

Proceso N° 11477

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Nilson E. Pinilla Pinilla

Aprobado Acta N°60

Santa Fe de Bogotá, D. C., abril catorce (14) de dos mil (2000).

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto a favor del procesado GILBERTO ANTONIO RESTREPO HERRERA, contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que confirmó la condena impuesta por doble homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

HECHOS

La madrugada del 27 de marzo de 1994, se encontraba un grupo de amigos departiendo al frente de la heladería “Gran Avenida”, ubicada en la calle 110 N° 43 A – 20 de Medellín; llegaron GILBERTO ANTONIO RESTREPO HERRERA y el menor WEIMAR MUÑOZ TABARES, el primero disparó en repetidas ocasiones un arma de fuego contra Wilmer Fredy García Riveros y el segundo, contra John Jailer López Molina, quienes fallecieron momentos después.

ANTECEDENTES PROCESALES

La Fiscalía abrió investigación, oyó en indagatoria a GILBERTO ANTONIO RESTREPO HERRERA y el 2 de noviembre de 1994 decretó su detención preventiva (fs. 85 y Ss. cd. 1). Cerrada la instrucción, el 22 de febrero de 1995 le fue proferida resolución de acusación por doble homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 187 y Ss. ib.). Providencia apelada por el sindicado, que adquirió firmeza el 24 de abril siguiente, cuando fue confirmada por el ad quem (fs. 213 y Ss. ib.).

Correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa ciudad adelantar el juicio y, realizada la audiencia pública, el 23 de agosto de 1995 condenó al procesado a 50 años de prisión, 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas y a indemnizar los perjuicios respectivos. Fallo apelado por el defensor y el procesado, que el Tribunal Superior de Medellín confirmó mediante sentencia que ahora es objeto del recurso de casación.

DEMANDA

Al amparo de las causales primera y tercera de casación son formulados los cargos al fallo impugnado, así:

CARGO PRIMERO: Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho, consistentes en falsos juicios de existencia y de identidad, que llevaron a la aplicación indebida de los artículos 23, 323 y 324-7 del Código Penal y a la falta de aplicación de los artículos 445 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Dice que el Tribunal incurrió en falso juicio de identidad al darle a los testimonios de León Darío Zapata y Faber Alberto Ruiz un alcance incriminatorio del cual carecen, ya que no podían ser testigos de cargo, por el estado anímico y la ingestión de alcohol, además de la duda probatoria generada al declarar que los “primeros disparos se realizaron por encima de la espalda de ellos y que una vez escuchan el primer disparo se agachan y corren, cómo ... pueden dar fe ciega de la descripción e individualización de los

autores del ilícito”, haber incurrido en innumerables contradicciones y rendir aquél versión seis meses después de los hechos.

Expresa que no se tuvieron en cuenta pruebas que demuestran la inocencia de su representado, como el testimonio de Luis Fredy Vásquez Quiceno, quien fue obligado a declarar en contra del sindicado según lo indicó en la audiencia pública; la declaración de Marcelino Franco Quiroz, que conoce al procesado y su familia; no haber puesto resistencia en la captura; la indagatoria de GILBERTO RESTREPO, en donde explicó que no pudo haber sido el autor del delito; la buena conducta anterior, la falta de antecedentes y la ausencia de móvil.

Señala con relación a las pruebas no apreciadas, que en la sentencia no se tuvo en cuenta el reconocimiento expreso del Estado sobre el carácter político de las milicias populares, consistiendo la solución del problema en fortalecer la presencia oficial; se incurrió en un error de hecho “cuando debió aplicar la legislación pertinente, al acuerdo de convivencia firmado entre las milicias del pueblo y para el pueblo con el gobierno nacional, decreto 1059 de mayo de 1993”; tampoco se tuvo en cuenta el acta 54 “sobre indulto y amnistía, al ser reinsertado de un grupo de milicias”.

Por lo anterior, solicita casar la sentencia impugnada y absolver al procesado.

CARGO SEGUNDO: Manifiesta el impugnante que la sentencia es nula por la existencia de una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, al carecer GILBERTO ANTONIO RESTREPO HERRERA de defensa técnica prestada por un abogado inscrito y vulnerarse así el derecho de defensa, de conformidad con el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Anota que su poderdante, en la primera injurada, estuvo asistido oficiosamente por la señora Nohora Cecilia Pizza Herrera, pero no mostró tarjeta profesional de abogada. La realización de la diligencia en dichas condiciones llevó a la violación, entre otros, de los

artículos 1° y 358 ibídem. Agrega que con ello no tuvo ejercicio el derecho de defensa del implicado, en el caso de preguntas capciosas o inculpadoras.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar la sentencia atacada, anular desde la primera injurada y ordenar la libertad inmediata del sindicado, por vencimiento de términos para recibir indagatoria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal estima que la demanda no está llamada a prosperar, por las razones que a continuación se resumen.

CARGO SEGUNDO: Aunque la Fiscalía no dejó constancia de la tarjeta profesional de abogado de quien asistió como defensora de oficio al sindicado, no se genera nulidad al tratarse de un simple olvido y no estar demostrado que la defensora carezca de dicha tarjeta.

Señala que , además, para el 28 de octubre de 1994, cuando se le recibió indagatoria, estaba vigente el inciso primero de artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, que facultaba al instructor para designar cualquier persona honorable, en el evento de no poder contar con los servicios de un abogado inscrito y a ello se ajustó la Fiscalía, antes de ser declarada inexecutable mediante una decisión que sólo produce efectos hacia el futuro.

CARGO PRIMERO: Señala el Ministerio Público que el recurrente no expresa la manera como los testimonios de León Darío Zapata y Faber Alberto Ruiz fueron tergiversados y, en el fondo, lo que hace es contraponer su personal criterio al análisis del sentenciador.

Dice que con relación a los falsos juicios de existencia por omisión, se observa que el fallador tuvo en cuenta tanto la indagatoria de GILBERTO ANTONIO RESTREPO HERRERA como el testimonio de Luis Fredy Vásquez Quiceno y aunque no fue considerada la

declaración de Marcelino Franco Ruiz, que solo expresa conocer al sindicato, ni la buena conducta anterior, se aprecia que no es suficiente para establecer la inocencia, pues la responsabilidad se haya demostrada por otros medios de convicción.

Agrega que en ningún momento se formuló solicitud de dar aplicación al Decreto 1059 de 1994, el cual debe sujetarse a los trámites de la amnistía o indulto que regula la Ley 104 de 1993 y de conformidad con esta última, la situación del sindicato no encaja dentro de lo previsto, ya que no es aplicable a homicidios cometidos fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión, como sucedió en el presente asunto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Siguiendo un orden lógico, primero se analizará el cargo de nulidad, que plantea el casacionista como segundo o subsidiario, pues de llegar a prosperar no sería necesario examinar el otro reproche.

CARGO DE NULIDAD: El impugnante alega la presencia de una nulidad, porque su representado fue escuchado en injurada sin contar con un abogado.

Sin embargo, como anota el Ministerio Público, en la indagatoria la Fiscalía indicó que designaba como defensora de oficio a “la doctora Nhora Cecilia Pizza Herrera, con c. c. 32’535.605 de Medellín”, de lo cual se desprende que se omitió dejar constancia del número de la tarjeta profesional y ese olvido no significa que ella no fuera abogada.

Ahora bien, si se considerare que al procesado le fue recibida injurada el 28 de octubre de 1994, asistido de una persona sin expresar si tenía título profesional, debe tenerse en cuenta que ello aconteció en vigencia del artículo 34 del Decreto 196 de 1971 y del inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, que permitía encomendar la defensa para indagatoria a un ciudadano honorable que no fuere servidor público, cuando no hubiere un abogado que asistiese al imputado, como en efecto habría

ocurrido.

Tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y según ha venido reiterando la Sala en múltiples providencias, entre ellas la de fecha 25 de julio de 1996, radicación 9577, ponente quien ahora realiza igual función, la sentencia de la Corte Constitucional C-049 del 8 de febrero de 1996, M. P. doctor Fabio Morón Díaz, que declaró la inexequibilidad de los mencionados preceptos sin realizar pronunciamiento alguno sobre una hipotética retroactividad, produce efectos sólo hacia el futuro, por lo cual ninguna incidencia tiene sobre diligencias practicadas con anterioridad, dentro de facultad claramente conferida por expresas disposiciones legales, que todavía regían en el momento de su realización, cuya aplicación mal puede tildarse de irregularidad.

Es decir, el fallo de la Corte Constitucional no afecta la injurada mediante la cual se vinculó a GILBERTO ANTONIO RESTREPO HERRERA al proceso, diligencia que conserva su validez al haber sido realizada de conformidad con lo autorizado por la ley vigente en ese momento, que facultaba al instructor para designar como defensor a una persona de reconocida honorabilidad, en las circunstancias referidas y dentro de la hipótesis que, para abundar en razones, se viene comentando.

Está definido, siguiendo en tal probabilidad, que la expresión “cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista ella” no aludía a que en la localidad, que podría tratarse de una urbe, no estuvieran radicados profesionales en ciencias jurídicas, sino que se refería a su disponibilidad en las circunstancias concretas dentro de las cuales debía practicarse la diligencia.

En tales condiciones, se mantiene incólume la vinculación y carece de fundamento la nulidad invocada por el demandante.

CARGO PRIMERO: El impugnante aduce violación indirecta de la ley sustancial por falsos

juicios de existencia y de identidad, que llevaron a la aplicación indebida de los artículos 23, 323 y 324-7 del Código Penal y a la falta de aplicación de los artículos 445 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

El primer error de hecho hace referencia a falsos juicios de identidad en la valoración de los testimonios de León Darío Zapata y Faber Alberto Ruiz. Así los denomina, pero les da un contenido que no corresponde a su naturaleza, ya que no se refiere a que el juzgador los hubiera tergiversado para hacerles decir algo diferente a su contenido fáctico, sino que considera que no ha debido tenerlos en cuenta porque estaban ebrios cuando presenciaron los hechos, incurrieron en contradicciones, etc.

Se muestra inconforme con la apreciación de tales testimonios; sin embargo, el ataque lo orienta hacia la credibilidad otorgada por el Tribunal, lo cual no es de recibo en casación, en donde se reprocha la ilegalidad de la sentencia y no se pretende sacar triunfante un criterio personal, pues mediante un juicio técnico se busca demostrar verdaderos errores trascendentes en la valoración probatoria, que lleven a quebrar total o parcialmente el fallo. Se trata de la corrección de esos yerros y no pretender que se resuelva entre criterios opuestos.

Los otros errores de hecho, el recurrente los hace consistir en falsos juicios de existencia al no ser tenidas en cuenta la indagatoria ni la declaración de Luis Fredy Vásquez Quiceno. Se observa que ello no fue así, pues el Tribunal valoró esas pruebas y, con relación al dicho del sindicado, consideró que no era creíble y fue desvirtuado:

“Las voces de inocencia esgrimidas por GILBERTO ANTONIO RESTREPO HERRERA no tienen respaldo probatorio en el plenario...

Esa noche Wilmar Fredy salió con sus amigos y a las cuatro y media, (al padre) lo despertaron unos tiros y al instante llegó Faber y le dijo que le habían matado a su hijo con estas palabras: ‘Pibeto (GILBERTO ANTONIO RESTREPO HERRERA) lo mató ...

a Jailer lo mató Conejo (WEIMAR MUÑOZ TABARES)'.

Faber Alberto Ruiz Vidal refirió que ... observó que 'Pibeto' le disparaba a Wilmar y 'Conejo' a Jailer. Que el distinguía a 'Pibeto' pues se conocían desde la niñez.

... ..

Luis Fredy Vásques Quiceno declaró el 13 de septiembre de 1994, cinco meses y medio después de sucedidos los acontecimientos. La razón que dio para no haber colaborado con la Fiscalía fue el 'miedo'. Este testigo presencial también refirió que 'Pibeto' le disparó a Wilmar y el 'Conejo' a John Jailer y se retractó en la audiencia pública, no hay un motivo lógico para que lo hiciese".

Claramente se observa que el ad quem sí apreció las pruebas que dice el censor fueron ignoradas, por lo cual no incurrió en la omisión imputada, sino que restó mérito probatorio a lo aseverado en la injurada y a la retractación de Luis Fredy Vásquez Quiceno, por ser contrario a lo demostrado con la mayoría de las restantes pruebas, sin que el recurrente encontrara otra forma de atacar las conclusiones a las que llegó el fallador, ante lo cual optó por endilgar unos yerros inexistentes.

También imputa que no fueron valoradas la declaración de Marcelino Franco Quiroz ni se tuvo en cuenta la buena conducta anterior y la carencia de antecedentes penales del implicado. El deponente únicamente expresó que conoce al acusado y su dicho no sirve para establecer la inocencia del sindicado, sino esa circunstancia, que se dice fue ignorada, acerca de su comportamiento anterior. Tal conducta tampoco establece la no responsabilidad del procesado, ya que tan sólo constituye aquéllo y nada más, sin incidir en los elementos estructurantes del delito. De ahí que tal omisión imputada al fallador carezca, además, de trascendencia, al no influir en el sentido del fallo.

Por último, el recurrente sostiene que no fueron valoradas la afirmación de su representado en la injurada, en donde señala que era integrante de las “Milicias Populares del Pueblo y para el Pueblo”, ni la constancia de la Fiscalía en la que figura como reinsertado.

El casacionista se encarga de desvirtuar estos reproches al transcribir apartes de la sentencia de primer grado en donde se analizan esas pruebas, fallo que conforma unidad inescindible con el de segunda instancia, en todo aquello que fue materia de confirmación. Allí se indica:

“El procesado al finalizar su versión de indagatoria insiste en que se debe considerar reinsertado toda vez que fue miembro activo de las milicias populares con carácter político denominadas del ‘Pueblo y para el Pueblo’, señala en consecuencia que todo debía haber sido perdonado y cita a manera de ejemplo a Pablo García ‘el también mató mucha gente por allá en el monte... Existe una constancia de la ... Unidad Segunda de Vida de que en el acta N° 54 sobre indulto y amnistía figura Restrepo Herrera ... como reinsertado ... Es importante destacar que en ningún momento se formuló solicitud formal de aplicación del Decreto 1059 de mayo 26/94, por el cual se regula la reincorporación de milicias populares de carácter político entre ellas del ‘Pueblo y para el Pueblo’ en el proceso de paz bajo la dirección del Gobierno Nacional. La aplicación del tal decreto debe sujetarse a los trámites de la amnistía o indulto que regula la Ley 104/93. Es claro para el despacho que en la aplicación de la última ley precitada en ningún momento la situación de GILBERTO ANTONIO RESTREPO HERRERA podría definirse con sujeción a tales disposiciones toda vez que dichos beneficios no son aplicables a los homicidios cometidos fuera de combate ... (inciso 3°, art. 48, Ley 104/93). En el proceso que nos ocupa GILBERTO ANTONIO RESTREPO HERRERA no aparece acusado de delito político ni conexo, sino que específicamente se le juzga por un doble homicidio cada uno de ellos agravado por la situación de indefensión en que encontraban las víctimas, personas que habían estado ingiriendo licor toda la noche y se encontraban en la acera de la

heladería 'Gran Avenida' charlando con amigos cuando en forma sorpresiva e inesperada se acercaron los agresores y a corta distancia por la espalda les dispararon, cuando apenas iniciaban la huida fueron ultimados en el piso... En tal orden de ideas ... y por tratarse de homicidios cometidos fuera de combate no cabe la amnistía o indulto para el autor de los mismos.”

El a quo sí apreció estas pruebas que el recurrente dice no fueron valoradas y acertadamente concluyó que el sindicado no era juzgado por delito político ni conexo (rebelión, sedición, asonada, conspiración), sino por dos homicidios que obviamente no fueron cometidos en combate y, por lo tanto, no les era aplicable la Ley 104 de 1993 ni el Decreto 1059 de 1994, para alcanzar amnistía o indulto.

No se incurrió en el yerro aducido por el censor y las pruebas que indica si fueron apreciadas correctamente, sin que en realidad pudiera imputarse error de hecho o de derecho alguno en la sentencia, por lo cual se mantiene incólume ante el ataque incompleto e infundado del casacionista.

El cargo tampoco está llamado a prosperar.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

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

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL
POVEDA

JORGE E. CORDOBA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

No hay firma

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

No hay firma

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON E. PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria