

Proceso No 10983

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

Nilson Pinilla Pinilla

Aprobado Acta N° 012

Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de dos mil dos (2002).

ASUNTO

Decide la Corte la casación interpuesta en defensa de TIRSO ANTONIO DÍAZ TOLOZA, contra el fallo por medio del cual el Tribunal Superior de Tunja confirmó la condena proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, por homicidio.

HECHOS

La noche del 25 de enero de 1992 Eliseo de Jesús Pinto estaba con unos amigos en el sitio conocido como “La Frontera” del municipio de San Luis de Gaceno (Boyacá), esperando el bus en que llegaron Víctor Manuel Ruiz, que le traía dinero, José Daza y TIRSO ANTONIO DÍAZ TOLOZA, quien les brindó cerveza, pero cuando Eliseo se acercó Tirso le disparó y Daza repitió la acción cuando la víctima cayó al suelo, donde murió en forma instantánea.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la denuncia formulada por la madre del occiso, el Juzgado Promiscuo

Municipal de San Luis de Gaceno abrió la investigación, continuada por el Juzgado 14 de Instrucción Criminal y la Fiscalía 27 Seccional de Garagoa que, tras emplazar y declarar persona ausente a TIRSO ANTONIO DÍAZ TOLOZA, le resolvió situación jurídica el 15 de febrero de 1994, imponiéndole detención preventiva (fs. 117 y Ss. cd. 1). Cerrada la instrucción, el 15 de julio del mismo año profirió en su contra resolución acusatoria, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, ordenando compulsar copias para continuar la investigación en lo atinente a José Daza (fs. 143 y Ss. ib.), calificación no recurrida.

Correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Garagoa adelantar el juicio. Luego de lograrse en Bogotá, el 9 de diciembre de 1994, la captura de TIRSO ANTONIO DÍAZ TOLOZA (fs. 167 y Ss. ib.), se realizó la audiencia pública y el 20 de febrero de 1995 le fue dictada sentencia condenatoria, como autor del delito de homicidio, absolviéndole por el porte ilegal de arma de fuego por no existir “el elemento material que objetivice la transgresión a la norma penal”; tomadas en cuenta las circunstancias genéricas de agravación punitiva imputadas (numerales 3° y 7° art. 66 D. 100/80), se impuso al acusado 12 años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas durante 10 años y la obligación de indemnizar los perjuicios causados (fs. 256 y Ss.).

La apelación interpuesta por el procesado y su defensor, permitió al Tribunal Superior de Tunja, el 17 de mayo de 1995, confirmar el fallo recurrido, salvo en lo relacionado con la agravación genérica del numeral 7° del citado artículo 66, que descartó, bajando a 10 años y 6 meses la pena de prisión (fs. 3 y Ss. cd. 2). Inconforme con esta sentencia, el procesado interpuso casación.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación, la nueva defensora anuncia la formulación de un solo cargo, por haber dictado el Tribunal sentencia en un juicio viciado de nulidad,

desarrollando diversos reproches por conculcación del derecho de defensa y por no haberse practicado pruebas fundamentales que podían tener incidencia en el fallo, aclarando que no estima necesario plantear la omisión probatoria en cargo separado, puesto que en buena parte se debe a la inercia defensiva. Menciona como normas vulneradas los artículos 304-3, 333, 334-2 y 334-3 del Código de Procedimiento Penal que entonces regía.

Si bien es cierto que el procesado presentó ante una Notaría poder y así contó con defensor de confianza a partir del 4 de febrero de 1994, su única actividad consistió en presentar tal mandato. Así la Corte sea del criterio que la pasividad de la defensa no es factor de nulidad, como estrategia propia de abogados, no siempre es válida esa afirmación y en el presente caso debió solicitar la ampliación de las declaraciones rendidas por los testigos presenciales, con el fin de establecer la verdad de lo ocurrido, pero nada se hizo en ese sentido y el desamparo es evidente, tanto que ni siquiera presentó alegatos de conclusión.

Debió plantear el defensor que DÍAZ TOLOZA no era coautor del homicidio, ya que no tenía motivos de enemistad con la víctima, por el contrario su familia le hacía favores, como prestarle dinero; a diferencia de José Daza que, según refiere su sobrina, había recibido amenazas de Eliseo porque creía que estaba abusando de la hija de su hermana, con quien convivía en San José del Guaviare. También era de destacar que los proyectiles hallados en el cuerpo de Eliseo provenían de una sola arma y los orificios tenían la misma dirección, de modo que solamente pudo haber disparado quien tenía motivos para atentar contra su vida.

El silencio del defensor fue total, no interpuso recursos, tampoco pidió pruebas en el juicio, cuando era imperativa la ampliación de los testimonios de Víctor Manuel Ruiz Ramírez y Luis Eduardo Suárez, para “aclarar los vacíos que existían”. Tampoco procuró identificar al verdadero responsable, de ahí que el Fiscal se limitó a expedir copias

para investigar por separado a José Daza.

La demanda así mismo reprocha que hubo deficiencia probatoria, debida a la falta de ampliación de dichos testimonios, advirtiendo que el ataque no es por errores de valoración sino porque esa omisión afectó la validez del proceso, ya que no es posible que el testigo presencial Luis Eduardo Suárez diga que no se dio cuenta de lo ocurrido, si estaba despachando la cerveza que habían pedido, por lo que habría bastado un interrogatorio adecuado para que diera a conocer la verdad, seguramente favorable a los intereses del aquí procesado.

Así mismo, el testigo de cargo Víctor Manuel Ruiz Ramírez debió explicar su inicial silencio y la posterior incriminación de dos personas, en contra de lo probado, pues fue una el arma atinada y solo José Daza tenía motivos para dispararle a la víctima.

Estima tan notoria la inercia defensiva, que al ser capturado el procesado, cuando tramitaba su pasado judicial, nombró un nuevo defensor que infructuosamente abogó por la ampliación de esos testimonios, pero el Juzgado, con el argumento de que la solicitud era extemporánea negó su práctica, sin tener en cuenta que era su deber ordenar de oficio un nuevo interrogatorio, por la misma razón que ordenó los testimonios de Aleyda Daza y Carlos Díaz.

Anota y cita la censora, que la Corte en casos similares, ha reconocido que no existe defensa por el solo hecho de la intervención en la audiencia (“sentencia del 15 de octubre de 2009”, sic), recordando la obligación de los jueces de realizar una investigación integral (“sentencia del 2 de septiembre de 2009”), lo que tampoco se cumplió, pues nada se hizo por investigar a José Daza, verdadero responsable, mientras al procesado ni siquiera se le escuchó en indagatoria, deficiencia no suplida por las pocas preguntas hechas en el debate público, careciendo de justificación la desidia de los funcionarios que tuvieron a cargo la instrucción y el juzgamiento.

Concluye la demandante solicitando la invalidación del proceso a partir de la resolución de junio 7 de 1994, que dispuso el cierre de la investigación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Recuerda el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que clamar por el derecho de defensa en casación exige la identificación del acto irregular (vicio in procedendo) y la demostración de su incidencia en el resultado final (la sentencia), en desmedro de las garantías judiciales que la Constitución y la ley reconocen al procesado. Acota que no es labor fácil tachar como deficiente la actividad del defensor contratado, siendo múltiples los caminos por los cuales puede enrumbar su actividad y el principio de libertad, que rige su desempeño, permite utilizar como sistema defensivo el silencio, ni siendo viable condicionar su labor a la presentación de alegatos, que no son obligatorios.

A la par del recuento que hace de la actuación procesal, el Procurador Delegado destaca que desde que fue declarado persona ausente el procesado contó con defensor de oficio y, al resolversele situación jurídica, fue presentado el poder conferido a un profesional del derecho, a quien se le comunicó el cierre de la investigación, conforme lo establecido por el artículo 25 de la Ley 81 de 1993, y si “no consideró o no quiso presentar el correspondiente alegato, le asistía toda la facultad legal para hacerlo, en tanto no era obligatoria su actuación y en este tópico, como ya se había anotado, la libertad del defensor para plantear una estrategia determinada no puede ser limitada o condicionada a criterios o pareceres, que con posterioridad a la actuación, pueda ocurrírseles a quienes sucedan esta importantísima gestión”.

De igual manera se le citó y compareció a la notificación de la resolución acusatoria, que no impugnó, actitud que no es extraña, distinto de si por deficiencias en la notificación no hubiera podido conocer oportunamente la decisión. En cuanto al traslado que establecía el artículo 446 del anterior Código de Procedimiento Penal, no había de notificársele y

el que ordenó la práctica de pruebas sí lo fue por estado, sin que resultare necesario hacerlo personalmente.

Tampoco se puede inferir violación al derecho de defensa de la falta de ampliación de los testimonios referidos en la demanda, puesto que la inferencia de que no fue DÍAZ TOLOZA quien disparó, es improcedente para demostrar vulneración del debido proceso o del derecho de defensa. La censura que elabora la casacionista está fundada sobre la convicción que el testimonio de Luis Eduardo Suárez generó en el fallador, y la pretensión de restarle eficacia lleva el ataque a “territorios propios del error de derecho sobre la convicción de este medio probatorio”.

No es cierto que la ampliación del testimonio de Víctor Manuel Ruíz Ramírez no se haya intentado, pues el Juzgado 14 de Instrucción Criminal la ordenó el 23 de abril de 1992 y el Juez comisionado estuvo dispuesto a recibirla, pero no logró la comparecencia del declarante; en ese sentido no hay irregularidad alguna que se pueda atribuir a los funcionarios de instrucción.

Además, los argumentos defensivos analizados por el Tribunal, al cotejar lo manifestado por Víctor Manuel Ruiz con las versiones de Aleyda Daza y del mismo implicado, concluyendo que la exposición del primero era creíble, por las razones plasmadas en la sentencia, que son las mismas que la censura pretende desvirtuar, siendo necesario demostrar que “el fallador no motivó o ignoró ostensiblemente el contenido de las versiones contrarias a la del testigo principal, pero ello carecería de objetividad, dado que ese examen fue realizado ampliamente y de ahí que la crítica expuesta por la demandante esté condenada a su relegamiento, ante el olvido de las vías propias para cada uno de esos ataques”.

De tal manera, sugiere el Delegado desatender el cargo y no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Sea lo primero advertir que ha transcurrido el tiempo que impone la prescripción de la acción penal en cuanto al delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, que como no pueden presentarse ejecutorias parciales y la sentencia no ha cobrado firmeza, se debe declarar oficiosamente, sin que sea óbice la absolción impartida por esa conducta punible en primera instancia y confirmada por el Tribunal, habida cuenta que la impugnación interpuesta contra el fallo impidió que hiciera tránsito a cosa juzgada.

La resolución de acusación tiene constancia de haber sido notificada por estado el 31 de agosto de 1994 (f. 149 cd. 1), quedando por tanto ejecutoriada el 5 de septiembre siguiente; entonces empezó a correr de nuevo el lapso de prescripción, por el mínimo de 5 años, por cuanto la penalidad mayor prevista para el referido delito no alcanza esa duración (4 años de tope superior, artículo 365 L. 599 de 2000, antes artículo 1° D. 3664 de 1986). Aquel término se cumplió el 6 de septiembre de 1999, imponiéndose así ordenar la prescripción de la acción penal por el delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, del que había sido absuelto TIRSO ANTONIO DÍAZ TOLOZA, y disponer la cesación de procedimiento, únicamente por esa conducta punible.

2.- Tal como advierte el Ministerio Público, no es válido presumir que hubo inactividad del defensor de confianza, por el hecho de suponer que una defensa diligente tenía que haber alegado de conclusión, para analizar aspectos que presuntamente favorecían al procesado, con lo cual, según la casacionista, hubiera evitado la acusación en su contra.

Es insuficiente anunciar tal inactividad supuesta del abogado, pues ha de demostrarse “que en realidad fue una omisión lesiva de los intereses del procesado, atendiendo a lo recaudado por la investigación, y no limitarse en abstracto a criticar al defensor, ni a decir según su criterio qué hubiera hecho, pues es lógico que cada profesional,

frente a un caso concreto, diagnostique y establezca su propia estrategia defensiva, de manera que no coincidir en ello no significa que se haya infringido la garantía constitucional” (v. g., sentencias de abril 29/99, rad. 13.315, M. P. Ricardo Calvete Rangel y septiembre 1º/99, rad. 12.534, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

De igual manera, ha sido clara la Corte en precisar que “la ausencia de actos positivos de gestión en el ejercicio de la defensa técnica, no necesariamente implica menosprecio de la función encomendada, puesto que el silencio, dentro de los límites de racionalidad, es también una forma de estrategia defensiva, no menos efectiva que una entusiasta postura controversial. Lo realmente importante es que el proceso ofrezca elementos de juicio que permitan objetivamente establecer que su inactividad estuvo determinada por una maniobra defensiva, no por abandono de sus obligaciones procesales” (sentencia de febrero 25/99, rad. 9.998, M. P. Fernando Arboleda Ripoll).

Tampoco es el presente uno de esos eventos en que la ausencia del sindicado se deba a desconocer que cursaba la investigación, pues el poder otorgado en una Notaría de Bogotá, el 4 de febrero de 1994, por TIRSO ANTONIO DÍAZ TOLOZA a su primer defensor de confianza, pocos días después de ser declarado persona ausente (enero 20 de 1994) y antes de resolversele situación jurídica (febrero 15 de 1994), presentado en la Fiscalía el 17 de febrero del mismo año (fs. 126 a 128 cd. 1), es muestra fehaciente de estar al tanto del desarrollo procesal y que la pasividad fue estrategia empleada desde el comienzo de la instrucción, que fructificó parcialmente al transcurrir dos años, desde los hechos, sin que hubiera sido vinculado al proceso.

Esa tónica se mantuvo durante la investigación, asumido por el abogado contratado el proferimiento de la detención preventiva, dos días antes de su posesión, y la resolución acusatoria dictada el 15 de julio de 1994, a él notificada personalmente (f. 159 ib.).

Ahora, suponer como lo hace la demandante, que la presentación de alegatos previos a la calificación le hubiera deparado al sindicado una decisión favorable, con el argumento de que los disparos provenían de una sola arma, según dice que revela la prueba de balística practicada sobre los proyectiles recuperados, es desconocer la realidad procesal, no solamente por haber sido examinados únicamente dos de los cinco proyectiles que hicieron blanco en la humanidad de la víctima (fs. 3 y 64 ib.), sino porque ese resultado no se contrapone a lo narrado por Víctor Manuel Ruiz Ramírez, a quien fundadamente los sentenciadores otorgaron credibilidad:

“Eliseo pasó sin ninguna disconfianza y TIRSO DÍAZ inmediatamente le disparó a la cabeza y mi compadre Eliseo se quedó parado como asustado y luego TIRSO DÍAZ le disparó los otros dos tiros y mi compadre... cayó al piso, ahí mismo salió José Daza y Eliseo ya estaba caído ahí y sacó el arma y le disparó tres tiros...” (fs. 36 y 37 ib.).

El segundo defensor contratado por el acusado, luego de su captura, solicitó un diligenciamiento probatorio, negado por haber transcurrido el término del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal de entonces. No impugnó dicha decisión, interviniendo luego en la audiencia pública, hasta dejar resumen escrito de sus alegatos y luego impugnó la sentencia, sin manifestar en la sustentación extrañeza por la actitud de su antecesor. Esto denota que el cambio de táctica tampoco dio los resultados que arrojaría una diferente defensa, según supone la demandante.

En cuanto a la actividad judicial, recuérdese que el Juez 14 de Instrucción Criminal, con sede en Garagoa, dispuso en auto de abril 23 de 1992 la práctica de diversas pruebas, entre otras escuchar de nuevo a Manuel Ruíz (fs. 44 y 45); así mismo la Fiscalía Seccional insistió en el recaudo de esas pruebas (agosto 14 de 1992, f. 67 ib.), sin que el comisionado hubiera logrado la comparecencia del testigo, pese a librarse la correspondiente citación (f. 71), de modo que no fue por negligencia de los funcionarios investigadores, ni por quebrantamiento del principio de investigación integral, que

se dejó de recibir la ampliación de dicho testimonio.

Así mismo, la supuesta incidencia de lo que se hubiera acopiado en pro de la situación del procesado DÍAZ TOLOZA, no solo es una conjetura sin viso alguno de demostración, sino que se trata de apoyar en inferencias acomodadas, como considerar probada la utilización de una sola arma, soslayando que la prueba de balística se hizo únicamente sobre dos proyectiles.

El testigo presencial Víctor Manuel Ruíz Ramírez narra que fueron dos las armas empleadas y señala a TIRSO ANTONIO DÍAZ TOLOZA y José Daza como las personas que, en ese orden, dispararon sobre la víctima, estando su credibilidad aceptada por el Tribunal “porque no existe ninguna animosidad, ni afectación y al contrario mucha naturalidad, en la forma como expuso lo ocurrido, porque no existen contradicciones intrínsecas en su testimonio sobre el hecho principal, porque no es dubitativo y en fin porque a la luz de la sana crítica reúne los requisitos para aceptar lo que aparece en su contenido” (f. 22 cd. 2).

Tampoco hay razón alguna para suponer que una nueva declaración de Luis Eduardo Suárez Bonilla podía favorecer al acusado, suponiendo que era quien despachaba la cerveza y tuvo que darse cuenta que el único que disparó fue José Daza, pero calló la verdad, cuando es lo cierto que no vio directamente el trágico suceso y mal puede deponer acerca de algo que no observó: “estaba yo solo ahí en la casa adentro y cuando sentí jue que paró y arrancó el bus y en ese momento se jormó un tiroteo ahí ajuera en el corredor de mi casa, yo jui a salir y el hombre ya estaba muerto ahí en el zaguán” (transcripción textual, f. 8 cd. 1).

Ahora, si la inconformidad proviene de discrepancias en la valoración probatoria, como por momentos se deriva de lo expuesto en la demanda, como cuando reclama considerar lo aseverado por Leida Yanira Perilla Daza en la audiencia pública, sobre las amenazas de Eliseo de Jesús Pinto hacia José Daza (f. 47 cd. 2), la vía de la nulidad no es la adecuada,

frente a alegaciones que, por naturaleza, serían propias de la causal primera de casación, cuerpo segundo, en cuanto el yerro así denunciado resulta atinente a la apreciación de los medios de prueba.

Además, es impropio reclamar que al sindicado no se le hubiere indagado, pues aunque no haya existido injurada como medio de vinculación al proceso, fue su renuencia lo que hizo acudir a la forma supletoria, obligando a que se le declarara persona ausente, sin que ello represente vulneración alguna de las garantías procesales. De otra parte, basta verificar la diligencia de audiencia pública para saber que sobre los hechos y su responsabilidad lo interrogaron el Juez de la causa, el Fiscal acusador y el propio defensor.

En consecuencia, la nulidad impetrada no prospera, en ninguno de sus enfoques.

3.- Siendo objetiva la declaración de prescripción de la acción penal, con el subsecuente cese de procedimiento por el delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, no hubo sustitución de la sentencia impugnada y el fallo de casación cobra firmeza en el momento de ser suscrito por los integrantes de la Sala (arts. 187 C. de P. P. actual, 197 anterior), así se notifique lo atinente a la prescripción, pero sin admitir recurso alguno.

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

RESUELVE:

1.- DECLARAR PRESCRITA la acción penal, solamente en cuanto al delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, por el cual el procesado TIRSO ANTONIO DÍAZ TOLOZA había sido absuelto en las instancias.

2.- CESAR PROCEDIMIENTO, únicamente en lo concerniente a la prescripción decretada.

3.- NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS

AUGUSTO

GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria