

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

AP965-2015

Radicación N° 43820

(Aprobado Acta No.77)

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil quince (2015)

ASUNTO:

Decide la Corte si admite o no la demanda de casación formulada por el defensor de Asdrúbal Benítez Nocove respecto de la sentencia del 12 de marzo de 2014 a través de la cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó la que en sentido condenatorio profirió el 1º de junio de 2011 el Juzgado Segundo Penal Municipal de Duitama por el delito de hurto calificado y agravado en concurso con el de lesiones personales.

HECHOS:

De conformidad con el a quo “el día 25 de febrero de 2010, a eso de las 9:00 a.m. en la carrera 32 frente a la nomenclatura 9-19 de la ciudad de Duitama, cuando los señores Alcira Fernández Romero y José Santos Goyeneche se movilizaban en el taxi de placas XIE 226, conducido por Julio Alexander Miranda, en el momento en el que se detiene es abordado por un sujeto que procede a abrir la puerta trasera derecha, amenaza con un

arma de fuego a la señora Hernández y forcejea con ella por su bolso, que finalmente arrebató con un millón de pesos en su interior, de inmediato el asaltante procede a disparar en varias oportunidades por la parte trasera del vehículo para luego huir en una motocicleta que lo esperaba en el lugar. Acción en la que resultan lesionados José Santos Goyeneche y Julio Alexander Miranda a quienes el Instituto Nacional de Medicina Legal les dictaminó una incapacidad médico legal definitiva de 15 días, con secuelas médico legales de perturbación física que afecta el rostro con carácter transitorio y deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente para el caso de José Santos y, 20 días con perturbación física que afecta el cuerpo de carácter permanente para Julio Alexander...”.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Solicitada la captura de Asdrúbal Benítez Nocove por su posible participación en los anteriores sucesos y obtenida la misma, se celebró el 17 de septiembre de 2010 audiencia en la cual se legalizó su aprehensión; además se le formuló imputación por los punibles de hurto calificado y agravado y lesiones personales e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario
2. Seguidamente la Fiscalía presentó el 15 de octubre del mismo año escrito de acusación contra Benítez Nocove por los referidos delitos, llevándose a cabo la correspondiente audiencia el 4 de noviembre de 2010.
3. Se evacuaron luego las audiencias preparatoria y de juicio oral, a cuya conclusión se profirió por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Duitama, el 1º de junio de 2011, sentencia para condenar a Asdrúbal Benítez Nocove a la pena principal de 12 años y 10 meses de prisión como autor de los punibles objeto de acusación.
4. La precedente decisión fue recurrida por el defensor del procesado, en cuya virtud el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo profirió la suya el 12 de marzo de 2014

para confirmar la apelada.

LA DEMANDA:

1. Dos cargos dice postular el defensor del acusado contra la sentencia del ad quem.
2. El primero con sustento en la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 por considerar que aquella fue proferida en un asunto viciado de nulidad en tanto se afectó la estructura del proceso debido a que durante la audiencia preparatoria se desconoció la etapa de exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba.

En este asunto, dice, dentro de la referida audiencia y luego de que se hicieren las solicitudes probatorias, la defensa deprecó la exclusión de un reconocimiento fotográfico y otro en fila de personas; empero, de dicha petición desistió tácitamente al compartir la argumentación de la Fiscalía acerca de que una solicitud en esos términos debería resolverse en el juicio oral, como así lo decidió el a quo.

No obstante lo anterior, sostiene, lo que le correspondía procesalmente al juzgador de instancia era pronunciarse sobre la exclusión de dichas pruebas y no posponer la decisión para el juicio oral, de ese modo debió apartarse del criterio de la Fiscalía y rechazar la renuncia tácita que de su petición de inadmisión hiciera la defensa, en aras de proteger las garantías del acusado.

Tan evidente es la alegada irregularidad, añade, que el propio juzgador, que antes estaba de acuerdo en que la solicitud de exclusión probatoria se resolvería en el juicio, se negó a hacerlo en éste so pretexto de que ya la oportunidad había precluido, cuando en él se le demandó el rechazo del reconocimiento fotográfico.

Demanda por tanto que se case el fallo recurrido declarando la nulidad de lo actuado a partir de la solicitud de exclusión probatoria formulada en la audiencia preparatoria.

3. Y el segundo, propuesto al amparo de la causal tercera de casación, lo es por estimarse constituido un error de derecho por falso juicio de legalidad al apreciarse los reconocimientos fotográfico y en fila de personas cuando éstos carecían de las condiciones legales que permitieran su valoración.

En este proceso, asevera, la sentencia impugnada se fundó en un reconocimiento en fila de personas que a su vez se sustentó en uno fotográfico motivado ilegalmente por un investigador de Policía Judicial, que conformó el correspondiente álbum a partir de fotografías provenientes supuestamente de una fuente no formal desconocida en el proceso.

Si bien es cierto, sostiene, que cada una de las víctimas hizo primeramente un reconocimiento fotográfico, no menos lo es que tales actos estuvieron precedidos de una ilegalidad evidente en la medida en que las imágenes les fueron expuestas previamente, lo cual conllevó a que aquellas fueran progresivamente determinando las características de los presuntos autores y por tanto a que se contrariara el deber de buscar con objetividad la verdad y la justicia, generando de ese modo una duda razonable.

En ese orden, en el juicio quedó demostrado que las fotografías no fueron suministradas por una fuente humana, sino manipuladas por el investigador y previamente dadas a conocer a las víctimas; se obtuvieron mediante engaño y vulnerando derechos fundamentales del acusado.

Es que, afirma, de acuerdo con los testigos de la defensa, Alexander Vargas Moreno, Jhon Faber Gallego y el propio Asdrúbal Benítez, el 14 de febrero de 2010 fueron retenidos y fotografiados por la Policía a consecuencia del disparo de un arma de fuego que realizó Felipe Alzate quien los acompañaba en esa ocasión en el vehículo en que se transportaban y fueron esas imágenes las que se utilizaron en la diligencia de reconocimiento.

Por ende, colige, las fotos aducidas por el investigador no fueron suministradas por persona alguna, de modo que lo cierto es que con violación de las reglas de producción de las pruebas resulta inequívoco que la cuestionada es ilegal por su génesis y afecta a las demás que de ella se deriven.

Solicita por tanto se excluyan de la valoración probatoria todos los reconocimientos efectuados por las víctimas y consecuentemente se absuelva a su defendido.

CONSIDERACIONES:

1. Pretende el casacionista a través de un primer reparo, propuesto al amparo de la causal segunda de casación, la invalidación de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria por cuanto en su sentir se afectó la estructura del proceso acusatorio en la medida en que se omitió verificar la etapa de rechazo, exclusión o inadmisión probatorias.

Bajo dicho supuesto, ciertamente y de conformidad con los artículos 355 y siguientes del Código de Procedimiento Penal en dicha audiencia el juez debe disponer: i) Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. ii) Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física. iii) Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público. iv) Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias y v) Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos, mientras que en términos del 357 durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión y decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.

Con base en tales preceptos ha entendido la Sala (Auto de junio 29 de 2007, Rad. No.27608), que el acto en mención ostenta una secuencia según la cual la audiencia preparatoria se abre consultando a la defensa acerca del cumplimiento, por parte de la fiscalía, de lo dispuesto respecto del descubrimiento que eventualmente se hubiere ordenado por razón del artículo 344 ídem; se prosigue con el descubrimiento por parte de la defensa; luego con la enunciación probatoria por cuenta de la Fiscalía y la defensa “sin establecer respecto de ello ningún tipo de argumentación de conducencia o pertinencia, sencillamente porque el objeto de la enunciación no es otro distinto a permitir el conocimiento de la contraparte, que faculte la etapa siguiente de estipulaciones probatorias”.

Sucede luego precisamente la fase de estipulaciones y tras ella la de solicitud y controversia de los medios de convicción porque “Ya decantado, por ocasión de las estipulaciones probatorias, qué de todo lo enunciado anteriormente, efectivamente habrá de llevarse al juicio para soportar la teoría del caso de las partes, estas tienen la obligación de solicitar al juez de conocimiento su aducción -artículo 357 de la Ley 906 de 2004-, con mención expresa de su pertinencia -artículo 375 ibídem-.

Es este el momento procesal en el cual se refiere por el solicitante lo relativo a la admisibilidad, conducencia y pertinencia de cada uno de los medios pretendidos introducir en el debate oral, en razón a que a través de su argumentación -que se entiende carga procesal de quien invoca la prueba- se faculta la controversia y contradicción de las otras partes e intervinientes”, luego de lo cual el juez decide cuáles pruebas decreta y cuáles excluye.

En este evento, según lo refiere el demandante, todos y cada uno de los citados estancos fueron satisfechos, incluido el que el censor echa de menos como que a juzgar

por su argumentación lo cierto es que la defensa planteó la exclusión de dos pruebas, sólo que finalmente y como lo admite el libelista desistió de ello tácitamente.

Luego, en esas condiciones, no es que no se hubiere verificado esa fase de la audiencia preparatoria, sino que la parte interesada renunció finalmente a su ejercicio.

No obstante, omitida o renunciada esa etapa lo cierto es que su incidencia con respecto a la validez de lo actuado es ninguna en la medida en que la exclusión probatoria puede concretarse también al momento de asumirse la tarea de valoración, en las sentencias de instancia y aun por virtud del recurso de casación, dentro de las limitaciones propias de este medio extraordinario de impugnación.

Esto fue precisamente lo que sucedió en el proceso que se examina, porque aunque la defensa renunció a ejercer en la audiencia preparatoria su facultad de pedir la exclusión de pruebas, de todas maneras le fue posible y así lo hizo, usar un tal mecanismo en sus alegaciones de juicio oral, en la apelación del fallo de primera instancia e inclusive ahora en casación, según se aprecia en la argumentación que sustenta el segundo reproche, al punto que a quo y ad quem motivaron expresa y profusamente su posición de no excluir las pruebas que el defensor adujo como ilegales.

Es incuestionable que la nulidad del proceso es un remedio extremo y que ella no se produce por sí misma, ni por interés del ordenamiento, si además no se verifica que la irregularidad, siendo de carácter sustancial afectó verdaderamente las garantías del procesado, esa es la razón de ser de los principios orientadores de las nulidades, como el de trascendencia y el de instrumentalidad de las formas.

Acá precisamente, el censor omite considerar en dicha materia los citados principios, porque a pesar de la alegada existencia de la mencionada irritualidad, el acto tildado irregular cumplió la finalidad para la cual estaba destinado y en la realidad no se presentó menoscabo alguno al debido proceso o al derecho de defensa, de ahí que la

pretensión de invalidez propuesta en este cargo carezca de fundamento.

Es que, afirmar la afectación de la estructura procesal sin sustentar la incidencia material negativa sobre tales garantías, deja el ataque huérfano de la debida demostración.

Sostener como lo ha hecho el actor en casación, que no se concretó la fase de exclusión probatoria en la audiencia preparatoria, emerge absolutamente insuficiente para encontrar mérito en las pretensiones de fondo demandadas, toda vez que no se trata de reconocer en abstracto la oportunidad que se sostiene irregularmente denegada, sino el concreto propósito y consiguiente actividad que se verificó en ocasiones procesales posteriores en las que hubo el defensor de reiterar su pedido de exclusión y el mismo le fue resuelto, así fuere de manera desfavorable a su tesis.

2. Tan carente de fundamento como la anterior, se evidencia la segunda censura propuesta con sustento en la causal tercera de casación, error de derecho por falso juicio de legalidad, a través de la cual se persigue precisamente la exclusión de los medios de convicción que a lo largo del juicio oral y de la segunda instancia la defensa tachó infructuosamente de ilegales.

Se pretende por medio de este reparo que se admita la ilegalidad del reconocimiento fotográfico y con el, la de los demás producidos en la actuación, tanto el verificado en fila de personas, como el realizado durante la audiencia de juicio oral, bajo el errado entendimiento de que éstos dependen de aquél, supuesto elemental en el cual se equivoca gravemente el libelista, toda vez que si bien son actos que se complementan, son independientes y autónomos al punto que uno puede existir o practicarse en ausencia del otro, no de otra manera podría entenderse que el artículo 252 de la Ley 906 de 2004 disponga en su inciso final que “este tipo de reconocimiento no exonera al reconocedor de la obligación de identificar en fila de personas, en caso de aprehensión

o presentación voluntaria del imputado”.

Ahora, como se trata de un falso juicio de legalidad que recae en sentir del casacionista de modo directo en el reconocimiento fotográfico, era apenas obvio que le correspondía confrontar la realización de tal diligencia con las condiciones que hacen posible su legal realización y aunque refiere reiteradamente que fue en tal sentido infringido el artículo 252 de la Ley 906, una lectura del mismo en contraste con la realización del cuestionado acto no permite sino inferir que todas las previsiones que condicionaban su legalidad fueron cumplidas.

Pero además, alegada esa clase de yerro porque en el parecer del demandante el fallador tuvo en cuenta pruebas que carecían de las exigencias normativas que permitieran su apreciación, es apenas lógico que un tal planteamiento le imponía no sólo precisar cada uno de los medios así afectados y su confrontación, según ya se dijo, con el determinado precepto que demandara la reunión de los requerimientos sobre los cuales funda su inconformidad, sino además la exposición obvia de la trascendencia del yerro, como pues de prosperar su efecto sería el de excluir el medio ilegalmente aportado en frente de los demás que haya podido evaluar el sentenciador.

La queja del libelista no es ciertamente porque se haya omitido alguna ritualidad del citado precepto, sino por el supuesto origen de las fotografías que del acusado se utilizaron para la concreción de esa actividad de identificación, mas el demandante no precisa norma alguna, además porque no existe, donde se regule cuál debe ser el origen de las imágenes que habrán de conformar el álbum con base en el cual se produce el reconocimiento.

Si las fotos provienen de fuente humana desconocida en el proceso, si fueron tomadas al propio procesado en fecha anterior y con su anuencia o si ya por algún motivo las autoridades del Estado las poseían no es asunto que concierna a la legalidad de la

prueba, mucho menos si resulta especulativo afirmar que el investigador en este asunto manipuló las fotografías o las obtuvo mediante engaño cuando lo cierto es que, admitidas las explicaciones de los testigos de la defensa, aquellas habrían sido tomadas el 14 de febrero de 2010 y los hechos materia de juicio acaecieron el 25 siguiente, fueron además captadas por razón de un incidente cierto con armas de fuego en el que se vio involucrado el acá enjuiciado y con su consentimiento.

La censura en esas condiciones deviene insustancial, más aun cuando la alegada ilegalidad del reconocimiento fotográfico se sustenta en argumentos especulativos como los ya señalados de la manipulación y el engaño, o como que las fotos fueron tomadas con violación de las prerrogativas fundamentales del acusado, o expuestas previamente a los reconocedores, tanto que el libelista se queda apenas en esas afirmaciones, sin sustentarlas y menos acreditarlas con medios probatorios aducidos en el proceso.

Resulta por igual intrascendente porque aunque se admitiere probada la ilegalidad del reconocimiento fotográfico dado el aducido origen de las imágenes, y se le excluyere del conjunto probatorio, no se entiende de qué modo eso podría afectar el reconocimiento en fila de personas o el efectuado en la audiencia de juicio oral, o el mismo testimonio de las tres víctimas, si ninguna de éstas tuvo por fundamento las fotografías de tachado origen ilegal, ni el censor acredita cuál es la relación de dependencia entre aquella y las segundas.

3. Procede en consecuencia inadmitir la demanda de casación que se examina, máxime no se advierte que el recurso esté convocado en este asunto a cumplir alguna de sus finalidades o que se haya vulnerado garantías de orden fundamental que impongan su protección oficiosa.

4. Finalmente, contra la determinación que se adopta es viable el mecanismo de

insistencia previsto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite a falta de regulación legal es el señalado por la Sala en el auto de diciembre 12 de 2005, radicación 25006.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

No admitir la demanda de casación presentada por el defensor de Asdrúbal Benítez Nocove.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia.

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

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria