

Proceso No 14693

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar

Aprobado Acta # 17

Bogotá D.C., febrero catorce (14) de dos mil dos (2002).

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado NEFTALI DIAZ NIÑO contra la sentencia de febrero 23 de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior Cúcuta confirmó la condena a 45 años de prisión impuesta en primera instancia por el Juzgado 2º Penal del Circuito de la misma ciudad, al encontrarlo responsable de los cargos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado y porte ilegal armas.

Hechos y actuación procesal:

En la noche del sábado 14 de septiembre de 1996 se encontraban reunidos en el establecimiento El Malecón de Cúcuta NEFTALI DIAZ NIÑO, su esposa LUCY XIOMARA ORTIZ PARRA, los padres de ésta JULIO ANTONIO ORTIZ y ALEJANDRINA PARRA y AYLIN YULEIMA MARTINEZ MONDRAGON, amiga de la familia. Todos, salvo el primero que abofeteó a su cónyuge y generó los reclamos del caso, se regresaron en un taxi a su casa ubicada en el Barrio Circunvalación, calle 20 con la avenida 15. NEFTALI DIAZ se dirigió

al mismo lugar en una buseta de su propiedad y continuó con el conflicto. A raíz de la intervención de sus suegros extrajo un revólver que llevaba consigo, con el mismo le pegó en el pómulo derecho a JULIO ANTONIO ORTIZ y ante la reacción de éste pelearon.

DIAZ NIÑO se fue y regresó más tarde. ALEJANDRINA PARRA sale de la casa para impedirle el paso y detrás de ella lo hace su hijo JULIO ORTIZ, quien desafía a pelear a su cuñado ante el maltrato verbal desplegado por éste en contra de su madre. NEFTALI DIAZ extrae nuevamente su revólver y lo dispara. Como consecuencia le produce la muerte a ALEJANDRINA PARRA y deja herido a JULIO ORTIZ.

NEFTALI DIAZ NIÑO fue vinculado al proceso en calidad de persona ausente y en esa condición se le resolvió situación jurídica con detención preventiva el 16 de diciembre de 1996, por los cargos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado y porte ilegal de armas (fl. 77 c. 1). El 30 de diciembre siguiente es cerrada la investigación (fl. 100) y el 4 de febrero de 1997 la Fiscalía dictó acusación por los mismos hechos punibles (fl. 109) y la decisión adquirió ejecutoria el 25 de febrero siguiente.

El trámite del juicio le correspondió adelantarle al Juzgado 2º Penal del Circuito de Cúcuta. En su desarrollo, el 14 de marzo de 1997, fue capturado el acusado. El funcionario de conocimiento ordena las pruebas solicitadas por el defensor y algunas de oficio (fl. 156), esta decisión la apela la Fiscalía, la segunda instancia revoca la orden de practicar algunos testimonios (fl. 192), se lleva a efecto la diligencia de audiencia pública en varias sesiones como es verificable a partir del folio 258 del cuaderno #1 original y el 9 de diciembre de 1997 se dicta la sentencia de primera instancia. Por los cargos de la acusación el procesado es condenado a 45 años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 7 años y al pago de 1.020 gramos oro por concepto de los daños y perjuicios ocasionados por los atentados contra la vida. Esta decisión fue apelada por la defensa y el Tribunal Superior de Cúcuta, mediante el fallo recurrido en casación, la confirmó en su integridad, disponiendo la expedición de copias para la

investigación penal pertinente contra LUCY XIOMARA ORTIZ PARRA y CIRO GALVIS PABON por la posible comisión de falsedad testimonial.

La demanda:

Primer cargo.

Lo planteó la defensa con sustento en la causal 3ª de casación. Aduce violación del debido proceso por violación del imperativo de investigación integral. Dice que XIOMARA ORTIZ desde su primera declaración anotó que para el momento de los hechos se encontraba “muchacha gente” y varios vecinos cuyos nombres no recordó. “A pesar de tan concreta y clara manifestación” -dice el abogado-no se localizaron esos posibles testigos presenciales. “Una investigación integral, de haberse producido -anota el otro lugar-hubiese abarcado un universo probatorio más amplio y en beneficio del condenado, que hubiese generado en síntesis, una demostración procesal de una legítima defensa”.

En la fase instructiva la Fiscalía, en conclusión, omitió comisionar investigadores para saber cuáles eran las personas y vecinos que presenciaron los acontecimientos y ello fue convalidado por el Tribunal “...que desestimó abiertamente los testigos de descargo, por el solo hecho de no tener su génesis dentro de la etapa instructiva”. Reitera el censor, entonces, la violación del principio de investigación integral y solicita que se case la sentencia y se declare la nulidad de la actuación a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria.

Segundo cargo.

Con sustento en la misma causal 3ª de casación plantea esta vez el demandante que a su defendido se le violó el derecho de defensa, garantía que de haber sido respetada hubiese significado la ampliación “de las probabilidades probatorias y demostrativas de

una indiscutible legítima defensa, en cualquiera de sus formas, figura sustantiva, que se constituyó en el análisis y alegatos principales, de la defensa técnica, gozada por el encartado”.

Luego de señalar que a su cliente se le condenó sin certeza para hacerlo y para negar terminantemente la existencia de la legítima defensa, pasa el abogado a precisar la irregularidad procesal. El imputado -anota-solicitó “dentro de los términos de instrucción” a través del mismo abogado casacionista que se le recepcionara indagatoria, con el fin de controvertir las pruebas de cargo, todas de carácter testimonial y provenientes de parientes de la occisa. Esto sucedió el 18 de febrero de 1997, es decir 7 días antes a la ejecutoria de la acusación. Y aunque el Fiscal aún contaba con competencia para hacerlo no lo hizo, continuó el trámite y en consecuencia violó el artículo 353 del Código de Procedimiento Penal de 1991, impidiéndole al procesado el ejercicio de su derecho de defensa material.

Agrega el defensor que para cuando la solicitud de indagatoria tuvo ocurrencia el término de la instrucción no se había vencido y que si para ese momento se le hubiera recibido “hubiese (su representado) podido aportar la suficiente prueba de descargo ... que hubiese variado radicalmente el auto calificadorio de llamamiento a juicio”.

La circunstancia de haber sido el procesado escuchado en la audiencia pública no sana la transgresión de la garantía, debido a que la instrucción finalizó sin la debida controversia que surgiría del contenido de la indagatoria. En fin, entonces, en la negativa del instructor a practicar la anotada diligencia hace consistir el recurrente la irregularidad procesal que a su parecer debe conducir a la declaración de nulidad “a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación”.

Tercer cargo.

Por la vía de la causal 1ª de casación indica el demandante que se violó

indirectamente la ley sustancial “por graves defectos y yerros en la apreciación y valoración de la prueba recaudada, errores que significaron, a su vez, la base de la condena por el concurso de homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado, desconociendo la ausencia probatoria, del vínculo civil de afinidad entre el condenado y las víctimas de los punibles en condena”.

Se dio por probado el parentesco del procesado con las víctimas a través de prueba testimonial, siendo que los vínculos de naturaleza civil, por exigencia legal, deben demostrarse mediante prueba documental. Aunque el instructor ordenó esta prueba no logró allegarla y a pesar de ello la dio por existente dentro del proceso, persistiendo el Tribunal en el error, el cual condujo a la atribución de los cargos de homicidio en su modalidad agravada.

“Ciertamente es -precisa el censor-que del testimonio de los declarantes de cargo, se dice que la señora XIOMARA ORTIZ PARRA, es cónyuge del condenado NEFTALI DIAZ NIÑO, pero nuestra ley civil, exige para la relación legal de parentesco, la debida prueba documental (registro civil), o en su posible defecto la partida de matrimonio”. Pide, en consecuencia, que se case el fallo y que el procesado sea condenado por los cargos de homicidio simple y tentativa de homicidio simple.

Cuarto cargo.

Fue propuesto al amparo de la causal 1ª de casación, por violación indirecta de la ley sustancial. Los errores de hecho en los cuales incurrió el juzgador condujeron a desconocer la evidente estructuración de la legítima defensa o en subsidio el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, dada la existencia de duda acerca de si se presentó o no la circunstancia, expresó la defensa.

Le atribuye al sentenciador haber tergiversado el sentido de la prueba testimonial y de la técnica, al interpretarla bajo el “convencimiento preconcebido”, agravado por

el subjetivismo, de que su representado fue el autor del homicidio agravado y de la tentativa del mismo delito. Dice que se desconocieron apartes de los testimonios de cargo que conducían a practicar otros testimonios y que se construyó la culpabilidad sobre “garrafales contradicciones” de los testigos, olvidando los intereses de los mismos en cuanto se trataba de parientes de las víctimas. El Tribunal, además, “deestimó valorativamente” lo dicho por los testigos de descargo, sin dar aplicación a la crítica racional de la prueba. Omitió una correcta valoración de los mismos, los cuales demostraban “incuestionablemente” la legítima defensa objetiva que medió la conducta de su representado. De haber aplicado el juzgador la sana crítica a las pruebas de cargo y de descargo -concluye el abogado la primera parte de la censura-le hubiera reconocido la legítima defensa al sindicado y no habría construido “una certeza de culpabilidad” sólo sobre las pruebas de cargo. O al menos -agrega-“le hubiese reconocido a mi defendido la duda, que es una consecuencia indiscutible del principio constitucional de la presunción de inocencia”.

Pasa a continuación el demandante a concretar los errores que le atribuye a la sentencia y empieza por hacer referencia a los cometidos respecto de la prueba testimonial de cargo, anunciando su propósito de “resaltar y demostrar” las contradicciones de los deponentes. Estos, valorados por el juzgador y de los cuales se valió para condenar, fueron XIOMARA ORTIZ PARRA, JULIO WILLINGTON ORTIZ PARRA, FRANKLIN ORTIZ PARRA, JULIO ANTONIO ORTIZ MENDOZA, AYLIN YULEIMA MARTINEZ y CIRO GALVIS PABON. Procede acto seguido a su análisis, uno a uno, “para ver si el valor que se les dio en realidad les corresponde”, precisa.

XIOMARA ORTIZ PARRA.

Declaró 3 veces en la fase instructiva y una en la del juicio. El 16 de septiembre de 1996 luego de relatar el impase que se presentó con su marido en el sitio donde celebraban el día del amor y la amistad, señaló que éste, después, llegó a la residencia de sus padres -

donde todos convivían- le pegó, intervinieron sus progenitores y NEFTALI DIAZ golpeó con la cachapa del revólver a su papá. 11 días después, el 24 de septiembre de 1996, no mencionó que su cónyuge la haya agredido físicamente y tampoco a su padre.

En la primera intervención procesal de la testigo, dice de otra parte el defensor, relató que cuando regresó su esposo a la casa su mamá salió para decirle que se fuera y entonces disparó contra ella. Y luego contra su hermano JULIO ORTIZ, que salió a ayudarla. Dijo la testigo, además, que “varios vecinos”, sin recordar cuáles, presenciaron lo ocurrido. En su segunda declaración dice que doña ALEJANDRINA PARRA salió de la casa a impedir que DIAZ NIÑO entrara y detrás de ella venía su hermano JULIO ORTIZ, quien le reclamó al cuñado por las groserías que pronunciaba en contra de su mamá.

En el primer relato, entonces, aduce el abogado, la testigo no ubica a su hermano “como testigo directo de la agresión contra su madre” y en el segundo “lo hace parte”. En los dos, de otro lado, dice que su padre fue testigo presencial y posteriormente dice que se fue a dormir.

Su tercer declaración versó sobre circunstancias distintas a las relacionadas con el desarrollo de los hechos.

Durante el juicio XIOMARA ORTIZ, “de manera inexplicable por no existir causa procesal probada”, presentó una carta a través de la cual se retracta de lo que había testificado y el Tribunal dispuso ampliar nuevamente su declaración. En esta oportunidad, de forma similar a como lo hicieron los testigos de descargo, dijo que su mamá, su hermano y CIRO GALVIS PABON salieron de la casa e intempestivamente agredieron al procesado. Los dos primeros con piedras y una patada, respectivamente, y el último disparándole de manera consecutiva. Dijo, además, que no es verdad que DIAZ haya lesionado a su padre JULIO ORTIZ, sino que lo hizo su mamá al forcejear con éste para tomar su revólver. Y que ALEJANDRINA PARRA, luego de quitarle el revólver a ORTIZ, amenazó a NEFTALI DIAZ y

luego le disparó por la espalda.

Concluye el demandante que la testigo, dadas las contradicciones en las cuales incurrió, es sospechosa y no digna de confianza en consecuencia. Y que resulta irrelevante en tales condiciones que el Tribunal en la sentencia recurrida le haya otorgado credibilidad a su primera versión y dispuesto expedir copias en su contra respecto del relato que presentó en el juicio.

“Un testimonio que exhibe tan determinantes contradicciones, sobre las circunstancias del desarrollo de los punibles en concurso -finaliza el impugnante-nunca jamás, podrá ser tenido como uniforme, veraz y conteste”.

JULIO WILLINGTON ORTIZ PARRA.

El casacionista recuerda lo relatado por el declarante el 24 de septiembre de 1996. Llegó a casa, estaban en la discusión, se fue NEFTALI DIAZ, llevó a su mamá adentro de la casa, al rato volvió DIAZ, siguió la discusión, DIAZ “se estaba pasando ...verbalmente” con su mamá, el testigo le dijo que pelearan y fue cuando sacó el arma “...y mi mamita al ver eso ella se metió y recibió el tiro, después yo al ver a mi mamá ahí, yo me le tiré a él, y me pegó dos tiros a mí”.

El declarante -dice el defensor-modifica las circunstancias de los hechos que presentó “contradictoriamente” su hermana XIOMARA ORTIZ y procede a mencionarlas. Aunque señala que fue testigo desde la primera discusión no señaló que DIAZ haya agredido a su padre. Agrega además la circunstancia de haber retado a pelear a su cuñado. “Controvierte abiertamente” a la anterior testigo al decir que el procesado le iba a disparar a él y su mamá se interpuso.

El Tribunal concluyó que se trató de declaraciones homogéneas y al hacerlo transgredió la sana crítica antes “las diferencias absolutas en las circunstancias de modo,

tiempo y lugar de estos dos testimonios analizados inicialmente”, precisa el recurrente.

FRANKLIN ORTIZ PARRA.

Según el defensor este testigo contradice a sus hermanos XIOMARA y JULIO W. ORTIZ en cuanto varía radicalmente las circunstancias de modo. Adicionalmente, según una afirmación “de algunos declarantes de la defensa”, el menor FRANKLIN ORTIZ no estaba presente en el momento de los hechos. Este mismo así lo dijo, según dice el defensor que se desprende de la siguiente respuesta que suministró al preguntársele quiénes estaban en la casa para ese instante: “YULEIMA, CIRO, XIOMARA, JULIO, mi mamá, mi papá se encontraba durmiendo y mi persona”.

Para el censor es ilógico que el testigo se hallara durmiendo y al tiempo presenciara los hechos. Fue un error del Fiscal no interrogar sobre el punto “seguramente por pasión acusatoria” y el mismo terminó siendo “confirmado” por las instancias.

JULIO ANTONIO ORTIZ MENDOZA.

El demandante cita un aparte de su declaración y concluye, sin más, que “controvierte abiertamente” los relatos de sus hijos “por cuanto nos relata nuevas circunstancias, que no habían sido comentadas por los anteriores, quienes comentan circunstancias de modo, tiempo y lugar diferentes”. Al valorar el Tribunal este testimonio cometió el error “de tenerla como cierta ... omitiendo el análisis determinante de las contradicciones habidas”.

AYLIN YULEIMA MARTINEZ.

Aparte de que “los declarantes de la defensa” afirmaron que esta declarante no estaba en el lugar de los hechos, en su relato varía “el desarrollo de los hechos fácticos (sic),

al modificarlos totalmente, en relación a las declaraciones de los anteriores analizados y acusado en error de hecho". Al creer en la testigo en tales circunstancias el Tribunal incurrió en tal equivocación.

CIRO GALVIS PABON.

Luego de transcribir apartes de su declaración dice el defensor que inicialmente el declarante expresó haber presenciado el desarrollo de los hechos y luego se contradice al afirmar que no escuchó nada, ubicándose como testigo de oídas. A pesar de ello las instancias lo consideraron testigo excepcional y directo de lo sucedido. Tal el "garrafal error de hecho" que le atribuye al Tribunal. El testigo rindió declaración ante notario y en ella manifiesta que lo relatado en el proceso no es verdad (el Tribunal dispuso la expedición de copias en su contra para la investigación penal respectiva).

Además, afirma hechos que permiten sostener la legítima defensa, de manera semejante a como lo hicieron los testigos de descargo.

Para el casacionista, en conclusión, en la crítica de los testimonios de cargo están ausentes "los elementos metodológicos necesarios en la aplicación de la sana crítica". Y si no se hubieran cometido los errores en su valoración se hubiera reconocido la legítima defensa.

Acto seguido pasa al análisis de los "testigos de descargo", desestimados por el Tribunal en el fallo impugnado y los cuales declararon en la fase del juicio. Se refiere en primer lugar a JESUS DAVID GALVIS, transcribe su relato y advierte que no fue tenido en cuenta por haber declarado en el juicio y ser considerado "como coartada desestabilizadora de la defensa", olvidándose el Tribunal que fue él mismo el que había ordenado la prueba. La Corporación incurrió en error de hecho al desestimar el medio de convicción por consideraciones subjetivas y no tener en cuenta la sana crítica en su interpretación.

Iguals comentarios realiza el abogado en relación con los testigos CARLOS SANCHEZ, MARTHA CECILIA SANCHEZ y GUSTAVO CORZO, quienes declaran de manera semejante al anterior y con cuyos relatos pretende demostrar que el procesado actuó en ejercicio de la legítima defensa. Insiste el demandante en que el juzgador incumplió con la sana crítica en el examen de tales medios de prueba, imponiéndole a su cliente la condena injusta de 45 años de prisión.

Quinto cargo.

Graves errores de hecho en la apreciación de las pruebas -dice en esta oportunidad el demandante- condujeron al Tribunal a la violación indirecta del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

El fallo le dio preponderancia a los testimonios de cargo, sin darle aplicabilidad a la sana crítica. De haber sucedido al revés se hubieran evidenciado las contradicciones de los testigos y hubieran sido desestimados. Y de haberse aplicado la sana crítica a “la corriente testimonial de descargo”, de otro lado, habría concluido el juzgador que eran veraces.

De haberse aplicado la sana crítica, dice el abogado en conclusión, se hubiera tenido que las pruebas de descargo se acercaban más a la verdad y en esa medida, al estarse frente a “dos corrientes probatorias que no son concluyentes” debía concedérsele a su representado el beneficio de la duda, que es el reconocimiento que demanda de la Corte.

Concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal:

1. Los yerros técnicos en los cuales incurre el censor en la presentación del primer cargo de nulidad impiden su prosperidad, dice el Delegado. Un planteamiento de vulneración del principio de investigación integral obliga al demandante a relacionar las pruebas

que se dejaron de practicar y a demostrar la trascendencia de la omisión. El defensor incumplió dichas exigencias, limitándose simplemente a afirmar que se dejó de indagar qué vecinos presenciaron los hechos.

No se hace necesario de todas formas, agrega el Ministerio Público, el recaudo de todos los medios probatorios sino los suficientes para adoptar la decisión que corresponda y este supuesto se cumplió en la investigación. Destaca, no obstante, que contrariamente a lo expresado por el actor los vecinos a que hizo relación XIOMARA ORTIZ no presenciaron lo sucedido. Esta advirtió que cuando los disparos “no había más nadie por ahí” y ha de entenderse que los vecinos que dice que salieron lo hicieron con posterioridad a los disparos.

Pide el Procurador, entonces, que se desestime el cargo.

2. El segundo no está llamado a prosperar, sigue el concepto. Simplemente porque la circunstancia de la cual se queja el censor no constituye ningún tipo de irregularidad. Para cuando el procesado solicitó ser escuchado en indagatoria a través de abogado, ya se había dictado la resolución de acusación y bajo esa circunstancia no procedía acceder a su solicitud, en consideración a que la instrucción ya había finalizado. De todas maneras en el juicio tuvo la oportunidad de explicar ante el Juez lo sucedido. Así las cosas, no tuvo lugar la pretendida violación del derecho de defensa.

3. En el reproche de violación indirecta de la ley sustancial planteado por el defensor en el tercer cargo ni siquiera señaló a qué clase de error de hecho hacía referencia y tampoco cuál fue la norma infringida. A este defecto técnico en la formulación del reproche se agrega la circunstancia de que ante el Tribunal el sujeto procesal demandante no alegó la inconformidad aquí propuesta, careciendo entonces de interés para proponerla en casación.

No obstante lo precedente, aduce el Procurador, según la jurisprudencia de la Sala

(cita la sentencia del 20 de febrero de 1996, radicación 11.291), el estado civil puede darse por demostrado con cualquier medio probatorio común distinto de los exigidos por la ley civil. Y en el presente proceso se probó a través de testimonios que XIOMARA ORTIZ era la esposa de NEFTALI DIAZ. Este mismo así lo expresó en la diligencia de audiencia pública.

4. Empieza el Procurador por señalar que el error de hecho que planteó el defensor está referido a un falso juicio de identidad. Y que la mención hecha a la prueba indiciaria comporta una equivocación, dado que no singulariza el medio de convicción que ataca y tampoco demuestra si el error recae sobre el hecho indicador o la inferencia lógica.

Agrega, de otra parte, que por el simple hecho de que los testimonios que sirvieron de fuente a la condena hayan sido provenientes de parientes de las víctimas, no pueden desestimarse. Fueron tales vínculos los que explican que los declarantes estuvieran en el escenario de los hechos, ellos fueron concordantes en lo expuesto según el Tribunal y el grado parentesco con la víctima y el lesionado no configuran una razón para decir que sus versiones son parcializadas o acomodadas.

El Tribunal, de otra parte, explicó claramente por qué los tuvo en cuenta y resulta natural que sus versiones no sean idénticas ya que cada uno se encontraba en un lugar diferente del escenario de los hechos, coincidiendo todos sin embargo en señalar que NEFTALI DIAZ disparó sin justificación alguna en contra de su suegra y de su cuñado.

Sobre la retractación de la esposa del sindicado en la etapa del juicio anota el Delegado que ello no conduce, como lo pretende el defensor, a que deba desecharse su testimonio por presentar contradicciones. El Tribunal consideró correctamente que su versión final no es veraz “ya que no es creíble que una mujer que hace vida con un hombre por más de dos años, de quien tiene un hijo, si fuera cierto que vio el ataque agresivo y grave que señala en su (última) declaración y observa que actuó en legítima

defensa, por simple temor hubiese cambiado la verdad o mejor la hubiere ocultado cargándole toda una sindicación que sabía lo haría penalmente responsable”. La retractación, por lo demás, como lo ha señalado la Corte, por si misma no es una circunstancia que destruye lo dicho por el testigo en intervenciones precedentes.

Las contradicciones de los testigos a que se refiere el casacionista, sigue el concepto, constituyen su posición de cómo han debido valorarse las pruebas, es un cuestionamiento a los planteamientos del juzgador en comparación con los propios, lo cual no hace parte del contenido del recurso de casación. El Delegado, no obstante, se refiere a ellas y concluye que el impugnante no tiene razón.

El Tribunal, por otra parte, examinó con cuidado los testimonios de descargo, el Procurador rememora lo dicho en la sentencia respecto de cada uno de ellos y concluye que los fundamentos expresados están sustentados en los postulados de la sana crítica. No fueron demostrados, por último, los elementos de la legítima defensa. No existió en contra del procesado agresión grave e injusta que fuera necesario repeler y así lo concluyeron claramente las instancias.

5. En el quinto cargo, dice el Delegado, el defensor repite lo dicho en el precedente sin que sea necesario profundizar más al respecto. La duda que plantea no es admisible, ante la existencia de pruebas fehacientes que dan certeza de la responsabilidad del procesado, como lo concluyeron las instancias. Así las cosas, no se conculcó la presunción de inocencia.

“Respecto a la que el actor llama ‘aseveración maliciosa’ realizada por el Tribunal en el sentido que su prohijado debió presentarse al proceso desde el inicio -finaliza el concepto- resulta ante todo razonada porque si el alega legítima defensa y dudas sobre su responsabilidad lo más adecuado era su presentación a la justicia en forma expedita para aclarar asuntos que lo favorecían y no esperar a que fuera capturado para sí

esgrimir una defensa que no es de recibo, aduciendo que elevó petición en la etapa de indagatoria (sic) la que resultó inoportuna porque éste no era el momento oportuno procesalmente para su presentación”.

Consideraciones de la Sala:

La Corte, de acuerdo con la Procuraduría, no casará la sentencia objeto del recurso de casación. Enseguida las razones.

Sobre el primer cargo de nulidad.

Violación del principio de investigación integral es lo que alega el defensor, aunque como es fácil concluirlo no logra formular una propuesta jurídicamente completa que le permita a la Sala pronunciarse de fondo sobre ella.

Como es sabido, investigar con igual celo lo favorable y desfavorable al procesado es una exigencia constitucional. Esto significa que los obstáculos que se le pongan a dicho sujeto procesal, como omitir la práctica de las pruebas tendientes a verificar su coartada o negar arbitrariamente aquellas orientadas al ejercicio racional de su defensa, afectan la garantía al impedirle el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa, y romper al tiempo el equilibrio necesario de las partes en el proceso.

Plantear la irregularidad en casación, sin embargo, le impone al censor la carga de relacionar en concreto las pruebas dejadas de practicar, la indicación de su aptitud probatoria y la demostración de su trascendencia, que naturalmente tiene que surgir de la oposición del contenido de los medios de prueba omitidos a la lógica del fallo, obteniéndose como resultado el desquiciamiento de éste o una distinta orientación.

En el caso examinado el incumplimiento de dichas exigencias por parte del recurrente es evidente. Dijo que se dejaron de practicar pruebas fundamentales y no señaló cuáles.

Mucho menos su impacto concreto frente a la construcción lógica del fallo. Se remitió simplemente a afirmar que la testigo XIOMARA ORTIZ PARRA expresó que para el momento de los hechos “había mucha gente”, “varios vecinos” que no recordaba. Y la irregularidad la hace consistir en que no fueron localizados “estos posibles testigos directos y presenciales”. Agrega que de haberse hecho se “hubiese abarcado un universo probatorio más amplio y en beneficio del condenado, que hubiese generado en síntesis, una demostración procesal de una legítima defensa”. Resulta claro de tan precario planteamiento, entonces, la impropiedad de la propuesta. No se precisan -como se dijo- los medios de prueba omitidos, menos su contenido, y aún así, sin base lógica para hacerlo, el censor deriva que se habría demostrado que su representado actuó en legítima defensa, lo cual es sencillamente una especulación.

Así las cosas, el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo de nulidad.

El imputado fue vinculado al proceso a través de declaración de persona ausente y en su contra se expidió orden de captura. En esta situación, a través del mismo abogado casacionista, cuando ya se había dictado la resolución acusatoria y se encontraba en el trámite de notificación, solicitó que se le recepcionara indagatoria (fl. 119 c. # 1). De inmediato el Fiscal instructor se pronunció en los siguientes términos, luego del respectivo reconocimiento al defensor:

“En consideración a que se ha calificado el mérito sumarial mediante resolución # 012 fechada el 4 de los cursantes (febrero de 1997), la cual se encuentra en términos de ejecutoria es por lo que el despacho no hace ningún pronunciamiento en cuanto a la solicitud impetrada por el sindicado, en lo que respecta a la recepción de su injurada, presentada por su defensor”. Tal es el acto procesal que cuestiona el casacionista. Aduce que el mismo fue violatorio del derecho de defensa y carece de razón. Admite

que ya se había dictado la acusación y no obstante asegura que debía accederse a la práctica de la diligencia.

Es verdad que el imputado, de acuerdo con la ley, está facultado para solicitar su indagatoria y también es evidente la importancia de este acto procesal, en cuanto se constituye en la primera oportunidad de defensa con la cual cuenta dentro del proceso penal. No obstante, en virtud del principio de preclusividad de los instantes procesales, no es procedente la práctica de diligencias en cualquier momento. Cerrada la instrucción ya no es posible, a no ser que preceda la revocatoria de la resolución que la dispuso. Una vez clausurada la instrucción, entonces, la solicitud, ordenación y práctica de pruebas, incluida la indagatoria -que además de medio de defensa es medio de prueba como lo tiene admitido la jurisprudencia y la doctrina-no es posible. Y fue exactamente lo sucedido en el presente caso. No solamente se había cerrado la investigación sino que ya se había proferido la acusación y bajo tales circunstancias habría resultado un desacierto del Fiscal ordenar la indagatoria solicitada. Ello no proscribía, sin embargo, la posibilidad de que el Juez, durante el juicio y ante una eventualidad especial (caso del sindicado hasta entonces ausente, por ejemplo), pudiera interrogarlo sin juramento cuando lo considerara necesario para el trámite de la fase procesal.

Así las cosas, no se configuró la irregularidad propuesta por el demandante y en consecuencia, por sustracción de materia, no hay lugar al examen de su sustancialidad y trascendencia. El cargo, por ende, no prospera.

Tercer cargo.

El procesado fue condenado por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio, agravados por razón del parentesco. El censor admite en la presentación de la censura que durante todo el proceso, y naturalmente también en el fallo impugnado, dicha condición se tuvo por establecida a través de prueba testimonial. En realidad así fue, en

efecto.

“Analizado el aspecto típico -dice la sentencia recurrida-encuentra la Sala ajustada a derecho la pena mínima de la cual partió el Juzgado de conocimiento para graduar el concurso, habida consideración que fuera de la circunstancia agravatoria del homicidio y de la tentativa del mismo, no le concurre al procesado ninguna circunstancia genérica ni específica de agravación, lo que justifica que se partiera del mínimo del homicidio agravado, que lo fue por el parentesco existente entre el procesado y sus víctimas, ya también analizado, agravación que no mereció reparo de parte del señor defensor, como quiera que se entiende que está correctamente calificado el hecho, si se mira que el procesado reconoce estar casado con la hija de ALEJANDRINA PARRA DE ORTIZ, como lo reconoce su mujer y lo ratifica el padre, JULIO ORTIZ, al igual que el parentesco con WILLINGTON ORTIZ PARRA, agravación que puede probarse por este medio mencionado”.

Según el defensor, el elemento parentesco sólo es susceptible de demostración a través de prueba documental. Y como no pasó así, el juzgador incurrió en error de hecho por suposición de la prueba documental. Es decir, el abogado se confunde. La segunda instancia no supuso el medio de convicción, sino que dio por establecido el vínculo que le permitió dar por estructurada la circunstancia específica de agravación, a través de prueba testimonial y del propio dicho del procesado. El error que le atribuye el abogado a la sentencia, entonces, debió haberlo planteado como de derecho por falso juicio de convicción y esa es su primera equivocación. La segunda fue no precisar la norma legal en la cual se disponía que sólo es viable la demostración de tal hecho en el proceso penal a través de prueba documental. Esta, en todo caso, no existe. Y como así es y como en el proceso penal rige el principio de libertad probatoria ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala en señalar que el parentesco, a diferencia de como sucede frente a la ley civil, puede probarse con cualquier medio de prueba autorizado. En consecuencia, en ninguna impropiedad incurrió el juzgador al dar por existente la

agravante punitiva en la forma que lo hizo y por lo tanto tampoco esta censura puede prosperar.

Cuarto cargo.

Los evidentes errores técnicos en su formulación impiden su examen. El defensor señaló, en primer lugar y de forma general, que el juzgador “distorsionó el sentido de la prueba”, que construyó la culpabilidad sobre las contradicciones de los testigos de cargo, que el análisis de la prueba técnica, de los testimonios y de los indicios fue inadecuado, que se desconoció lo favorable al procesado, que sin darle aplicación a la crítica racional de las pruebas se desestimaron los declarantes de descargo con cuyos dichos se demostraba la legítima defensa y que, en conclusión, si así no hubiera pasado se habría admitido la estructuración de dicha circunstancia excluyente de responsabilidad penal.

Muchas enunciaciones que en definitiva no logró el defensor concretar en algún error de juicio identificable con el señalamiento de su trascendencia, como para que la Corte pueda proceder a su examen y respuesta. Tacha de subjetivo el análisis probatorio hecho por el Tribunal, resume uno a uno lo sostenido por cada testigo, de cargo y de descargo, resalta contradicciones de los primeros sobre factores determinantes -según dice- y con todo lo único que evidencia y postula como error es el hecho de que el juzgador no haya creído en los testigos “de la defensa”, con sustento en los cuales su pretensión fue y es la absolución de su representado.

Aunque el defensor anunció distorsión probatoria en ningún momento demostró alguna, como tampoco se ocupó de la prueba indiciaria y tampoco de la técnica, a pesar -como se vio- de postular errores de juicio en su apreciación. En el desarrollo del cargo en lo que resultó enfático fue en afirmar que el Tribunal transgredió los postulados de la sana crítica. Sin embargo, olvidó indicar si la violación fue respecto de una ley científica, un

principio de lógica o una máxima de la experiencia y obviamente su impacto en la orientación de la sentencia condenatoria.

Para el censor no se aplicó la sana crítica simplemente porque el Tribunal no le otorgó credibilidad a los testigos que servían al propósito de demostrar la legítima defensa. Eso es todo. Y lo que aporta como sustentación del error lo único que traduce es su desacuerdo con la conclusión de las instancias, hecho a partir de su lectura personal de los medios de prueba, lo que es absolutamente marginal al recurso de casación, que no es una instancia del proceso penal sino un instrumento instituido exclusivamente para la discusión sobre la legalidad de la sentencia e igualmente de la regularidad del procedimiento previo al pronunciamiento de la misma.

Que la mayoría de los testigos que sirvieron de fundamento a la condena sean parientes de las víctimas no es una circunstancia que los descalifique. Indicar entonces que debían desecharse por esa razón o considerarse débiles desde el punto de vista demostrativo y entonces preferirse “las pruebas de descargo”, no prueba ninguna transgresión de la sana crítica. Se trata de una calidad que ostentaban, que fue tomada en cuenta por el juzgador en el análisis detenido de cada declaración, que sirvió de explicación al hecho de su presencia en el lugar de los acontecimientos y que finalmente estuvo presente en la siguiente conclusión del Tribunal, plasmada luego del extenso examen a que sometió la totalidad de la prueba testimonial:

“Cree la Sala al igual que el juzgador de primera instancia, que la prueba que aporta la verdad real a la investigación es aquella allegada primigeniamente al proceso y muy especialmente la declaración de LUDY XIOMARA esposa del procesado, en su primera versión, la de AYLYN YULEIMA MARTINEZ y la de CIRO GALVIS que corroboran las declaraciones de WILLINGTON lesionado en los hechos, la de JULIO ORTIZ, la de FRANKLIN ORTIZ, que muy a pesar de ser familiares y uno de ellos víctima, sus relatos son concordantes, unísonos y merecedores de credibilidad, porque precisamente ellos

vivieron el acontecer fáctico, con ellos fue la discusión que generó el resultado final, que no puede negarse en gran parte sucedieron por la insistencia de ALEJANDRINA DE ORTIZ en reclamar, pero que no puede creerse que se afirme que ésta disparó y menos que la lesión de JULIO ORTIZ, la causara ésta cuando quiso quitarle el arma para dispararle a NEFTALI DIAZ NIÑO, ni que CIRO GALVIS disparó, versión esta de última hora que es la buscada para colocar al procesado ante una agresión grave e injusta que no sucedió y que la justicia no puede avalar para justificar por este medio los delitos cometidos por el procesado”.

De otro lado, las supuestas contradicciones entre los testigos de cargo que menciona el censor, y que a su juicio, al otorgárseles a los mismos credibilidad, comportan la violación de los postulados de la sana crítica, no son tales. Sin decirlo el demandante está planteando que la falta de concordancia total entre un declarante y otro es motivo suficiente para no creer en ninguno, no obstante la coherencia en torno a los aspectos fundamentales sobre el hecho objeto de la declaración. Y se trata de un planteamiento completamente equivocado. Los hechos están formados de momentos y cuando éstos son observados por distintas personas cada una registra desde sus propias circunstancias. Y cada una igualmente, al relatar judicialmente, rememora esas vivencias desde las singularidades de como las percibió y las específicas de cuando las narra, lo cual irremediablemente lleva a que por regla general los observadores de un mismo suceso nunca lo cuenten lo mismo, no obstante coincidir en aspectos esenciales.

En el caso examinado lo que propone el abogado defensor como atentado contra la sana crítica es que se creyó en unos testigos que no dijeron exactamente lo mismo. Por eso el ejercicio que hace es compararlos, afirmar -por ejemplo- que una testigo dijo algo en su segunda declaración que no refirió en la primera, que un declarante dijo que el lesionado salió al tiempo con la occisa y otro que salió segundos después, pretendiendo que esa falta de absoluta coincidencia conduzca a restarles mérito persuasivo. Y carece de razón, como se dijo. Ciertamente que los relatos no son idénticos, aunque sí

determinantes, como categóricamente se concluyó en la sentencia, de que el procesado disparó sin justificación alguna en contra de su suegra y de su cuñado, causándole la muerte a la primera y heridas al segundo.

La retractación de XIOMARA ORTIZ, esposa del sindicado, y de CIRO GALVIS PABON, tampoco se constituía en una razón para desechar lo que habían afirmado inmediatamente después de sucedidos los hechos ante el Fiscal instructor. No se atenta contra la sana crítica, entonces, por el simple hecho de que el juzgador, frente a la retractación de un testigo, decida otorgarle crédito a lo dicho en una versión anterior, por lo que el cuestionamiento que al respecto hace el censor tampoco es demostrativo de un error de juicio del Tribunal, teniendo que reiterar la Sala que es definitivamente inexamenable el cargo ante el hecho evidente de que su contenido es el de un alegato de instancia, cuya clara intención es la de persistir en el debate probatorio finalizado en las instancias.

Quinto cargo.

Es manifiesta su improsperidad. Insiste el defensor en la circunstancia de que el Tribunal no aplicó la sana crítica, al creer en los testigos de cargo, a pesar de ser contradictorios, y no creer en los que servían para apoyar la legítima defensa. Se remite al análisis probatorio realizado en el cargo anterior, que como se vio no concreta ninguna equivocación del juzgador, y a partir de él aduce que si no demuestra suficientemente la legítima defensa al menos si la duda sobre la estructuración de la eximente de responsabilidad penal. Se trata de una solicitud subsidiaria a la manera como suele alegarse ante las instancias. Que naturalmente no traduce ninguna propuesta atendible en casación, que amerite una respuesta de fondo de la Corte.

En el fallo impugnado el Tribunal suministró las razones que lo condujeron a no creer en los testigos que declararon en el juicio y que le permitieron a la defensa sostener que el procesado actuó en legítima defensa. El censor cuestiona esas razones

de manera global y expresa que no cumplieron con los dictados de la sana crítica, sin precisar -como tampoco lo hizo en el cargo 4º-en qué exactamente consistió la vulneración y su trascendencia. Es decir, si el desbordamiento en la apreciación probatoria se produjo en relación con una ley científica, un principio de la lógica o una regla de la experiencia.

La Sala, entonces, ante la manifiesta improsperidad de los ataques, no casará el fallo objeto del recurso de casación.

Por 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:

NO CASAR la sentencia recurrida, expedida por el Tribunal Superior de Cúcuta el 23 de febrero de 1998.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

Cúmplase.

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria