A decir del Delegado, aunque el casacionista cita textualmente las diversas versiones rendidas por cada uno de los testigos de cargo, e intenta destacar algunas contradicciones que se presentan en sus relatos, no logra demostrar la trascendencia de las mismas frente al fallo en contra de la procesada, pues tales reparos son en verdad intrascendentes en relación con los datos esenciales y concordantes que suministran dichos testigos.

“Por ejemplo, no resulta sustancial, para determinar la responsabilidad de MARTHA

BASTIDAS TAFUR, si en el enfrentamiento inicial entre IKIER BASTIDAS y GALINDO, los hechos se dieron de una manera u otra, o si la iniciativa del ataque provino de la víctima o del victimario, o si como armas se utilizó un palo o un machete, ya que el cargo no debía atacar en este caso particular las circunstancias que rodearon la muerte de IKIER BASTIDAS, sino la incidencia determinante que sobre ese hecho se le atribuye a la señora BASTIDAS TAFUR.”

Conforme a lo expuesto, para el Ministerio Público, dicho cargo tampoco está llamado a prosperar.

III. SOBRE LA DEMANDA PRESENTADA A NOMBRE DE DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, condenado como cómplice de homicidio simple

3.1 SOBRE EL PRIMER CARGO: Nulidad por violación del derecho de contradicción y tardía vinculación

Estima el Delegado que no vulnera ninguna garantía el que al proceso penal contra DAVID GUILLERMO ENCISO IBAÍN se hayan trasladado algunas pruebas practicadas en el decurso de la instrucción seguida contra los otros dos enjuiciados, pues el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, dispone que “las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este Código.”

De otro lado -agrega- el derecho de contradicción no es una garantía que exclusivamente se lleve a efecto en el contra-interrogatorio de los testigos, ya que ésta es tan solo una de las posibilidades de intervención de los sujetos procesales en desarrollo de la actuación, y la posibilidad de acceder a las pruebas, analizarlas críticamente, y expresarse sobre el mérito de las mismas, son también maneras de ejercer ese derecho, al igual que cuando se impugna o alega. Todo el anterior ejercicio se

llevó a cabo dentro del trámite procesal, y ello es suficiente para sugerir que el reproche sea desestimado.

3.2 SOBRE EL SEGUNDO CARGO: Nulidad por falta de motivación del fallo y violación del derecho a la defensa

El Procurador Delegado descarta esta censura acudiendo para ello a la transcripción de los apartes pertinentes del fallo, sobre la responsabilidad de DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, así:

“El juez de conocimiento absolvió de los cargos de HOMICIDIO AGRAVADO que le fueron endilgados dentro del proceso a DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN en calidad de coautor intelectual, en virtud del principio de “in dubio pro reo”, por considerar que existen dudas imposibles de eliminar que deben ser resueltas a favor del procesado.

Considera la sala que, al contrario de lo expuesto por el a quo en la sentencia, el material probatorio recaudado es suficiente para demostrar la responsabilidad de ENCISO BAÍN en calidad de “cómplice en el atentado contra la vida perpetrado en la persona de IKIER OLIV BASTIDAS AGUILAR.”

Y seguidamente el Tribunal consigna los argumentos que en su criterio fundamentan el fallo condenatorio en contra de ENCISO BAÍN.

En opinión del Ministerio Público, el casacionista se refiere a varios medios de prueba no tenidos en cuenta por el Ad-quem, pero sin señalar cuál fue su error y cómo resultó vulnerado para el caso concreto el derecho a la defensa.

Reitera que el Tribunal Superior expresó en su decisión los fundamentos probatorios, fácticos y jurídicos que lo llevan a tener como responsable, en calidad de cómplice, al enjuiciado ENCISO BAÍN; y que el casacionista se limitó a enumerar una serie de situaciones

que a su modo de ver no fueron tenidas en cuenta por el fallador, omitiendo ajustarse a ciertos parámetros lógicos, para lograr que se entendiera con claridad y precisión los motivos de la nulidad que solicita.

Así las cosas, sugiere desestimar esta censura.

3.3. SOBRE EL TERCER CARGO: Violación indirecta de la ley sustancial por defectos en la estimación probatoria

El Procurador Delegado destaca de este reproche, que el censor reclama la ausencia de pruebas que indiquen en grado de certeza que el procesado ENCISO BAÍN es responsable a título de cómplice en el homicidio de Ikier Oliv Bastidas Aguilar, con lo cual se habría violado la garantía fundamental de la presunción de inocencia.

Así pues, en el caso bajo examen, el casacionista señala en primer término que el Tribunal incurrió en evidente error fáctico al apreciar la declaración del celador Carlos Humberto Henao Navarro, pues el testigo incurre en contradicciones al identificar los rasgos de la persona que dice vio salir de la casa, con los de JULIO GALINDO, y con lo que describe Rubén Arana, que son bien distintos. También porque su afirmación, en el sentido de que la policía encontró la bicicleta en la casa de DAVID ENCISO BAÍN carece de sustento probatorio, y por las contradicciones que existen entre la versión de Henao Navarro con el testimonio de Yolanda Gómez Cárdenas. Por tal motivo, considera que al testimonio del celador Henao Navarro no se le puede otorgar credibilidad, porque al hacerlo, se violaría el principio lógico de no contradicción.

Sobre este punto concreto señaló el Tribunal:

“YOLANDA GOMEZ Y CARLOS HUMBERTO HENAO NAVARRO, fueron enfáticos en manifestar que el homicida emprendió la huida con destino a tal inmueble y que cuando llegó la policía, no se encontró por ningún lado al agresor, indagándosele a ENCISO por la

bicicleta referida, a lo cual, según él, contestó que la bicicleta que se encontraba allí era de su propiedad y se la había obsequiado un sobrino suyo.”

Más adelante indica,

“no obstante lo anterior es preciso señalar que desafortunadamente uniformados en un acto de desidia y de falta de profesionalismo, omitieron cumplir con su deber, que no era otro que haber retenido el velocípedo de marras hasta tanto llegara el instructor.

“al dirigirse al inmueble de ENCISO, tanto éste como GALINDO sabían perfectamente que no podían demorarse mucho tiempo allí porque de inmediato la policía procedería...”

Para esta situación en concreto, estima la Delegada que es razonable lo expresado por el Juez de primera instancia, en los siguientes términos:

“...ninguna constancia quedó de la existencia de la bicicleta en que supuestamente llegó el presunto homicida a su casa, y menos aún que JULIO GALINDO TORRES hubiera sido encontrado dentro del inmueble, lo que desvirtúa de un solo tajo la versión del celador de la cuadra, personaje que afirmó bajo la gravedad del juramento, que vio salir a un señor bajito gordito en una bicicleta pequeña, de 1.60 de estatura, no le vio la cara, salió agachado, no llevaba nada en las manos...”

Como bien lo señala el Tribunal, si por falta de profesionalismo de la policía no se aportó la bicicleta, entonces, no es posible considerar que el homicida huyó en ella hacia dicha vivienda, cuando su morador ha negado enfáticamente tal hecho. Si como lo expresó el juez de primera instancia en el párrafo antes referido, no se hallaron ni la bicicleta ni al homicida en la casa de ENCISO BAÍN, no es posible afirmar categóricamente que JULIO GALINDO TORRES se dirigió a la casa del inculcado. Tal aserto no es contundente, y por tanto, resulta atinado el yerro que destaca el casacionista, y en que incurrió el Tribunal.

Según el casacionista, no es razonable que el Tribunal cuestione que ENCISO BAÍN haya actuado como abogado de los implicados en asuntos distintos, y que a partir de allí construya indicios en su contra.

Al respecto señala el Tribunal:

“resulta cuestionable el hecho de que en múltiples altercados, terminados en su mayoría con agresiones físicas, entre IKIER y los demás residentes (sic) de la vivienda, Enciso Baín interviniera siempre asistiendo a la contraparte del occiso, pues se tiene que actuó como apoderado de JULIO GALINDO y de RUBEN ARANA ante la inspección de policía de Usaquén por una riña suscitada mas exactamente entre IKIER y GALINDO, en el cual resultó inmerso el señor ARANA.

Además, actuó también en representación de su ex esposa MARTHA BASTIDAS, en la querella que por perturbación de domicilio interpuso la víctima en su contra, al punto que inconforme con la decisión de primera instancia, la recurrió en apelación, logrando que el Consejo de Justicia de Bogotá la revocara...”.

Se pregunta el casacionista por qué el Tribunal encuentra cuestionable que DAVID ENCISO BAÍN, siendo abogado titulado, actúe en representación de su ex-esposa e hijos, y como conciliador entre GALINDO e Ikier.

El Procurador Delegado considera también equivocada la apreciación del Tribunal, pues ciertamente nada impide la actuación de profesionales del derecho en asuntos litigiosos, a menos que medie una exclusión o suspensión del ejercicio de la profesión, decretado por el órgano competente, y menos resiste crítica que se haga cuestionable dicha actuación cuando se realiza en beneficio de sus familiares.

Agrega el censor que al hecho de pasar DAVID ENCISO BAÍN a preguntar por su hija a la casa el día en que murió Ikier, el Tribunal le otorga un alcance probatorio que no tiene.

Dijo el Juez colegiado:

“Adviértase cómo se tuvo noticia que el día de los hechos, ENCISO se encontraba en la puerta del inmueble hablando con JULIO GALINDO y al percatarse de la presencia del hoy occiso y de su compañera permanente, optó por abandonar el lugar, habiéndose desencadenado posteriormente el insuceso. “.

“Ilógico que si, tal como lo afirma el propio ENCISO, era su costumbre ir a buscar a su hija a la casa donde estaba residiendo, no tuviera conocimiento del horario que aquella tenía en él colegio”.

Anota el casacionista que el mismo día de los hechos DAVID ENCISO BAÍN, en declaración ante la Fiscalía, admitió su presencia cerca al sitio de los acontecimientos, aspecto que ratifica en su diligencia de indagatoria.

Es razonable, según el demandante, que ENCISO BAÍN no tuviera conocimiento del horario de su hija, pues constituye un hecho notorio que después del 15 de diciembre los centros académicos se encuentran en vacaciones de fin de año, y en especial los colegios; entonces, y siendo el 20 de diciembre, lógico que su hija se hallaba en vacaciones. No es irrazonable, por tanto, que el padre desconociera que su hija estaba en el gimnasio, y por ello el Tribunal ad quem se equivocó al mostrarse suspicaz frente a tal aspecto.

Para el Ministerio Público, en este punto también acierta el casacionista, pues un padre como ENCISO BAÍN, quien no vivía con su hija, no tenía por qué conocer la ubicación de ella en determinado momento, y por eso no resulta absurdo que el día de los hechos se hubiera hecho presente a preguntar por su hija, y menos teniendo en cuenta, como anota el censor, la época del año en que ello ocurrió, es decir, durante el período de vacaciones de fin de año, acontecer no desconocido en nuestro medio.

En otro párrafo del fallo impugnado, el Tribunal indica:

“para esta instancia, el sinnúmero de amenazas de muerte infligidas por el procesado contra la víctima no constituyen tan solo el resultado de un simple momento de ira u ofuscamiento, ello sería aceptable si tales advertencias se produjeran una sola vez, pero cuando son repetitivas, lo único que demuestran es el deseo de una persona de materializarías, (sic) al estar las mismas fehacientemente demostradas,...”

Señala el casacionista que no están probadas en el proceso “el sinnúmero de amenazas de muerte” de ENCISO BAÍN contra Ikier Bastidas, ni están “fehacientemente demostradas”, por cuanto la única persona que se refiere a las amenazas es Yolanda Gómez Cárdenas, y en su primera versión no dice nada al respecto, siendo en la segunda versión que rinde ante la Fiscalía, donde alude a tales amenazas.

Los abogados Juan Fernando Acosta Medina y Geovanni Celis Albarracín, según el demandante, tienen interés en perjudicar a ENCISO BAÍN por haber sido los abogados de Ikier en un comienzo, y ahora de Kenny Bastidas y Yolanda Gómez Cárdenas, y por haberlos vencido ENCISO BAÍN en las querellas de perturbación de domicilio y lanzamiento por ocupación de hecho.

En cuanto a Gilberto Padilla Naranjo, el maestro de obra que llevó a declarar el apoderado de la parte civil, desarrollaba su trabajo en las horas del día, mientras que los inquilinos solo estaban en la noche, y entonces no puede dar fe de situaciones que sólo ocurrían en horas nocturnas.

Observa el Procurador Delegado que ciertamente Yolanda Gómez Cárdenas es la única persona que podría conocer las amenazas. Los abogados y el maestro de obra no podían conocerlas directamente, por no compartir la vivienda en las horas en que era habitada por sus moradores; a los abogados les llegó la versión de oídas, porque atendieron a Ikier y Yolanda Gómez en algunos procesos. Resulta ambigua la postura del Tribunal en el sentido de criticar la actuación como abogado de ENCISO BAÍN en

procesos contra sus familiares, y desestimar su versión por tal hecho, y en cambio sí otorgar credibilidad a lo expresado por los abogados de la contraparte.

Además de lo anterior –agrega el Ministerio Público– el casacionista indica que el Tribunal dejó de apreciar varios elementos de juicio que operan como “contraindicios”, y por ende, anulan los indicios de mala justificación y manifestaciones anteriores a los hechos. Entre tales elementos vale la pena señalar los siguientes:

El carácter violento de Yolanda Gómez Cárdenas y su interés en mentir contra la familia BASTIDAS BAÍN, por haber sido condenada por causar lesiones personales a Grace Enciso Bastidas; el acta de levantamiento del cadáver, el cual no muestra huellas de los planazos o golpes a que se refiere Yolanda Gómez; el informe de balística y la certificación del Gerente de Indumil que descartan que en el crimen se hubiera utilizado el revólver de DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN; la divergencia entre los testimonios de Yolanda Gómez y el celador Carlos Henao respecto de la huida del autor material, supuestamente con el machete y el revólver en las manos; los procesos policivos y de conciliación que demuestran que ENCISO BAÍN buscó soluciones jurídicas y no de hecho frente a los conflictos; y la circunstancia de que ENCISO BAÍN hubiese querido simplemente visitar a su hija el 20 de diciembre en período de vacaciones, como él lo afirmó en su indagatoria, y no con el propósito de planear la huida del asesino, como lo dedujo el Tribunal.

De haber apreciado todos estos elementos de convicción, en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, a juicio del recurrente, no habría sido posible demostrar con certeza la responsabilidad penal del procesado, por lo que la única vía posible era absolverlo por duda.

El Procurador Delegado considera que le asiste razón al demandante, ya que si el Tribunal fundamentó la contribución del procesado ENCISO BAÍN en el crimen de Ikier, en la

“posible huida del asesino del lugar de los hechos”, “por concierto previo o concomitante a la misma”, lo cierto es que no quedó demostrado certeramente que el autor material se hubiera refugiado en la casa de ENCISO BAÍN, y menos aún, que allí se hubiera encontrado la bicicleta en el que al parecer se desplazó después de cometido el crimen, o las armas que empleó para eliminar a la víctima, a pesar de que la policía registró la casa de ENCISO BAÍN quince minutos después de ocurridos los hechos. El mismo Tribunal parece explicar la causa de esta incertidumbre:

“... no obstante lo anterior es preciso señalar; desafortunadamente los uniformados en un acto de desidia y de falta de profesionalismo, omitieron cumplir con su deber, que no era otro que el haber retenido el Velocípedo de marras hasta tanto llegara el instructor”

En verdad, si en la casa de ENCISO BAÍN la policía hubiera encontrado al homicida, la bicicleta, el arma, o alguna huella que permita establecer en grado de certeza, cuál fue su aporte, contribución o ayuda concreta, no habría ninguna dificultad para deducirle responsabilidad penal a título de cómplice, no obstante haber sido acusado por la Fiscalía como autor. Pero como ello no es así, entre otras cosas, por las evidentes contradicciones en que incurren los testigos de cargo, Yolanda Gómez y Carlos Henao, y lamentablemente por la “desidia y falta de profesionalismo” en que incurrió la policía que acudió a la casa del procesado momentos después del crimen, la Procuraduría considera que la única solución posible en este caso es la aplicación del principio fundamental del in dubio pro reo, tal como lo dedujo el Juez de primera instancia, y ahora lo solicita el demandante.

En las condiciones anotadas, para el Delegado, el cargo sí está llamado a prosperar.

3.4 SOBRE EL CUARTO CARGO: Falso juicio de legalidad

Para el Procurador Delegado, las diligencias practicadas en el decurso de la instrucción seguida contra MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y JULIO GALINDO

TORRES no vulneran derecho alguno, por el hecho de haber sido trasladadas a la investigación abierta contra DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN; porque fueron legalmente producidas y aducidas en aquella investigación y además, se pueden trasladar, a la luz del artículo 239 de la ley 600 de 2000, las “pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país”.

De otra parte, el trámite del proceso demuestra que el derecho de defensa y contradicción lo ejerció el enjuiciado a cabalidad, sin que uno u otro fueran conculcados. Por lo tanto, esta censura no debe prosperar.

3.5 SOBRE EL QUINTO CARGO: Falta de aplicación de normas supralegales

El Procurador Delegado encuentra que este reproche es una reiteración de los anteriores, en cuanto el libelista sostiene que la prueba que se adujo contra DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, se recaudó sin que el procesado y su defensor pudieran intervenir para contrainterrogar y controvertir.

Estima la Delegada, como lo hizo frente a cargos anteriores, que no se vulnera derecho alguno cuando las pruebas contra un implicado se practican en la instrucción de otros procesos, y luego se trasladan a una actuación distinta. Ello es así, porque el derecho de contradicción no es un ejercicio que exclusivamente se lleve a efecto en el contra-interrogatorio de los testigos.

En esas condiciones, no se genera violación de alguna norma suprallegal, como lo plantea el casacionista, y por ello, este cargo tampoco puede prosperar.

4. CONCLUSIÓN

En síntesis, el Procurador Primero Delegado para la Casación Penal solicita casar parcialmente la sentencia impugnada, y, en su lugar, decretar la nulidad de lo actuado

desde el cierre de investigación, inclusive, únicamente en lo que respecta a la actuación adelantada contra JULIO GALINDO TORRES; confirmar la absolución proferida por el Juez de primera instancia a favor de DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN; y no casar el fallo en cuanto condenó a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, como determinadora del homicidio de Ikier Oliv Bastidas Aguilar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Razón asiste al Procurador Primero Delegado para la Casación Penal al conceptuar sobre las censuras de las demandas presentadas a nombre de JULIO GALINDO TORRES y DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, que están llamadas a prosperar; pues al primero se le vulneró el derecho a la defensa y su proceso debe ser anulado, y con relación al segundo, no se desvirtuó la presunción de inocencia de modo razonable.

La Sala se aparta, en cambio, de la visión del Ministerio Público en el caso de la implicada MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, pues, contrario a lo conceptuado por el Delegado, sí se verifican los falsos raciocinios que postula su defensor y, por ende, se casará el fallo impugnado y ella será absuelta.

Por consiguiente, en tanto prosperan algunos cargos en los términos indicados, por sustracción de materia, la Sala no se detendrá en el estudio de los otros reproches de cada demanda que no alcanzaron la fundamentación suficiente, máxime que por sendas diferentes llegaban a la misma pretensión, conseguida al quebrarse la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá.

I. SOBRE EL PRIMER CARGO DE LA DEMANDA PRESENTADA A NOMBRE DE JULIO GALINDO TORRES: Nulidad por violación del derecho a la defensa.

1.1 La reseña procesal detallada se hizo con el propósito de verificar que, así como lo sostiene el casacionista, el implicado JULIO GALINDO TORRES no tuvo defensa técnica en

ningún momento de la etapa instructiva; y en concreto, esa carencia se observa desde el 20 de diciembre 2001, cuando la Fiscalía 305 Seccional de Bogotá abrió la investigación e inició a coleccionar las pruebas que sirvieron para condenarlo; luego, el 8 de mayo de 2002 lo vinculó como persona ausente, le designó en calidad de defensora de oficio a la abogada Ana Margarita Durán Ruiz, quien se posesionó en ese cargo y en adelante no desplegó absolutamente ninguna actividad, hasta el 31 de marzo de 2003, cuando acudió para notificarse personalmente de la resolución acusatoria, que no impugnó, siendo esa toda su figuración.

En ese lapso se recaudaron todas las pruebas finalmente sopesadas, se vinculó al implicado como persona ausente, no se le definió la situación jurídica, se cerró la investigación y se calificó el mérito del sumario, sin que ningún profesional del derecho desplegara gestión alguna en pro de los intereses de GALINDO TORRES.

1.2 Es claro que a partir del 8 de mayo de 2002, cuando JULIO GALINDO TORRES se vinculó mediante declaratoria de persona ausente, empezó a figurar como defensor de oficio la abogada Ana Margarita Durán Ruiz, quien no estuvo pendiente del desarrollo del proceso, pues no se percató siquiera que nunca le fue resuelta la situación jurídica, no se enteró del cierre de la investigación, no presentó alegatos oportunamente y guardó silencio ante la resolución acusatoria.

Y a pesar de que la abogada Durán Ruiz acudió a la sede de la Fiscalía instructora a notificarse en forma personal de la resolución que la designó como defensora de oficio y de la resolución acusatoria, en este caso particular esa exclusiva gestión no tiene el cariz de un método o de una estrategia de defensa, porque, como se verá, dicha profesional desatendió por completo la misión que le fue encomendada.

En efecto, antes que pudiera ser localizada para notificarle la resolución acusatoria, la Fiscalía instructora hizo constar (el 26 de marzo de 2003) que un auxiliar se dirigió a

la oficina de la abogada de oficio, la que encontró vacía, porque ella no había regresado desde hace mucho tiempo, según la información suministrada por el recepcionista del edificio en donde se encuentra ubicado el inmueble. (Folio 211 cuaderno 3). Sólo después de una búsqueda a través de labores de esa naturaleza, se logró que compareciera, el 31 de marzo de 2003, a notificarse de la calificación del mérito sumarial, pero no lo impugnó.

1.3 En la fase inicial de la etapa de juzgamiento las cosas en materia de defensa técnica no mejoraron para el ausente GALINDO TORRES. La abogada Ana Margarita Durán León no compareció a la audiencia preparatoria programada para el 9 de julio de 2003 en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, de modo que el implicado perdió, además, esa oportunidad para plantear nulidades y solicitar pruebas, en los términos del artículo 401 de Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000.

La abogada no se presentó a la audiencia pública, a celebrarse el 27 de agosto de 2003; por dicha causa se aplazó para el 19 de septiembre del mismo año y tampoco compareció; ante esta contingencia, el Juez optó por designar como defensor de oficio de JULIO GALINDO TORRES, al doctor Cesar Montoya Ocampo, quien era defensor de confianza de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, con el cual se realizó el juicio.

Cabe recordar que la captura de JULIO GALINDO TORRES se materializó el 9 de agosto de 2004, cuando ya se habían proferido las sentencias de instancia y, por ello, él otorgó poder cuando ya sólo era viable la instauración del recurso extraordinario.

1.4 La Sala de Casación Penal, en auto del 16 de diciembre de 1999 (radicación 16584), con relación al contenido y alcance del concepto de defensor en la órbita del procedimiento penal, señaló:

“Aquella dignísima labor consiste en abogar por los intereses del cliente, real y

efectivamente, habiendo asumido previamente una obligación de medio, bien por acuerdo particular, por contrato de prestación de servicios con la Defensoría del Pueblo, o por designación oficiosa.

Implica el diseño y ejecución de una estrategia defensiva lícita, fuere cual fuere, siendo aún el silencio válido en ciertas ocasiones, siempre y cuando aquel proyecto pueda ser percibido y valorado en concreto por los interlocutores como un comportamiento pensado, elaborado, inteligente, definitivamente encaminado al éxito de una tesis jurídica viable en favor del representado.

La inercia, la pasividad, la desidia, la negligencia, el descuido, el abandono y conductas afines jamás podrían admitirse como elementos de un programa de defensa técnica, entendida aquella institución en la magnitud constitucional que este derecho fundamental contempla, y tales omisiones podrían advertirse en eventos en los que el nombre del profesional en ciencias jurídicas aparece en las diligencias con el único propósito de dar cumplimiento a guisa simplemente formal, como si consistiese en uno más de los requisitos procesales, cuando, por el contrario, tratándose de la exigencia constitucional denominada defensa técnica, demanda en todo estadio del proceso su verificación real, material y concreta.

En este orden de ideas, nunca habrá alcanzado la calidad de defensor quien habiendo sido nombrado oficiosamente para ejercer tal encargo, de antemano presenta disculpas para no ingresar a formar parte del contradictorio y por lo mismo no conoce el contenido del asunto, ignora la naturaleza de las imputaciones, el grado de compromiso del sindicado, la calidad de las pruebas que lo responsabilizan y los raciocinios jurídicos de los funcionarios frente al acopio probatorio.

La misión de defender en materia penal comporta una conducta positiva profesional del abogado, que paralelamente a su sapiencia jurídica y agudeza intelectual requiere su

voluntad, compromiso e identificación con la causa de su cliente, es una postura ética frente al encargo de defender, como una de las máximas expresiones del ejercicio de la abogacía, características todas que se demuestran en el decurso mismo del proceso y que no se adquieren, como parece haberlo entendido quien declara su impedimento, por el simple hecho de existir un decreto judicial de nombramiento en tal dignidad.”

Aunque la abogada Ana Margarita Durán León figuró como defensora de oficio de JULIO GALINDO TORRES, ningún interés verificable demostró en pro de sacar adelante alguna tesis jurídica que beneficiara al implicado, quien, por lo mismo, durante la etapa instructiva no tuvo defensor más que en términos aparentes, nominales o estrictamente formales.

1.5 Lo anterior enseña sin dificultad que el derecho a la defensa técnica de GALINDO TORRES fue realmente vulnerado, al constatarse que en la práctica estuvo abandonado a su propia suerte durante toda la etapa instructiva y en buena parte de la fase de juzgamiento.

De igual manera, se verifica que pese a tal estado de desprotección, máxime que su vinculación se produjo en ausencia y reclamaba la intervención correctiva urgente de los funcionarios judiciales, -especialmente los de la Fiscalía- nada hicieron oportunamente para que el derecho a la defensa fuera materialmente garantizado, como lo exige la Constitución Política, y no quedara reducido a la simple formalidad de que un abogado suscribiera unas actas de notificación.

Por manera que, le asiste razón al demandante en cuanto denuncia y demuestra las falencias que conspiraron contra el derecho a la defensa de JULIO GALINDO TORRES, con tanta evidencia y severidad, que en orden a restablecer la vigencia de esa garantía constitucional no queda alternativa diferente a la de decretar la nulidad de lo actuado.

1.6 Resulta incuestionable que durante la fase instructiva, el implicado GALINDO TORRES no contó con asesoría profesional actuante y eficaz, aserto que no se desdibuja por la notificación personal que tomó la defensora de oficio de la resolución acusatoria - única manifestación de un acto en nombre de aquél- soslayando que todo el trámite se desarrolló bajo la vigencia de la actual Carta Política, cuyo artículo 29 imponía a los funcionarios judiciales e intervinientes en la construcción de este proceso, velar por la efectiva garantía del derecho de defensa.

Ese estado de la cuestión se complica aún más y acrecienta el atentado contra el derecho fundamental de JULIO GALINDO TORRES, si se tiene en cuenta que fue vinculado como persona ausente, porque ninguna de las órdenes de captura en su contra se hizo efectiva a tiempo; pues finalmente, cuando la Policía Nacional materializó la aprehensión, ya se había emitido el fallo, reduciéndose así en forma drástica las posibilidades de que asumiera su propia defensa material.

Los funcionarios judiciales están en la obligación de proveer a la defensa de los procesados que no puedan designar un abogado de confianza, deber que se multiplica en el Estado social, democrático y de derecho cuando se incrimina a una persona ausente, puesto que en tal situación nada a favor del implicado contrarresta el poder estatal, que destina todos sus recursos para aproximarse a la verdad.

1.7. Es, según lo constatado, una realidad que durante la fase investigativa ningún abogado asumió la misión que por mandato constitucional correspondía, pues la pasividad de Ana Margarita Durán León así lo demuestra; y también se comprueba que los funcionarios judiciales que orientaron las diligencias durante la instrucción contribuyeron a socavar el derecho de defensa de el procesado, pues en la mayoría de las oportunidades, pese a que tomaron decisiones importantes, no se preocuparon por verificar que la defensa estuviera actuando de manera real, no relegada a una figuración simbólica.

Es que, por mandato del artículo 136 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), el Fiscal instructor debía requerir al defensor de oficio para que “ ejerza o desempeñe ” dicho cargo, para lo cual podía conminarlo e inclusive imponerle multa.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado en la normatividad nacional con Ley 74 de 1968), y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (adoptada con la Ley 16 de 1972), que integran el Bloque de Constitucionalidad, contienen preceptos vinculantes expresamente destinados a impedir que los implicados en delitos queden abandonados al poder represor del Estado, sin defensa material y sin defensa técnica, más aún y de manera especial cuando no comparecen personalmente a las actuaciones.

“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.

a)...

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.

c)...

d)...siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de los medios suficientes para pagarlo.

e) A interrogar o a hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14)

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8º, relativo a las Garantías Judiciales, estipula que toda persona inculpada de delito tiene las siguientes prerrogativas:

“e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrara defensor dentro del plazo establecido por la ley.”

Tampoco el artículo 29 de la Carta, que consagra el derecho de defensa, tiene fisuras para tolerar que durante toda la etapa instructiva un procesado, como JULIO GALINDO TORRES, carezca en forma rotunda de asistencia jurídica, lapso en el que se recaudaron los más importantes elementos probatorios, hasta el punto que nadie en su nombre solicitó pruebas, intervino en la práctica de las mismas, ni impugnó cualquiera de las providencias interlocutorias.

Y si bien, la abogada Ana Margarita Durán León acudió para notificarse personalmente de la resolución acusatoria, sin desplegar alguna gestión positiva en beneficio de JULIO GALINDO TORRES, tal excepción lejos está de poder admitirse como una estrategia de defensa, como una asesoría jurídica, o como un silencio planificado razonable, pues ni siquiera existe constancia de que hubiese accedido a copia de las diligencias.

1.8 Tal afectación del derecho a la defensa continuó con semejantes características y se extendió a lo largo de toda la etapa instructiva; en las mismas circunstancias se produjo el cierre de la investigación y se calificó el sumario, sin que materialmente existiera un abogado que se interesara por nutrir el caudal probatorio, o por controvertir el alegado oficiosamente, o por impugnar cualquiera de esas decisiones; y en tales condiciones, la nulidad por violación al derecho a la defensa contaminó el juzgamiento, toda vez que esta fase sólo podía adelantarse bajo el presupuesto que la resolución de acusación se hubiese proferido al culminar la instrucción con plena observancia del debido proceso y de

las garantías que lo integran, entre ellas, primordialmente, el derecho a la defensa técnica.

1.9 Al abordar el tema del derecho de defensa, en sentencia del 22 de septiembre de 1998 (radicación 10771) la Sala indicó:

“Esta posibilidad de oposición y refutación de la pretensión punitiva del Estado debe ser real, continua y unitaria, características que se oponen a lo formal, lo temporal y lo soluble. No es, ni se trata, de llenar una exigencia de carácter normativo, sino de velar porque este derecho logre material y efectiva realización, obligación por cuyo cumplimiento debe propender el funcionario judicial encargado de la dirección del proceso.”

“El derecho a la defensa técnica o profesional es una prerrogativa intangible. El imputado no puede renunciar a ella, ni el Estado a su obligación de garantizarla. Si el procesado no quiere o no está en condiciones de designar un abogado que lo asista en el trámite procedimental, el órgano judicial tiene la obligación de proveérselo, y de estar atento a su desempeño, asegurándose que su gestión se cumpla dentro de los marcos de diligencia debida y ética profesional, propósito que por igual debe buscar en tratándose de abogados de confianza, designados a instancia del propio implicado.”

“No es que el órgano judicial pueda interferir en la estrategia defensiva del abogado; ni más faltaba. Mucho menos que pueda imponerle unos determinados derroteros a su gestión controversial. De lo que se trata es de evitar que el abandono de la gestión encomendada, entendida no como inactividad contenciosa, sino como ausencia absoluta de presencia procesal, desquicie la estructura básica del proceso.”

“En cumplimiento de su función el defensor puede, por su parte, ejercitar de manera amplia el derecho de contradicción mediante una activa controversia conceptual o probatoria, u optar por un silencio expectante dentro de los límites de la racionalidad,

como estrategia defensiva, susceptible de ser determinada a través de actos procesales que permitan inequívocamente establecerla.”

“Esta maniobra de simple supervisión del trámite procedimental, caracterizada por la ausencia de actos positivos de gestión, debe diferenciarse cuando el defensor, además de renunciar a los actos de contradicción probatoria e impugnación, no hace presencia procesal alguna, ni asume posturas de las cuales pueda deducirse una mínima actividad vigilante”.

Y en sentencia de enero 20 de 1999 (radicación 11242), la Corte acotó:

“Desde la óptica procesal, los actos irregulares, por regla general, son susceptibles de ser convalidados bajo ciertos condicionamientos, sin embargo, no es lo que ocurre con el derecho de defensa que constituye la excepción, en cuanto el legislador no admite que una transgresión de esa índole transcurra impunemente. Lo anterior significa que la única manera de subsanar la irregularidad sustancial denunciada y comprobada es retrotraer el proceso y reconstruirlo con la guía y cumplimiento de los principios constitucionales, desde el momento en que éstos resultaron quebrantados”.

1.10 Así las cosas, y como quiera que el derecho de defensa constituye la excepción al principio de convalidación de actos irregulares, solo resta subsanar la vulneración de esa garantía superior, invalidando todo lo actuado a partir de la vinculación de JULIO GALINDO TORRES como persona ausente, para que se restaure la constitucionalidad y la legalidad. En ese sentido se casará el fallo impugnado.

Como lo ha venido reiterando la Sala de Casación Penal y lo hizo en la sentencia del 11 de diciembre de 2003 (radicación 12971) frente a un caso similar, “se dejan a salvo las pruebas recaudadas, las cuales, en cuanto se reponga la instrucción, bien pueden ser objeto de controversia por parte de la defensa.”

1.11 Acorde con la decisión a adoptar, la Sala se abstendrá, por sustracción de materia, de revisar la legalidad de la sentencia de segundo grado al tenor del segundo reproche formulado por el libelista.

1.12 Como la nulidad abarca la calificación del mérito sumarial, se genera como consecuencia la necesidad de conceder libertad provisional a JULIO GALINDO TORRES, toda vez que ha permanecido en reclusión física desde el 9 de agosto de 2004, cuando fue capturado en la ciudad de Ibagué, por unidades de la Policía Nacional; y actualmente se encuentra confinado en la Cárcel de Calarcá (Quindío).

Por manera que, desde ese día hasta la actualidad ha transcurrido un lapso a todas luces mayor que el de 120 días, contemplado en el numeral 4° del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), de confinamiento físico sin que se hubiese calificado válidamente el mérito del sumario.

Lo anterior con la salvedad de que en caso de llegarse a saber que es requerido por otra autoridad judicial, será dejado a disposición de la misma.

1.13 El procesado JULIO GALINDO TORRES deberá suscribir la diligencia de compromiso a que se refiere el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal; y adquiere la obligación de cumplir las obligaciones que ahí se imponen, a riesgo de soportar las consecuencias legales en caso contrario.

El cumplimiento de tales obligaciones se garantizará mediante caución prendaria en cuantía de doscientos mil pesos (\$ 200.000), valor que consulta su situación socioeconómica actual, dada su prolongada reclusión y que se trata -posiblemente- de un artesano o un “naturista”² que deriva su manutención del trabajo realizado en esos ramos. Será consignado a órdenes del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario o de la entidad financiera que correspondiere, y se aportará el título judicial, el recibo de pago, el comprobante de

consignación, o su equivalente.

1.14 Para la notificación, recepción del título judicial, el recibo de pago, el comprobante de consignación, o su equivalente; la suscripción del acta de compromiso y la expedición de la boleta de libertad se comisionará al Juez Penal Municipal de Calarcá (Quindío), teniendo en cuenta que JULIO GALINDO TORRES permanece recluido en el Establecimiento Carcelario de Calarcá.

1.15. Es claro que la decisión de declarar la nulidad es parcial y exclusivamente con relación a JULIO GALINDO TORRES, quedando en firme lo actuado respecto de los otros implicados.

1.16 De las acciones y omisiones de la abogada Ana Margarita Durán León, debe enterarse la Sala Jurisdiccional Disciplinaria Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, con el fin de que analice la viabilidad de iniciar investigación administrativa, si a ello hubiere lugar. Para dicho efecto se expedirán copias íntegras del expediente con destino a dicha entidad entidades.

II. SOBRE LA DEMANDA A NOMBRE DE MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR

Aunque pueden admitirse como válidas las glosas que hace el Procurador Delegado respecto de la argumentación en términos estrictos del discurso casacional, los dos cargos que postula el libelista por errores de hecho por falso raciocinio permiten un análisis de fondo, pues en ellos es clara la queja en cuanto a que los Jueces de instancia analizaron el conjunto probatorio sin ceñirse a lo indicado lógicamente por cada uno de los medios de convicción, por aplicar deducciones de experiencia equivocadas y por dejar de lado varios elementos, que debieron concatenarse en el análisis reflexivo, de los cuales, lo más razonable era concluir que no existe certeza, acerca de que la implicada MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR hubiese intervenido como autora intelectual o determinadora en el homicidio de su sobrino Ikier Oliv Bastidas Aguilar.

Tal el sentido de las censuras, cuyo estudio se abordará conjuntamente, cuando el libelista asegura que los jueces de instancia interpretaron de manera errónea, incurriendo en falso raciocinio, las explicaciones suministradas por la procesada y las declaraciones de Yolanda Cárdenas Gómez (compañera de Ikier Oliv), Kenny Carolina Bastidas Aguilar (hermana de Ikier Oliv), Juan Fernando Acosta Medina (abogado asesor de Kenny), Giovanni Celis Albarracín (también abogado asesor de Kenny), Carlos Humberto Henao Navarro (celador) y Gilberto Padilla Naranjo (maestro de construcción); y que por el influjo de esos defectos en la estimación probatoria arribó a la conclusión de que MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR es penalmente responsable a título de determinadora o autora intelectual, con dolo eventual.

2.1 Cuestiones anteriores al homicidio, ocurrido el 20 de diciembre de 2001:

El expediente se nutre de información relacionada con varios acontecimientos, anteriores al homicidio, a los cuales los jueces de instancia no concedieron toda la importancia que revisten, y que tienen entidad para demostrar que, aunque MARTHA BASTIDAS TAFUR estaba interesada en la casa de propiedad de su sobrina Kenny Carolina Bastidas Aguilar, ese interés se manifestó a través de varias actuaciones, vías de hecho algunas y otras, inclusive, en estrados policivos y judiciales, ninguna de las cuales incluyó la muerte de su sobrino Ikier Oliv Bastidas Aguilar, al menos como una situación previsible, cuyo resultado ella hubiere dejado librado al azar.

-. La casa fue adquirida por Kenny Carolina Bastidas Aguilar, en septiembre de 2000, con la ayuda de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, quien fungió como agente oficiosa.

-. En diciembre de 2000, ya habían empezado los problemas por la convivencia en la misma casa, de la familia de MARTHA ASCENSIÓN y el sobrino Ikier Oliv Bastidas Aguilar con su compañera Yolanda Gómez Cárdenas.

En ese medio hostil, se presentó una pelea entre Grace Lizabeth Enciso Bastidas (hija de

Martha Ascensión) y Yolanda Gómez Cárdenas (compañera de Ikier Oliv). En esta riña, Yolanda mordió en un brazo a Grace Elizabeth “y trató de acuchillarme con un cuchillo de cocina”, y le causó lesiones que le depararon ocho días de incapacidad, sin secuelas.

Por tales acontecimientos, previa querrella el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal de Bogotá, con sentencia del 4 de diciembre de 2001, condenó a Yolanda Gómez Cárdenas a la pena principal de seis (6) meses de arresto, “como autora responsable a título de dolo de la conducta contravencional de lesiones personales dolosas.” (Folio44 cdno. 4)

El abogado Juan Fernando Acosta Medina fue el defensor de Yolanda Gómez Cárdenas en el trámite de la contravención, y apeló dicha decisión, que fue confirmada por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de Bogotá, con fallo del 19 de diciembre de 2001. (Folio 65 cdno. 4)

-. A la Inspección de Policía de Usaquén, el 24 de septiembre de 2001, compareció como querellante MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, con su apoderado, DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, y como querellado Ikier Oliv Bastidas Aguilar, representado por el abogado Juan Fernando Acosta Medina, y entre ellos suscribieron una conciliación, en la cual:

“Las partes se comprometen a guardarse mutuo respeto y a no agredirse, a agotar las vías del diálogo antes de acudir a las vías de hecho o a cualquier tipo de agresión”. (Folio 83 cdno. 1)

En ese documento afirma la procesada que otra querrella se instauró porque:

“mi hija llegó a la casa y no pudo ingresar debido a que la pureta (sic) estaba trancada por dentro, debo advertir que eso ya se solucionó y la idea no es continuar con la querrella, lo lógico es que si se encuentra una providencia en el Consejo, se debe esperar con calma

la decisión porque esta es la que va a establecer quién debe salir de la casa. Lo que pido es que se ponga una caución (a Ikier Oliv)- para que no vuelva a agredirnos y para evitar otros inconvenientes mayores". (Folio 83 cdno. 1)

-. Con providencia del 10 de octubre de 2001, el Consejo Superior de Justicia de Bogotá declaró que MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR era moradora legítima de la casa escenario de los conflictos.

-. Mediante Acta No. 09571 del 21 de noviembre de 2001, el Comandante de la Primera Estación de Policía Usaqué, efectuó una amonestación en privado, a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y a Ikier Oliv Bastidas Aguilar, "entre quienes se han presentado problemas de carácter policivo y contravencional".

En esa diligencia MARTHA ASCENSIÓN explicó:

"Desde el año pasado se han presentado problemas, atropellos verbales, y también darle patadas a la puerta, tratar de pegarme por parte de este señor aquí presente, vive en la misma casa la cual es de mis sobrina la hermana de él, él ha querido sacarnos de la casa y debido a eso sacó un amparo a domicilio ante la inspección de Usaqué, eso ya lo fallaron en el consejo de justicia a favor mío, el consejo de justicia manifestó que acudiéramos a la justicia ordinaria para que a mí se me paguen los dineros que se me deben porque yo hice todas las vueltas para la consecución de la casa. Yo solicito que el señor IKIER no se meta conmigo ni con mi hija (...).

Por su parte, Ikier Oliv Bastidas Aguilar, señaló:

"Lo que dice la señora es completamente falso, todo lo contrario, ella dice que se le adeuda unos dineros pero que diga cuáles, por crianza, a ella cuando mi hermana y yo decidimos que podía vivir en la casa, ella tenía una mala situación, se le trató de solucionar mientras resolvía su situación económica, por ser abogada y tener más conocimiento

que el presente, se le dio los papeles para comprar la casa, al inicio se pagaban los servicios de la casa compartido, y últimamente se los cancelo yo, quienes iniciaron el inconveniente fueron la señora MARTHA BASTIDAS e hijos, porque como han demostrado su intención de tratar de sacarme por las malas de la casa para tratar de apoderarse de la posesión de ella y seguir pidiendo dinero a mi hermana, que son \$ 150.000.000 por crianza, mi esposa presentó varias querellas por amenazas de muerte en contra de la señora y su familia (...)

La amonestación verbal dice lo siguiente:

“Se le manifiesta a las partes que a partir de la fecha no se deben de agredir física o verbalmente; ni lanzar otro tipo de amenazas, en forma directa ni por intermedio de terceros familiares” (78 cdno. 1)

-. Ikier Oliv Bastidas Aguilar elevó queja en contra de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y del ex esposo de ésta, DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, por cuanto ellos pretendían apoderarse de la casa de Kenny Carolina. (Prueba aportada por la parte civil, folio 52 cdno. 1)

-. En medio de ese nivel de conflicto, el 5 de diciembre de 2001, entre Ronald Davidoff Enciso Bastidas (hijo de la procesada) y JULIO GALINDO TORRES se suscribió un “Contrato de protección” así:

“Entre los suscritos, RONALD DAVIDOFF ENCISO BASTIDAS y JULIO GALINDO, ambos mayores de edad, identificados como aparece al pie de sus respectivas firmas, se ha celebrado contrato de acuerdo a las siguientes cláusulas:

—————PRIMERA.- RONALD DAVIDOFF ENCISO BASTIDAS contrata los servicios de JULIO GALINDO, para que proteja a la doctora MARTHA BASTIDAS TAFUR quien es su madre y a DOROTHY CAROLINA ENCISO BASTIDAS quien es su

hermana, de las posibles agresiones de que puedan ser víctimas, por parte de IKIER BASTIDAS TAFUR o de cualquier otra persona mandada por este, persona quien vive en un habitación de la misma casa en la calle 137 No. 19-26 de Bogotá en compañía de una mujer de nombre YOLANDA GOMEZ. - SEGUNDA.- Se hace necesario acudir a este tipo de protección, debido a que la doctora MARTHA BASTIDAS, como la niña DOROTHY CAROLINA ENCISO BASTIDAS son víctimas permanentes de las amenazas del anteriormente nombrado y siempre que se acude a la autoridad, niega todo lo que dice y hace. - TERCERA.- Para el cumplimiento del cometido del presente contrato de protección, se le suministrará al señor JULIO GALINDO espacio para sus elementos personales y para que pueda habitar dentro de la casa. - CUARTA.- Por los servicios de protección que prestará JULIO GALINDO a la doctora MARTHA BASTIDAS y a su hija DOROTHY CAROLINA ENCISO BASTIDAS, el contratante RONAL ENCISO le reconocerá la suma de CIENTO MIL PESOS por mensualidades vencidas, quedando entendido que no tendrá que pagar ni un centavo por concepto de arrendamiento durante el tiempo que permanezca en la protección de las anteriormente nombradas. - Además, en caso de hacerse necesario entregar el inmueble por orden del juez competente o por pago de las indemnizaciones que la doctora MARTHA BASTIDAS reclama, JULIO GALINDO se obliga a entregar a la doctora MARTHA BASTIDAS, dentro de los cinco días siguientes a que se lo requiera, los espacios que tenga ocupados, previa indemnización que RONAL DAVIDOFF ENCISO BASTIDAS le hará conforme se acuerda por separado.-

Para constancia se firma ante testigos en Bogotá, a los cinco días del mes de diciembre del año dos mil uno (2001).-----

Ese pacto fue suscrito por los contratantes, con sus rúbricas y números de cédula, y por un testigo.

En las gestiones de investigación, la Fiscalía conoció dicho contrato y lo utilizó como medio de prueba. (Folio 25 cdno. 2)

-. Ikier Oliv Bastidas Aguilar fue denunciado por MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, por el delito de violencia intrafamiliar, asunto que culminó por desistimiento, con resolución del 25 de abril de 2002, emitida por la Fiscalía 278 Local de Bogotá. (Folio 164 cdno. 4)

-. De otra parte, como informan los testigos a quienes se aludirá más adelante, Ikier Oliv Bastidas Aguilar se enfrentó contra su primo Davidoff Enciso Bastidas y contra JULIO GALINDO TORRES, en desarrollo de altercados en los que hubo de intervenir la Policía Nacional.

-. Gilberto Padilla Naranjo, maestro de construcción contratado por MARHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, para que hiciera mejoras locativas en la casa, confirió poder a un abogado para que iniciara acciones civiles contra ella, porque no le canceló totalmente los valores convenidos. Más adelante, Padilla Naranjo compareció al proceso en calidad de testigo a solicitud de la parte civil. (Folios 208, 210 y 219 cdno. 2)

2.2 Se recaudaron los testimonios de las personas que de alguna manera tuvieron conocimiento de la situación anterior:

-. Helmut Kaor Bastidas Narváez, primo de Ikier Oliv. Dijo que el occiso era buena persona pero agresivo, y que la hermana de él compró la casa para que todos vivieran ahí.

-. Mireya Bastidas Tafur, hermana de la procesada, aseguró que ésta arrendó a algunas personas que ella no conoce, una habitación de la casa que compró Kenny Carolina, para que vivieran ahí, en agradecimiento por la crianza.

-. Ronald Davidoff Enciso Bastidas, hijo de la procesada. Reiteró lo ya dicho por los anteriores y explicó que él contrató a JULIO GALINDO, quien era un artesano, para que permaneciera en la casa siempre que su mamá y su hermana estuvieran ahí; para evitar

problemas con Ikier Oliv.

-. Yolanda Gómez Cárdenas, compañera permanente de Ikier Oliv, dijo que ella estuvo presente cuando JULIO GALINDO lo mató, al disparar arma de fuego contra él.

Relató que regresaron al lugar de los hechos a sacar ropa, porque se estaban quedando en un hotel; observaron que fuera de la casa DAVID ENCISO BAÍN y JULIO GALINDO TORRES estaban dialogando, cuando advirtieron su presencia, DAVID se fue y JULIO se entró, colocándole pasador a la puerta, por eso tuvieron que timbrar; y cuando JULIO GALINDO quitó el pasador y abrió empezaron a discutir; fueron al segundo piso, continuaron alegando arriba; JULIO sacó un machete para pegarle a Ikier, pero éste se defendió cogiendo un palo; ella entró a su cuarto a sacar el celular y escuchó un disparo; JULIO salió corriendo con el machete y el revólver en la mano; bajó, cogió la bicicleta y se metió en la casa de DAVID ENCISO, a dos cuadras del lugar de los hechos.

Como antecedentes, explicó que MARTHA BASTIDAS llevó a la casa a JULIO GALINDO TORRES; y éste, cada vez que Ikier llegaba le formaba problemas.

Agregó que en días pasados, Ikier Oliv estaba abriendo la puerta y JULIO se le abalanzó y le dio una trompada. Llegó la policía y ambos fueron conducidos a una estación y luego a la Fiscalía, donde acudieron MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y DAVID ENCISO BAÍN y éste asistió a JULIO GALINDO como su defensor.

Reitera que la dueña de la casa era Kenny Carolina Bastidas Aguilar; reafirma que a MARTHA ASCENSIÓN le surgió la pretensión de quedarse con el inmueble y por ello, entre otras cosas, llevó a vivir a JULIO GALINDO y a otro señor, quienes agredían a Ikier Oliv cada vez que lo veían, y afirmaban que ellos estaban cumpliendo órdenes impartidas por MARTHA ASCENSIÓN.

Yolanda Gómez Cárdenas, sostiene que MARTHA ASCENSIÓN mandó matar a Ikier Oliv,

porque, entre otras cosas, un día le dijo que cuando estaba pequeñito debió haberle dado veneno, y que ahora ya grande no se iba a salvar; y en otra oportunidad, una hija de MARTHA ASCENSIÓN, llamada (Dorothy) Carolina, envió a un grupo de personas a desafiar a Ikier, pidiéndole que bajara “porque lo iban a quebrar”, pero como no bajó, lanzaron piedras contra la ventana, y después Carolina trató a Ikier de cobarde por no salir y le dijo que se había salvado de esa pero de otra no.

-. Kenny Carolina Bastidas Aguilar, hermana de Ikier Oliv, relató lo relacionado con la compra de la casa para que ahí viviera Ikier Oliv, que su tía MARTHA le ayudó a hacer las vueltas del negocio y por eso, aprovechó para instalarse allí abusivamente; con lo cual empezaron los problemas.

-. Rubén Darío Arana Salamanca, aseguró que MARTHA BASTIDAS le arrendó una habitación en la misma casa, por \$ 150.000 mensuales. Un día llegó Ikier y encontró la puerta con pasador, por eso no pudo entrar directamente; luego, cuando le abrieron, Ikier peleó con JULIO, quien ya se encontraba ahí. Vino la policía y se los llevaron detenidos a la Estación de Servitá. Ikier le contó que MARTHA no tenía autorización para arrendar piezas, y que pretendía hacerle la vida imposible para apoderarse de la casa. Luego de eso, él -Rubén Darío- decidió mudarse y no le devolvieron lo que había dado por arriendo.

-. Giovanni Enrico Celis Albarracín, abogado contratado por Kenny Carolina Bastidas Aguilar, para que atendiera los proceso policivos para la recuperación de la casa, refiere varios problemas por violencia mutua entre Ikier Oliv y sus parientes; y dice que un día al salir de la Estación de Policía de Servitá, DAVID ENCISO BAÍN (ex esposo de la coprocesada) se refirió en malos términos a Ikier Oliv, por haberle pegado a su hijo, y expresó: “IKIER no creerá que esto se va a quedar así, él tiene que pagar caro el hecho de haberle pegado a mi hijo en la nariz y esto no se arregla o termina hasta que aquí no haya un muerto.”

- En idéntico sentido declaró el también abogado, Juan Fernando Acosta Medina.
- Carlos Humberto Henao Navarro, celador del sector donde se ubica la casa escenario del crimen, contó que el día de los hechos, cuando Yolanda Gómez Cárdenas salió a pedir auxilio, porque habían disparado contra su esposo Ikier, vio salir de esa casa, en bicicleta, a una persona que describe como gorda y de baja estatura, quien se ingresó a otra vivienda, dos cuadras más adelante. (Esta resultó ser la casa de DAVID ENCISO BAÍN, coprocesado y esposo de MARTHA ASCENSIÓN).
- Gilberto Padilla Naranjo, plomero que fue contratado por MARTHA ASCENSIÓN, para que hiciera arreglos en la casa en disputa, los cuales duraron entre dos y tres meses, durante los cuales conoció a la familia, comenta que Ikier Oliv le contó que la vivienda era de la hermana de él y por eso él también supervisaba las obras. Le consta haber presenciado insultos entre Ikier y MARTHA ASCENSIÓN por cuestiones relacionadas con manejo del dinero destinado a la casa; y dice haber escuchado que ella repetía que prefería ver muerto a Ikier. Señala que la única persona que vio con un revólver fue a DAVID ENCISO, que lo llevaba en la cintura.
- Cuando la Fiscalía hizo presencia para la inspección del cadáver, enterada de las versiones que aseguraban que JULIO GALINDO TORRES se refugió en la casa de DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, también registró la casa de éste; no se encontró al autor material del crimen, ni elementos que aportaran alguna luz del mismo. Ahí había una bicicleta, pero respecto de este medio de transporte no se desplegó ninguna actividad investigativa.

2.3 La sentencia condenatoria de primera instancia contra MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y JULIO GALINDO TORRES:

El A-quo hizo las siguientes afirmaciones:

- Los parientes que rindieron testimonio tienen una clara intención de favorecer a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, tratando, en vano, de hacer creer que los problemas se originaron por el temperamento de Ikier Oliv Bastidas Aguilar (occiso) y de su compañera Yolanda Gómez Cárdenas; cuando, en realidad ocurrió todo lo contrario, pues ni la procesada ni sus hijas aceptaron la presencia de ellos en la casa que adquirió Kenny Carolina Bastidas Aguilar (hermana de la víctima).
- Un indicio contra la procesada, consiste en que no es creíble que Kenny Carolina hubiese decidido girar \$ 230.000.000 para la compra de la casa, supuestamente para que viviera su tía MARTHA ASCENSIÓN, cuando en Bogotá estaba su hermano Ikier Oliv, quien necesitaba todo su respaldo.
- La difícil situación económica que atravesaban MARTHA ASCENSIÓN y sus tres hijos, condujo a la procesada a intentar apoderarse de la casa de Kenny Carolina, iniciando una batalla jurídica, hasta que el Consejo de Justicia de Bogotá declaró que ella -MARTHA ASCENSIÓN- era moradora legítima y fue ahí cuando permitió el ingreso de JULIO GALINDO TORRES (autor material del homicidio) y Darío Arana Salamanca, siendo éste una persona que inocentemente llegó allí y tuvo que presenciar el ambiente de violencia generado entre los parientes.
- Entre las argucias para quedarse con la casa, MARTHA ASCENSIÓN recordó que ella había ayudado a criar a Kenny Carolina y a Ikier Oliv, por lo cual, tenían que pagar la suma de \$ 150.000.000, si querían que les devolviera el inmueble; y se dedicó a hacer la vida imposible a Ikier y a su compañera, en procura de que ellos se fueran.
- Son completamente creíbles y coherentes los testimonios de los abogados Giovanni Enrico Celis Albarracín y Juan Fernando Acosta Medina; y la declaración de Gilberto Padilla Naranjo, el plomero que hizo trabajos en la casa; en cuanto a la hostilidad creada contra Ikier Oliv, amenazado de muerte, y a las intenciones de MARTHA ASCENSIÓN

consistentes en apoderarse de la casa, o exigir la suma de \$ 150.000.000 para desocuparla.

-. JULIO GALINDO TORRES llegó a la casa “como guardaespaldas o arrendatario” de Ronald Enciso Bastidas y la procesada MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR. Así, JULIO se encargó de repeler, “presionar, provocar y sacar de sus casillas a IKIER” y formarle problemas cada que llegara a la casa, como el día del crimen, cuando JULIO puso pasador a la puerta, generando la reacción de Ikier y la reyerta final cuando lo mató, según lo cuenta Yolanda Gómez Cárdenas (compañera del occiso) en versión diáfana y creíble.

-. MARTHA ASCENSIÓN es la autora intelectual del homicidio “toda vez que existe en el paginario la demostración clara y fehaciente que así lo demuestra; como por ejemplo el hecho de haber buscado a una persona so pretexto que la acompañara dizque para que le sirviera de testigo cada vez que fuera agredida por el hoy obitado, y esa misión se la recomendó a un personaje que conoció en situación por demás confusa y resultó ser JULIO GALINDO TORRES”. (...) “La misión de este oscuro personaje era la de agraviar, ofender y provocar a IKIER”; tenía que desesperar a Ikier y a su pareja, haciendo cualquier cosa que fuera necesaria, hasta que lo consiguió.

-. JULIO GALINDO TORRES es el autor material de la muerte de Ikier Oliv Bastidas Aguilar; es un “sicario” contratado; y el homicidio fue ideado por MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, quien contrató a aquél “para que las protegiera a costa de lo que fuera”; “por eso la misión era permanecer en la casa siempre que la procesada y su hija CAROLINA estuvieran allí, e intervenir, fuera como fuera en su defensa”. (Folio 221cdno 4)

-. Se trató de un actuar doloso de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, a título de dolo eventual, con móvil económico y verificado por una serie de indicios, “tales como el de

mala justificación, oportunidad para delinquir, la animadversión, la venganza y al huída de JULIO GALINDO TORRES, hechos indicadores que quedaron ampliamente demostrados a lo largo de las anteriores argumentaciones.”

-. El dolo es eventual, porque este ocurre cuando el agente se representa un resultado dañoso, lo mira con indiferencia y no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando así sus consecuencias.

-. No puede admitirse la teoría de la legítima defensa que aduce el defensor de oficio de JULIO GALINDO TORRES, porque no concurren los presupuestos exigidos para su reconocimiento, pues el primer agredido fue Ikier Oliv, quien recibió un planazo de peinilla que le propinó JULIO, y cuando Ikier tomó un palo para defenderse, JULIO le disparó.

-. El homicidio no es agravado, porque el numeral 1° del artículo 104 del Código Penal no abarca dentro de su ámbito de protección, a los sobrinos que se encuentran en el cuarto grado de consanguinidad.

2.4 Sentencia del 9 de diciembre de 2003, absolutoria de primera instancia a favor de DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, en aplicación del principio in dubio pro reo.

Para absolver ENCISO BAÍN, el Juez Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, señaló:

- En criterio del A-quo es creíble la versión de ENCISO BAÍN, en el sentido que él no podía inmiscuirse en problemas, porque tenía una condena de ejecución condicional por el delito de estafa; razón por la cual podía perder el beneficio, si llegaba a enfrentarse o a amenazar a Ikier Oliv; y que por ello asesoró a su ex esposa MARTHA ASCENSIÓN, acudiendo siempre a las vías legales.

-. Aún cuando ENCISO BAÍN tuvo armas de fuego legalmente amparadas durante algún tiempo, suministró las explicaciones acerca de la manea como perdió esas armas; el

Ministerio de defensa corroboró esa afirmación; y no se estableció que él hubiese entregado a JULIO GALINDO TORRES el revólver con el cual cometió el homicidio.

-. El maestro de obra, Padilla Naranjo, “pudo haber declarado como lo hizo, por animadversión contra MARTHA ASCENSIÓN ya que ésta se negó a pagarle un saldo que quedó pendiente por el incumplimiento de la obra.” (Folio 27 cdno. Tribunal)

-. También descarta la declaración del celador Carlos Humberto Henao Navarro, quien dijo que el agresor huyó en bicicleta y se refugió en la casa de ENCISO BAÍN. Pues la policía llegó hasta esa casa y no dejó anotación alguna respecto de la presencia de ese medio de transporte, ni lo incautó, ni tomó huellas; “obviamente nos asalta una nueva duda, que consiste en que si todo lo que observó este vigilante en realidad de verdad sucedió como él lo narró o si por el contrario, no tuvo la percepción real de lo ocurrido la mañana de autos.”

-. Resta crédito a la declaración de los abogados Celis Albarracín y Acosta Medina (asesores de Kenny Carolina e Ikier Oliv), quienes aseguran que en su presencia DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN dijo que jamás perdonaría a Ikier Oliv por haberle roto la nariz a su hijo Ronald y que ese problema se resolvería solamente con un muerto.

Si bien, se observa animadversión – dice A-quo- “esa advertencia por sí sola no es suficiente para afirmar, DAVID GUILLERMO cumpliera con ese mandato; menos aún, si se tiene en cuenta las dudas que atrás quedaron reseñadas”.

-. Respecto de ENCISO BAÍN no se cumple ninguna de las formas de determinación, como para tenerlo como autor intelectual del homicidio, a saber, orden, mandato, coacción, consejo o convenio; no está probado que determinó en concreto unas lesiones o un homicidio; “no es jurídicamente posible determinar a otro a que ejecute un hecho indeterminado”; “la determinación debe ser informada por la inequívoca intención de que se ejecute el hecho”.

2.5 Fallo de segundo grado, del 28 de junio de 2004, contra los tres implicados

Al resolver los recursos de apelación interpuestos por el defensor de JULIO GALINDO TORRES, MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y por el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior de Bogotá, ratificó la condena contra los dos primeros, y revocó la absolución para condenar a ENCISO BAÍN como cómplice, por las siguientes razones:

2.5.1 Sobre la responsabilidad de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR:

- Si bien no hay prueba directa, sí está comprobado que ella profirió amenazas contra su sobrino, para matarlo o desaparecerlo.
- Su único propósito era apoderarse de la casa de Kenny Carolina Bastidas Aguilar, a como diera lugar, hostigando a Ikier Oliv; arrendó alcobas sin el consentimiento de la propietaria y persistió en vivir ahí, sin importar que los servicios públicos estuvieran cortados.
- A pesar de que fue Ronald Davidoff quien contrató los servicios de JULIO GALINDO para que cuidara a la procesada MARTHA BASTIDAS y a su hija, fue la implicada quien le permitió ingresar a la casa.
- Kenny Bastidas (hermana del occiso y propietaria de la casa), Juan Fernando Acosta y Giovanny Celis (abogados), Gilberto Padilla (maestro de construcción) y Yolanda Gómez Cárdenas (compañera permanente de Ikier Oliv), son enfáticos al reiterar las amenazas de las cuales fue objeto el occiso por parte de su tía. Y aunque no coinciden en todo, no se trata de contradicciones sustanciales, sino del relato de cada quien según su propia percepción.
- MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR fue determinadora del homicidio, pues no sólo

permitió el ingreso del autor material, JULIO GALINDO, sino que aprovechaba cualquier oportunidad para provocar la reacción de Ikier Oliv, como lo hacía JULIO, recibiendo órdenes de aquella, al poner el pasador en la puerta para que éste no pudiera ingresar.

2.5.2 Sobre la responsabilidad de JULIO GALINDO TORRES:

- Las consideraciones anteriores también caben respecto de este procesado.
- En su contra existe la sindicación directa, de ser el autor material del homicidio, porque al cometerlo fue visto por Yolanda Gómez Cárdenas, quien ingresó a la casa con Ikier Oliv.
- JULIO no actuó en legítima defensa; Ikier Oliv no lo agredió inicialmente, sino que fue golpeado con un machete; Ikier Oliv no penetró arbitrariamente a la habitación que ocupaba JULIO GALINDO, quien, por el contrario, le disparó mientras la víctima sólo tenía un palo para tratar de protegerse del machete.
- De igual manera, se descarta la circunstancia atenuante de la ira, ya que las pruebas no hablan de una provocación grave e injusta.

2.5.3 Sobre la responsabilidad de DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN:

- Contrario a lo sostenido por el A-quo, para el Tribunal Superior de Bogotá, no existen dudas acerca de la participación de ENCISO BAÍN, pues el expediente contiene pruebas que lo ubican en calidad de cómplice del homicidio investigado.
- No es cierto que ENCISO BAÍN no pudiese inmiscuirse en los problemas con Ikier Oliv, por cuanto podían revocarle la condena de ejecución condicional que tenía por haber incurrido en un delito de estafa.

- ENCISO BAÍN siempre actuó como apoderado de la contra parte de Ikier Oliv. Defendió a JULIO GALINDO y a Rubén Arana en la Inspección de Policía de Usaquén, cuando fueron conducidos por una pelea con Ikier; asesoró a su ex esposa MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR en la querrela por perturbación de domicilio, hasta conseguir que el Consejo de Justicia de Bogotá la declarara moradora legítima del inmueble en litigio. Ello demuestra su interés, aunque indirecto, en la posesión de ese bien.
- Ante el fracaso de todas las formas de hostigamiento contra Ikier Oliv, quien también era morador legítimo, “decidió secundar a su esposa a fin de darle muerte”.
- ENCISO BAÍN fue a la casa el día de los hechos, pero no para visitar a su hija, como lo dice en indagatoria, sino por el “hecho de tener que hablar con JULIO GALINDO acerca de lo que él perfectamente sabía que sucedería con posterioridad, para poder así mismo, ultimar los detalles de la posible huída del asesino del lugar de los hechos”.
- ENCISO BAÍN amenazó reiteradamente a Ikier Oliv; “cuando -las amenazas- son repetitivas, lo único que demuestra es el deseo de una persona de materializarlas”. Sobre ello declararon Yolanda Gómez, Gilberto Padilla y los abogados Celis y Acosta.
- Constituye el indicio de mala justificación, por parte de ENCISO BAÍN, la afirmación según la cual los abogados Celis y Acosta declararon en su contra, como represalia porque él los venció en el proceso policivo. Contrario a ello, los abogados son conscientes de que no todos los procesos son iguales y existen variedad de decisiones.
- El autor material del crimen, JULIO GALINDO, huyó a refugiarse en la casa de DAVID ENCISO BAÍN; aunque la policía, que llegó unos quince minutos después no lo haya encontrado. Pero sí estaba ahí la bicicleta en que el celador Carlos Humberto Henao dice que vio fugarse al agresor; sólo que la Fiscalía no le concedió importancia para la investigación a ese medio de transporte.

-. ENCISO BAÍN colaboró para el escape definitivo de JULIO GALINDO, lo cual indica con certeza la coadyuvancia de aquél con los otros partícipes en el crimen de Ikier Oliv.

Así, revocó la absolución, y en su lugar, lo condenó a diez años de prisión, como cómplice de homicidio.

2.6 Se observa, para iniciar, una disparidad de criterios entre el Juez de primer grado y el Tribunal Superior, de tal manera trascendente, que da al traste con solidez del fallo conformado por las sentencias de instancia.

En efecto, mientras el A-quo condenó a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, como autora intelectual o determinadora de homicidio con dolo eventual, porque supuestamente fue indiferente sobre los resultados de lo que pudiese hacer JULIO GALINDO TORRES; para el Ad-quem se trató de un homicidio directo, premeditado.

A la sazón, el Tribunal Superior de Bogotá expresó que DAVID ENCISO BAÍN “decidió secundar a su esposa a fin de darle muerte”, como si MARTHA ASCENSIÓN hubiese tenido la finalidad reflexiva de matar a su sobrino Ikier Oliv.

Además, el Juez colegiado afirmó que ENCISO BAÍN fue a la casa escenario del crimen, no para visitar a su hija, sino por el “hecho de tener que hablar con JULIO GALINDO acerca de lo que él perfectamente sabía que sucedería con posterioridad, para poder así mismo, ultimar los detalles de la posible huída del asesino del lugar de los hechos”.

No es jurídicamente compatible que mientras a MARTHA ASENSIÓN se le condene como determinadora de un homicidio con dolo eventual, a su ex esposo se le condene como cómplice del mismo homicidio, cometido con dolo directo.

Esa disyuntiva, a la que el Tribunal Superior no aludió para explicarla o despejarla, conspira contra el principio lógico de no contradicción y empieza a enseñar que en

realidad en el fallo se sentaron conclusiones que provienen de un razonamiento errado.

2.7 Haciendo eco de la resolución acusatoria, el Juez de primera instancia asegura que JULIO GALINDO TORRES fue un “sicario” contratado por la procesada; no obstante, ante la imposibilidad probatoria de endilgar a MARTHA ASCENSIÓN la determinación en el homicidio, tuvo que aventurar sin mayor argumentación la hipótesis del dolo eventual, con lo cual se evidencia la desubicación conceptual, pues como el “sicario” es un asesino asalariado, según el Diccionario de Lengua Española de La Real Academia, resulta cuando menos extraño que se hubiese contratado a uno de ellos, para determinarlo “eventualmente”, a cometer un homicidio.

Pues si alguien contrata los servicios de un asesino asalariado y este mata, al determinador debe atribuirse dolo directo; o sino, carecería de sentido admitir que el autor material es un “sicario”.

2.8 Las inconsistencias empezaron a mostrar su intensidad cuando en la sentencia de primera instancia se afirma que JULIO GALINDO TORRES es un sicario, sin contar por lo menos con un medio de prueba que mueva a esa convicción. En el expediente sólo se dice de él que es un artesano, o se refieren a él como un indigente, o un drogadicto o un vago; y como huyó del lugar de los hechos, ningún detalle se conoce acerca de sus verdaderas condiciones personales.

Se precisa recordar que JULIO GALINDO TORRES fue contratado, a través de un documento, no por la procesada, sino por su hijo Ronald Davidoff Enciso Bastidas, el 5 de diciembre de 2001 (quince días antes del homicidio), “para que proteja a la doctora MARTHA BASTIDAS TAFUR quien es su madre y a DOROTHY CAROLINA ENCISO BASTIDAS quien es su hermana, de las posibles agresiones de que puedan ser víctimas, por parte de IKIER BASTIDAS TAFUR o de cualquier otra persona mandada por este, persona quien vive en un habitación de la misma casa en la calle 137 No. 19-26 de Bogotá en compañía

de una mujer de nombre YOLANDA GOMEZ.”

En el supuesto del que parte el fallo, es decir, de la contratación de un sicario, en las circunstancias de este específico asunto, se detectan varias situaciones que son completamente contrarias a las reglas de la experiencia, entre ellas: i) que quien pretende matar a otro, contrate los servicios de un sicario a través de un documento, firmado con los nombres y el número de la cédula de ciudadanía de los contratantes; ii) que el interesado en la muerte programada conserve ese documento entre sus cosas cotidianas, sin ocultarlo; iii) que el sicario vaya a vivir a la misma casa del contratante y su familia, dando a conocer su identidad; iv) que el sicario acuda ante las autoridades, por peleas previas con la supuesta víctima y suministre los datos que lo individualizan e identifican; y v) que el sicario y quien lo contrata participen en actuaciones policivas que concluyen en pactos o acuerdos conciliatorios de convivencia con la presunta víctima.

La experiencia indica todo lo contrario, es decir, que el contacto con el sicario es clandestino, que su ataque es furtivo y que los comprometidos en una empresa de ese género procuran no dejar rastros.

Tampoco se observó en el fallo que ese contrato fue suscrito el 5 de diciembre de 2001, cuando las agresiones mutuas de las partes enfrentadas, de un lado, Ikier Oliv y su compañera Yolanda Gómez Cárdenas, y de otro, MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y sus hijos, ya habían trascendido a las inspecciones de policía y aún a los estrados judiciales.

Ikier Oliv y su compañera fueron tomados en el fallo como víctimas pasivas de provocaciones injustas por parte de MARTHA ASCENSIÓN y su familia. El expediente, sin embargo, indica que ellos -Ikier y su compañera Yolanda Gómez Cárdenas- también eran hostiles. Basta recordar que Yolanda Gómez Cárdenas agredió a Grarce Lizabeth Enciso Bastidas (hija de la procesada), y fue condenada por el Juzgado Treinta y Siete

Penal Municipal de Bogotá, con sentencia del 4 de diciembre de 2001, a la pena principal de seis (6) meses de arresto, “como autora responsable a título de dolo de la conducta contravencional de lesiones personales dolosas”, decisión confirmada por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de Bogotá, con fallo del 19 de diciembre de 2001. (Folio 65 cdno. 4)

Se descartó en esa condena contravencional, que la compañera de Ikier Oliv, hubiese actuado en defensa de su integridad o que hubiera sido injustamente provocada. Dicha sentencia habla nítidamente de lesiones dolosas.

Se sabe también, porque así lo indican las pruebas, que Ikier Oliv Bastidas Aguilar se enfrentó físicamente con su primo Davidoff Enciso, le rompió la nariz, e intervino la policía del sector ante la fuerza del escándalo.

En ese estado de la cuestión se contrató los servicios de JULIO GALIDO TORRES, quien fue llevado a vivir a la casa, para que “protegiera” a MARTHA ASCENSIÓN y a su hija mientras permanecieran ahí, según dice ese texto.

No tiene respaldo con asidero en el acopio probatorio la afirmación que hace el fallo, según la cual a JULIO GALINDO TORRES se le encomendó la misión de provocar y desesperar a Ikier Oliv, buscando su reacción.

El recurso de poner el pasador en la puerta para no dejar entrar a los otros no lo inventó JULIO GALINDO TORRES, como una maniobra de provocación contra a Ikier Oliv, cumpliendo órdenes de MARTHA ASCENSIÓN.

Con antelación Ikier Oliv se valió de ese medio -trancar la puerta por dentro- y ello desató un fuerte enfrentamiento, con intervención de las autoridades; al punto que en la Inspección de Policía de Usaquén, el 24 de septiembre de 2001, al suscribir el acta de conciliación MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, indicó: “mi hija llegó a la casa y no

pudo ingresar debido a que la puerta estaba trancada por dentro, debo advertir que eso ya se solucionó y la idea no es continuar con la querella, lo lógico es que si se encuentra una providencia en el Consejo, se debe esperar con calma la decisión porque esta es la que va a establecer quién debe salir de la casa. Lo que pido es que se ponga una caución (a Ikier Oliv) para que no vuelva a agredirnos y para evitar otros inconvenientes mayores". (Folio 83 cdno. 1)

2.9 En expresiones como la anterior, "evitar inconvenientes mayores" y aquella según la cual los problemas no terminarían hasta que no hubiese un muerto -que se atribuye a DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN- los Jueces de instancia fincan la supuesta advertencia de que Ikier Oliv Bastidas Aguilar iba a ser ultimado.

Esa conclusión insular desconoce todos los antecedentes, entre los cuales se encuentra que MARTHA ASCENSIÓN pidió a la autoridad competente que se fijara una caución a Ikier Oliv, "para que no vuelva a agredirnos y para evitar inconvenientes mayores".

Vale decir, el razonamiento errado del A-quo, consiste en que a la previsibilidad de que las cosas empeoraran, dado el ambiente de constante riña, le adjudicó la aceptación, al menos como posible, de que Ikier Oliv fuera asesinado por JULIO GALINDO TORRES, aserto en el cual el Juzgador dejó por fuera que MARTHA ASCENSIÓN también había acudido a las autoridades competentes para poner en conocimiento los problemas y "evitar inconvenientes mayores".

Ningún elemento probatorio indica, pues -y menos en el grado de certeza-, que la procesada hubiese querido asesinar a su sobrino (dolo directo) ni que hubiese aceptado el hecho de su muerte a manos de JULIO GALINDO TORRES, al menos como una posibilidad, cuyo resultado ella hubiere dejado librado al azar (dolo eventual).

El expediente no contiene información acerca del por qué JULIO GALINDO TORRES tenía una arma de fuego y nada indica que MARTHA ASCENSIÓN o su hijo se la hubieran

suministrado; y aunque se supo que DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN en algún tiempo tuvo armas amparadas, ningún medio de prueba permite inferir que este procesado haya sido quien dotó a JULIO GALINDO TORRES de un revólver.

2.10 No se desconoce lo que luce evidente, es decir, que MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR anidaba la pretensión de quedarse con la casa de su pariente, o sacar el mayor provecho de ese inmueble, llegando incluso a solicitar \$ 150.000.000 por los gastos de crianza de sus sobrinos Ikier Oliv y Kenny Carolina, como condición para desocuparla. La solicitud de esa “indemnización” tampoco se ocultó a las autoridades, policivas ni judiciales, ni fue negada por la procesada.

El cúmulo de circunstancias de hecho y jurídicas que envolvieron esa problemática, enseñan que MARTHA ASCENSIÓN, de acuerdo con su hijo Ronald Davidoff, decidió permitir que JULIO GALINDO TORRES y Rubén Darío Arana fueran a vivir en la casa, en calidad aparente de arrendatario el primero, pero en realidad algo así como un guardaespaldas, y el segundo sí como un inquilino; pero todo ello, con la finalidad de mantener el control de la casa y continuar en su pretensión de poseedora.

Rubén Darío Arana, relató que un día llegó Ikier Oliv y encontró la puerta con pasador, por eso no pudo entrar directamente; luego, cuando le abrieron, Ikier Oliv peleó con JULIO, quien ya se encontraba ahí. Vino la policía y se los llevaron detenidos a la Estación de Servitá; y dijo que Ikier le contó que MARTHA no tenía autorización para arrendar piezas, y que pretendía hacerle la vida imposible para apoderarse de la casa. Luego de eso, él -Rubén Darío- decidió mudarse y no le devolvieron lo que había dado por arriendo.

Nótese que Rubén Darío Arana salió de esa casa por su propia voluntad, al percatarse de los conflictos, suscitados por los enfrentamientos descritos, que Ikier Oliv coprotagonizaba, porque él tenía claro que lo que pretendía su tía era sacarlos de la casa para quedarse con el inmueble.

2.11 La mañana del 20 de diciembre de 2001, cuando Ikier Oliv llegó a la casa, con su compañera Yolanda, tuvo lugar un nuevo enfrentamiento con JULIO GALINDO TORRES:

“Hoy nosotros nos levantamos y salimos a hacer unas llamadas, nos regresamos a sacar ropa porque nos estábamos quedando en un hotel, cuando llegamos estaba DAVID ENCISO BAHENA (sic) afuera hablando con JULIO GONZÁLEZ (sic), cuando nos vieron venir en la esquina DAVID se fue y JULIO se entró y le echó pasador a la puerta, después nosotros timbramos porque la puerta estaba con pasador, cuando JULIO le quitó el pasador abrió la puerta y empezaron a discutir por eso, siguieron discutiendo arriba, JULIO sacó un machete y le mandó un machetazo y él se defendió con el palo, yo me entré a sacar el celular a mi cuarto y cuando salí otra vez escuché el disparo y JULIO salía corriendo con el machete en la mano y con el revólver en la mano (...).” (Folio 8 cdno. 1)

Nada indica que ese último episodio hubiese sido programado, esperado o previsto, en sus detalles y pormenores, por MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR (dolo directo), ni que ella hubiese previsto el homicidio al menos como probable y que su no producción la dejara librada a azar (dolo eventual). Se trató de una pelea de dos hombres armados, uno con un palo y otro con un machete, en desarrollo del cual, por alguna razón que el expediente no aclara, JULIO GALINDO TORRES decidió disparar contra Ikier Oliv y le segó la vida.

En el álbum fotográfico se aprecia un palo grande, que es un listón o cuartón, junto al cadáver. Si ese fue el instrumento que utilizó Ikier Oliv para enfrentarse a JULIO, es factible formarse una idea de lo que pudo haber ocurrido. (Folios 30 y 31 cdno. 2)

2.12 En esas condiciones, no puede negarse que con sus acciones – pretender quedarse con la casa, querer sacar a Ikier Oliv y a su compañera, llevar a JULIO GALINDO TORRES como guardaespaldas, vigilante o morador- MARTHA ASCENSIÓN tomó parte en el

curso causal que culminó con la muerte.

Pero es claro el principio rector del derecho penal estipulado en el artículo 9° de la Ley 599 de 2000, al establecer que “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

En otras palabras, no se puede imputar jurídicamente el homicidio de Ikier Oliv a MARTHA ASENSIÓN BASTIDAS TAFUR, porque nada indica que ella hubiese querido que JULIO GALINDO TORRES matara a su sobrino (dolo directo); y porque el recaudo probatorio tampoco permite concluir que ella previó la posibilidad de que ese delito ocurriera y, sin embargo, dejara librada al azar su no producción (dolo eventual), en los términos del artículo 22 del Código Penal, Ley 599 de 2000.)

2.13 Por lo antes expuesto, le asiste razón al libelista en cuanto sostiene que los funcionarios judiciales apreciaron de manera errada las declaraciones de Yolanda Cárdenas Gómez (compañera de Ikier Oliv), Kenny Carolina Bastidas Aguilar (hermana de Ikier Oliv), Juan Fernando Acosta Medina (abogado asesor de Kenny), Giovanny Celis Albarracín (abogado asesor de Kenny), Carlos Humberto Henao Navarro (celador) y Gilberto Padilla Naranjo (maestro de construcción); porque de tales versiones derivaron la existencia de plurales episodios de violencia y amenazas que ligaron con el homicidio.

En el fallo se resta mérito a lo declarado por los parientes y amigos de MARTHA ASENSIÓN BASTIDAS TAFUR, por tratar de favorecerla. No obstante, similar o parecida regla de experiencia no se utilizó para analizar el testimonio de Yolanda Gómez Cárdenas, quien minimiza la intervención de Ikier Oliv; ni se utilizó para apreciar lo declarado por los abogados que participaron en los procesos policivos y judiciales y luchaban por la causa de Kenny Carolina Bastidas Aguilar, por supuesto, a cambio de sus honorarios legítimos; ni para sopesar lo dicho por el maestro de obra, quien terminó

enfrentado con la procesada, porque no le pagaron completamente el precio de las obras ejecutadas.

El análisis sereno y más detallado de todo lo ocurrido –sin perjuicio del reproche moral que mereciere MARTHA ASCENSIÓN-, llevaba a concluir que la muerte de Iker Oliv Bastidas Aguilar se dio en medio de una pelea contra JULIO GALINDO TORRES, quien deberá comparecer a explicar a las autoridades las razones de su comportamiento, cuando se rehaga el proceso respecto de él con todas las garantías fundamentales.

De ninguna manera, entonces, es posible arribar a la convicción en el grado de certeza que la implicada es penalmente responsable.

En consecuencia, se casará el fallo impugnado y, en su lugar, se absolverá a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, a quien se le concederá libertad inmediata e incondicional.

III. SOBRE LA DEMANDA A NOMBRE DE DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN

El procesado DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN fue absuelto en primera instancia, pero condenado por el Tribunal Superior como cómplice del homicidio endilgado a su ex esposa MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, como autora intelectual –con dolo eventual-.

Las razones antes expuestas por la Sala, para casar el fallo y absolver a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, generan el mismo efecto en el caso ENCISO BAÍN, pues como de este procesado el Ad-quem afirma que “decidió secundar a su esposa a fin de darle muerte”, si jurídicamente no es posible tenerla a ella como partícipe determinadora, menos es factible pensar en la posibilidad del cómplice, figura jurídica ésta que sólo es predicable en tanto y en cuanto se establezca primeramente la intervención principal en la ejecución del injusto penal.

En cuanto a la necesidad de dejar vigente la absolución al procesado ENCISO BAÍN, decidida en primera instancia, como consecuencia de la casación que prospera, se comparte el concepto emitido por el Procurador Primero Delegado para la Casación Penal.

No empece, como algunos cargos involucran peticiones de nulidad procesal, la Sala abordará su estudio, bajo el convencimiento de que a una sentencia absolutoria no puede llegarse sino después de culminar un proceso penal formal y materialmente válido; ya que un proceso viciado de nulidad no podría guiar legítimamente hacia una sentencia absolutoria.

3.1 SOBRE EL PRIMER CARGO. Nulidad por vulneración del derecho de contradicción y tardía vinculación

Pese a que el censor asegura que se vulneraron garantías fundamentales de ENCISO BAÍN, ninguna explicación adicional suministró para llevar a la Sala al convencimiento de que la compulsación de las copias del proceso inicialmente abierto contra los coprocesados, menguó algunas de sus garantías esenciales.

En particular, el libelista no mencionó si existió algún obstáculo para el ejercicio del derecho a controvertir, ni dijo por qué, lo que él considera vinculación tardía menguo las posibilidades concretas de su defensa, ni señaló alguna prueba específica que no hubiese podido cuestionar.

De otro lado, ENCISO BAÍN –quien es abogado– asumió sistemáticamente su defensa material y además estuvo siempre asistido por un abogado de confianza, de modo que solicitaron las pruebas que estimaron necesarias e impugnaron las principales decisiones de los funcionarios judiciales, sin más límite que el que imponen las propias normas.

No se observa, pues, que los derechos fundamentales de ENCISO BAÍN se hubiesen

conculcado y, por ello, el cargo no sale adelante.

Los asertos precedentes contribuyen también a desestimar el CUARTO CARGO, que el casacionista presenta como falso juicio de legalidad por idénticas razones, bastando agregar que ninguna tacha merecieron las pruebas colectadas en la investigación contra MARTHA ASENCIÓN y JULIO GALINDO, por lo cual dichos medios, legalmente producidos, bien pudieron trasladarse al sumario que surgió a partir de la ruptura de la unidad procesal, de conformidad con el artículo 239 de la Ley 600 de 2000, según el cual, las “pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país”.

Igual ocurre con el QUINTO CARGO, donde so pretexto de la falta de aplicación de normas supraleales, el libelista insiste una vez más en que la prueba se adujo contra DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN sin que el procesado y su defensor pudieran intervenir para contrainterrogar y controvertir.

Sin demostrar que se socavó el debido proceso o el derecho a la defensa, no es apropiado asegurar que dejaron de aplicarse las normas del bloque de constitucionalidad que contemplan esas prerrogativas.

3.2 SOBRE EL SEGUNDO CARGO: Nulidad por falta de motivación del fallo y violación del derecho a la defensa

En la reseña que se hizo al analizar la demanda a nombre de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, se aludió a las consideraciones que tuvo el Tribunal Superior de Bogotá para condenar a DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, como cómplice del homicidio de Ikier Oliv Bastidas Aguilar.

Como en el mismo fallo se trató el caso de los tres implicados, buena parte de sus motivaciones plasman el pensamiento del Tribunal Superior con relación al conjunto de

pruebas, de manera global; y cuando se hizo necesario, se ofrecieron las razones específicas para la condena de ENCISO BAÍN, siendo suficiente la lectura, para constatar que el A-quo ofreció pluralidad de razones fácticas y jurídicas para tenerlo como cómplice y que ahora no se estima necesario repetir.

Cosa distinta, es que el libelista no esté de acuerdo con la valoración que hizo el Tribunal, como lo manifestó posteriormente en otros reproches que, aunque no lo dijo expresamente, postuló como subsidiarios.

El panorama anterior no es compatible con la falta de motivación, o ausencia total de fundamentación que predica el casacionista.

En Sentencia del 8 de septiembre de 2004 (radicación 20602), esta colegiatura hizo referencia a defectos de motivación de diversas especies, que eventualmente pueden conspirar contra la integridad legal del fallo:

“La Sala ha distinguido entre la ausencia absoluta de motivación, la motivación ambivalente, la motivación incompleta y la aparente o sofisticada como situaciones que de presentarse en la sentencia conducen a su anulación. De la primera ha dicho que es aquella en la cual no se precisan las razones de orden probatorio ni los fundamentos jurídicos que soportan la decisión; la segunda, está dada por las posiciones contradictorias que contiene las cuales -de ese modo- impiden desentrañar su verdadero sentido; la tercera porque los motivos que se aducen son insuficientes e imposibilitan conocer los fundamentos de la sentencia, y -finalmente- la aparente cuando por una valoración incompleta de la prueba se construye una realidad diferente al *factum* y se llega a conclusiones abiertamente equívocas (Cfr. Sent. mayo 22/03, radicación No. 20.756)”

No es factible, sin apartarse de la realidad procesal, sostener que en la sentencia de segunda instancia no se indican las razones de orden probatorio ni los fundamentos

jurídicos que soportan la decisión; por ello, no está llamado a prosperar el reproche casacional cimentado en la falta de motivación.

3.3. SOBRE EL TERCER CARGO: Violación indirecta de la ley sustancial por defectos en la estimación probatoria

Como ya se dijo, los argumentos expuestos frente a la demanda a nombre de MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y que llevaron a la convicción de que debe ser absuelta, tienen el mismo alcance en el caso de DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN.

Además de ello, en idéntico sentido, el Procurador Delegado destaca en su concepto los principales yerros de valoración de las pruebas que no es necesario reiterar, pero que pueden sintetizarse así:

- El Tribunal Superior entendió que el celador Carlos Humberto Henao Navarro, describió autor material del homicidio, es decir a JULIO GALINDO TORRES (mayor, muy flaco), pero en realidad aludió a una persona distinta (joven, gordo, bajito), como la persona que salió de la casa y se marchó en una bicicleta.

- La Fiscalía encontró una bicicleta en la casa de DAVID ENCISO; y el Ad-quem dio por sentado que esa era la bicicleta en la que huyó JULIO GALINDO, cuando sobre ese medio de transporte ninguna investigación se hizo, ni siquiera para verificar su preexistencia.

- El Tribunal Superior creyó completamente en la versión del celador Carlos Humberto Henao Navarro, según la cual el autor material se refugió en la casa de DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, cercana a la residencia de Ikier Oliv; pero sin reparar en que dicho vigilante, por la ubicación de la caseta destinada a sus labores, cruzando la esquina, no podía observar lo que pasaba en la otra calle.

- Se utilizó una regla de experiencia impertinente. Se capitalizó en contra de ENCISO

BAÍN que él, como abogado que es, hubiese asistido a sus familiares y a JULIO GALINDO TORRES en los procesos policivos que suscitó el conflicto por la casa.

No es atinada la visión del Ad-quem, ya que la situación económica de MARTHA ASCENSIÓN era precaria, según lo verificado, de lo cual resulta normal, si se quiere, o no extraño, que el ex esposo y padre hubiese asumido la asesoría o la defensa de ellos, máxime que, puede entenderse, ENCISO BAÍN también tenía interés en los resultados de la disputa por la casa.

-. El día del homicidio, DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN fue a la casa en conflicto, a preguntar por su hija. El Tribunal Superior otorgó a ese hecho un alcance probatorio equivocado, aduciendo que el padre tenía que estar enterado del horario de clase de su hija.

Como bien destaca el Delegado, ya era 20 de diciembre y los colegios han salido a vacaciones y quizá, por ello, su hija había ido al gimnasio.

Además, como ENCISO BAÍN no vivía con su hija, no conocía la ubicación de ella en las diferentes horas del día, y por eso no resulta absurdo que en la fecha del homicidio hubiese ido a buscarla a la casa, y que no supiera que ella no se encontraba, porque había salido para el gimnasio.

-. No tiene respaldo en postulados de las ciencias ni en reglas de experiencia, la afirmación que se hace en el fallo, según la cual las amenazas reiteradas -dando por sentado que existieron plurales amenazas de muerte- “lo único que demuestran es el deseo de una persona de materializarlas”.

Se pretende ingresar de ese modo, a través de un prejuicio o una idea preconcebida, que no es una máxima de la experiencia aceptable, a la psiquis del procesado, siendo latente el vacío probatorio para una conclusión de esa naturaleza.

-. También era necesario ahondar en el compromiso que los abogados Juan Fernando Acosta Medina y Geovanni Celis Albarracín, pudieran tener con Kenny Carolina Bastidas Aguilar (hermana del occiso), pues ellos fueron sus asesores. Sin embargo, en este caso, en cuanto dichos profesionales tratan de asociar a ENCISO BAÍN con supuestas amenazas contra Ikier Oliv, no se aplicó una regla de experiencia, como aquella que adujo el Ad-quem para elevar al grado de sospecha que ENCISO BAÍN hubiese sido abogado de sus parientes.

-. Como lo resalta el Procurador Delegado, Yolanda Gómez Cárdenas es la única persona que pudo conocer las amenazas, porque ella vivía en la casa escenario del ilícito y hacía vida marital con Ikier Oliv. Pero ella, tenía comprensibles razones para declarar como lo hizo, pero que, no empece, no permiten admitir su versión como la verdad reconstruida, ya que tomó parte activa en los diferentes episodios de violencia, como que fue condenada por el delito de lesiones personales contra la hija del procesado DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, siendo notorio el resentimiento.

-. El libelista protesta, con razón, porque el Juez colegiado dejó de apreciar varios hechos indicadores, que pudieron operar como contraindicaciones, entre ellos, el carácter violento de Yolanda Gómez Cárdenas y su indisposición contra la familia BASTIDAS BAÍN; ii) el acta de levantamiento del cadáver, el cual no muestra huellas de los planazos o golpes a que se refiere Yolanda Gómez Cárdenas, lo cual indica que pudo haber faltado a la verdad; el informe de balística y la certificación del Gerente de Indumil que descartan que en el crimen se hubiera utilizado con un revólver que en algún tiempo tuvo DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN; y los procesos policivos y de conciliación que demuestran que ENCISO BAÍN también buscó soluciones jurídicas; y en la casa del procesado no se localizó al autor material del crimen, quien supuestamente se refugió ahí y éste huyó, al punto que fue condenado en ausencia.

En síntesis, los motivos expuestos para absolver MARTHA ASCENSIÓN ENCISO BAÍN, de

quien se dijo en el fallo fue determinadora del homicidio con dolo eventual de su sobrino, aunados las razones que acaban de explicarse, imponen concluir que DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN fue correctamente absuelto en primera instancia, pues no existe certeza para adoptar la decisión contraria.

En consecuencia, se casará el fallo impugnado, para declarar que queda vigente la sentencia de primer grado, en cuanto absolvió a ENCISO BAÍN del ilícito que se le endilgaba.

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

1. Casar el fallo del Tribunal Superior de Bogotá materia del recurso extraordinario, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
2. Decretar la nulidad parcial de lo actuado, inclusive a partir de la resolución del ocho (8) de mayo de dos mil dos (2002), a través de la cual la Fiscalía Quinta Seccional de Bogotá, vinculó mediante declaratoria de persona ausente a JULIO GALINDO TORRES.

La actuación procesal con relación a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y a DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN permanece incólume.

3. Conceder libertad provisional al procesado JULIO GALINDO TORRES, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.383.136 de Payandé (Tolima). No obstante, en caso de llegarse a conocer que es requerido por otra autoridad judicial, será dejado a disposición de la misma.

4. Antes de hacer efectivo el derecho concedido, JULIO GALINDO TORRES deberá constituir caución prendaria por valor de doscientos mil pesos (\$200.000), que serán consignados en el Banco Agrario o en la entidad financiera que correspondiere, a órdenes del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, aportando el título respectivo o su equivalente; y suscribir la diligencia de compromiso a que se refiere el artículo 368 del Código Penal (Ley 600 de 2000).
5. Para la notificación, recepción del título judicial o su equivalente, suscripción del acta de compromiso y expedición de la boleta de libertad se comisiona al señor Juez Penal Municipal de Calarcá (Quindío), teniendo en cuenta que JULIO GALINDO TORRES permanece recluso en el Establecimiento Carcelario de Calarcá.
6. Comuníquese lo decidido al Director del Establecimiento Carcelario de Calarcá (Quindío), para lo de su competencia.
7. Compulsar las copias a que se refiere el numeral 1.16 de la parte considerativa de esta providencia, con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca.
8. Absolver a MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR del delito de homicidio por el que fue acusada.
9. Conceder libertad inmediata e incondicional MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.386.747 de Bogotá. No obstante, si fuese requerida por otra autoridad judicial, será dejada a disposición de la misma.
10. Comuníquese lo decidido en el punto anterior al Director de la Reclusión Nacional de Mujeres El Buen Pastor, con sede en Bogotá, para lo de su competencia.

11. Confirmar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, el nueve (9) de diciembre de dos mil tres (2003), en cuanto absolvió a DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN, identificado con cédula de ciudadanía número 2.937.438 de Bogotá, del delito de homicidio.

12. El Juez de primera instancia cancelará las órdenes de captura vigentes y todo requerimiento y pendiente que MARTHA ASCENSIÓN BASTIDAS TAFUR y DAVID GUILLERMO ENCISO BAÍN tengan por razón exclusiva de este proceso penal.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

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

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Comisión de servicio

Impedido

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

FE DE ERRATAS: En la pagina 50 de la providencia se cita erróneamente la radicación 16584, en realidad la radicación correcta es 16548 (Nota de de Relatoría).

1 Según el protocolo de necropsia, la muerte de Ikier Oliv Bastidas Aguilar, de 28 años de edad "se debió a shock hipovolémico secundario a sangrado masivo de vísceras torácicas por lesiones producidas por el paso de un proyectil de arma de fuego en tórax."
(Folio 216 cdno. 1)

2 Según lo anotado en el informe de captura. (Folio 166 cdno. Tribunal).