

Proceso No 16881

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 82

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil tres (2.003).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de BATISTINA MARÍA ARISTIZABAL ZAPATA contra la sentencia en causas acumuladas proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 7 de septiembre de 1.999, confirmatoria de la emitida por el Juzgado 19 Penal del Circuito de la misma ciudad el 4 de junio de ese año, mediante la cual concretó la condena impuesta a la procesada por la primera instancia en la pena principal de 50 años y 6 meses de prisión como responsable de los delitos de homicidio -cuádruple-, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego, junto con Sergio Antonio Cadavid a quien a su vez impuso 43 años y 6 meses de prisión por homicidio -doble- y porte ilegal de armas de fuego.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Causa 4263.

Los atinentes a esta causa habrían tenido ocurrencia en la Urbanización “Quintas del

Salvador” de la ciudad de Medellín, hasta donde a solicitud de familiares de María Nubia Higueta Pulgarín y ante la imposibilidad de lograr comunicación con ella desde el 16 de agosto de 1.997, hubo de hacer presencia el 19 de dicho mes un Fiscal Seccional de la URI, hallando en el interior de la casa ubicada en la Cra. 34F No. 35-64, los cadáveres en vía de descomposición de dicha mujer junto al de su compañero Javier Darío Ospina Layos, los cuales presentaban heridas producidas con arma de fuego y cortopunzante en diversa partes del cuerpo.

Una vez efectuado el levantamiento de los cadáveres en esta misma fecha y conocido de acuerdo con los testimonios rendidos por Carlos Alfonso Castro Cordero, ex esposo de la occisa y Juan Carlos Castro Higueta, hijo de aquélla, que de la vivienda habría sido sustraído el vehículo tipo Montero, marca Mitsubish, color verde, modelo 1.996 y de placas BXC 894, el 3 de septiembre se dispuso el adelantamiento de diligencias previas con miras a “obtener la verdad real sobre los hechos, y la identificación e individualización de los infractores de la Ley penal” (fl.29).

En su desarrollo, fueron ampliados los testimonios de Juan Carlos (fl.43) y Carlos Alfonso Castro (fl.47) y allegados los de Wickman Alfredo Castro (fl.45), hijo menor de la occisa, Gloria Amparo David de Restrepo (fl.57) y María Magnolia Panesso Murillo (fl.73), conociéndose no sólo sobre las actividades que la pareja fallecida desarrolló el día 15 de agosto, sino que el sábado 16 María Nubia tenía programado hacia el medio día un viaje al municipio de Cañasgordas, habiéndose comprometido a pasar a recoger a sus hijos y a los de Gloria Amparo en el carro de su propiedad.

El 19 de septiembre, después de haberse presentado en diversas oportunidades ante la Fiscalía reclamando derechos sobre el vehículo en referencia y aduciendo ser abogada, se escuchó el testimonio de BATISTINA MARÍA ARISTIZABAL ZAPATA, quien sostuvo que desde el mes de julio le había sido firmado el respectivo traspaso por parte de María Nubia Higueta Pulgarín, de acuerdo con un negocio convenido con Rubén Darío

Alvarez, su esposo, por la suma de \$25'000.000.00, carro cuya entrega se le hizo el sábado 16 de agosto en horas de la tarde, cuando le fue llevado hasta su casa, conforme habían convenido (fl.65).

El primero de abril de 1.998 es puesto a órdenes de la investigación el Mitsubish de placas BXC 894 en cita (fl.167) y el 3 del mismo mes se efectuó diligencia de inspección judicial al expediente que ante la Fiscalía 130 se adelantaba por la violenta muerte de Rubén Darío Rave Luján, tomándose algunas fotocopias de diverso material allegado, en particular del testimonio rendido en esas diligencias el 10 de diciembre de 1.997 y de la ampliación del mismo calendada el 21 de enero de 1.998, este acopiado en la causa 102, por parte de Beatriz Elena Gil Gallego, a través del cual dejó al descubierto las actividades a que se dedicaba, entre otros, su compañero Rave Luján, sobre la muerte violenta de éste y de Gustavo y Nubia Higueta Pulgarín, todo lo cual se habría cumplido bajo las órdenes de “la Dra. Batistina Aristizabal” (fl.193 y ss y 200 y ss).

El 6 de abril de 1.998 se efectuó diligencia de inspección judicial al proceso seguido por la violenta muerte de Gustavo Adolfo Higueta Pulgarín y Doralis Andrea Gañán Osorio, aportándose algunas fotocopias del mismo, tales como las indagatorias de Sergio Antonio Cadavid y BATISTINA MARÍA ARISTIZABAL ZAPATA (fl.205 y ss).

El 8 de abril se decretó formal apertura instructiva (fl.208), escuchándose en indagatoria a BATISTINA MARÍA ARISTIZABAL ZAPATA (fl.245), cuya situación jurídica fue resuelta con medida detentiva el 21 de abril de 1.998 por los delitos de homicidio y hurto calificado y agravado (fl.255).

Ampliada la injurada a la imputada (fl.341), por resolución del 13 de julio le fue denegada la solicitud de allanamiento y registro que en la vivienda de la testigo Gil Gallego, ordenando se dispusiera lo necesario para ampliar el testimonio de ésta (fl.348).

Clausurada la investigación, el 21 de septiembre de 1.998 se profirió resolución

acusatoria en contra de la procesada acorde con los delitos que ameritaron su detención (fl.371).

Causa 102.

Los hechos de este proceso informan que pasadas las cinco de la mañana del 20 de septiembre de 1.997, a la altura de la Cra. 48ª con calle 79 de la ciudad de Medellín habrían sido muertos mediante disparos de armas de fuego que ocasionaron laceración cerebral Gustavo Adolfo Higueta Pulgarín y Doralis Andrea Gañán Osorio.

Efectuado el levantamiento de los cadáveres (fl.2), por estos hechos se dio inicio a la investigación previa en la misma fecha, aportándose copiosa prueba testimonial, así como también diversos informes rendidos por miembros del CTI relacionados con las averiguaciones adelantadas sobre los mismos (fls. 63, 103 y 119), e igualmente allegada como pruebas trasladadas los testimonios de Beatriz Elena Gil Gallego fechado el 10 de diciembre de 1.997 (fl.81) y el de Alfredo Ricaurte García Riascos (fl.90). Ampliado en este proceso lo depuesto por Gil Gallego (f.94), el 18 de febrero de 1.998 se abrió investigación (fl.140), escuchándose en indagatoria a Sergio Antonio Cadavid (fl.173) y a ARISTIZABAL ZAPATA (fl.181), ordenándose su detención por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego (fl.203).

Una vez practicada prueba de diversa índole, fundamentalmente testimonial y ampliada la indagatoria a ARISTIZABAL ZAPATA (fl.372), decretado el cierre instructivo, el 25 de julio de 1.998 se profirió resolución acusatoria en contra de los imputados por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego (fl.405).

Por auto del 6 de noviembre de 1998, el Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín decretó la acumulación de las causas. Adelantada la etapa del juicio y rituada la audiencia pública, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos que se dejaron sintetizados en precedencia.

LA DEMANDA:

Amparado en la causal tercera de casación, acusa el defensor de la procesada el fallo impugnado de haberse proferido dentro de un proceso viciado, bajo la imputación de diversos motivos de nulidad que dice presentar como tesis principal y subsidiaria, el primero relacionado con la vulneración a la garantía de la investigación integral y el segundo, que sin el más mínimo desarrollo apenas menciona, referido a una presunta falta de consonancia entre la acusación y el fallo.

Observa el actor para comenzar, que la procesada desde la propia etapa instructiva solicitó se ampliara el testimonio de Beatriz Elena Gil Gallego, conforme se observa al folio 341 y ss. Con posterioridad, ante el juez de primer grado, su defensor petitionó de nuevo dicha diligencia, siéndole denegada por auto del 8 de febrero de 1.998 (fl. 393 y ss).

Para el libelista, la omisión de esta prueba afecta el derecho de defensa, dado que se habría obstaculizado la contradicción de la prueba testimonial única de cargos, que resultaba indudablemente de esencial relevancia, conculcándose de este modo la supremacía de los preceptos constitucionales (art.29), conforme lo ha destacado la jurisprudencia, entre otros en fallos del 8 de septiembre de 1.984, 8 de agosto de 1.987 y 25 de junio de 1.991, siendo las garantías vulneradas de orden supralegal, acusando al propio tiempo como preceptos violados los arts. 1º, 7º, 249, 251, 253, 314, 333 y 362 del C. de P.P.

Reproduce el texto en que la procesada al ampliar su indagatoria solicitó se llamara de nuevo a la testigo de cargo Gil Gallego, observando que si bien la expresión del derecho material de su parte no se presenta en forma muy técnica, define con claridad la voluntad procesal, insistiendo en que al haberse impetrado en la etapa instructiva, ha debido ser objeto, por lo menos, de pronunciamiento judicial. Pero inclusive, recuerda, respaldando

la pretensión de la sindicada, su abogado solicitó durante el juicio la misma prueba, la cual le fue denegada, según se advirtió, por auto del 8 de febrero de 1.998.

Así las cosas, resulta evidente para el censor que la construcción del concepto de certeza, fundamento del juicio de reproche, está en este caso en proporción directa con la imposibilidad material de controvertir todas y cada una de las incriminaciones de Gil Gallego, tal y como se presentó con el proceder de los funcionarios de instrucción al omitir pronunciarse sobre la solicitud de la imputada, pero también con la negativa por parte del juez a quo a permitir que la defensa técnica interrogara a la único testigo, sobre la base de no encontrar las contradicciones aducidas, en una decisión constitutiva de un verdadero acto de poder.

Es que, enfatiza, la omisión en posibilitar ejercer el derecho de contradicción, tiene directa incidencia en el fallo, pues no solo impidió esclarecer las contradicciones, sino además desconoce los descargos presentados en la injurada. En este aspecto, para el actor, según se desprende de la sentencia C-150/93, la verdad real no puede construirse eliminando el ingrediente epistemológico de la controversia.

Además, desde un punto de vista estrictamente formal, el testimonio de Gil Gallego accedió al proceso como prueba trasladada, por lo que debió ser objeto del trámite de rigor para efectos de su controversia, conforme lo exige el C. de P.P. y sin embargo no se puso a disposición de los diversos sujetos. Recuerda que el titular de la Fiscalía se desplazó hasta el Municipio de Cisneros, en donde dicha prueba se practicó interrogándosele a la testigo por aquello que asumió de su interés el funcionario.

Insiste, así, en que es palmaria la inconstitucionalidad del juzgamiento por quebranto del derecho de defensa de la procesada, ya que si se hubiese permitido la controversia probatoria se habrían reivindicado “tres momentos dinámicos excepcionales” como lo son la presunción de inocencia, el derecho a controvertir las pruebas allegadas en contra y la

facultad de solicitar pruebas.

Finalmente, tras observar que no es su propósito proponer una censura por la vía indirecta, señala que la denominada convergencia de indicios, dada la magnitud del quebrantamiento de la prueba, impide mantener la vigencia constitucional del fallo impugnado.

Así, dando por demostrado el daño irremediable, solicita se case el fallo, con miras a reivindicar el derecho a controvertir la prueba de cargos, conforme a la Constitución y la ley.

CONCEPTO DEL PROCURADOR CUARTO DELEGADO EN LO PENAL:

Comenzando por resaltar como innecesaria la formal presentación del cargo por nulidad que hace el actor sobre la base de calificarla de “supralegal”, habida consideración de que las irregularidades lesivas del debido proceso o el derecho de defensa han sido previstas en el Estatuto Procesal, realza el Ministerio Público que las irregularidades a que alude el actor se dejan en un “mero campo de la especulación retórica”, sin concretar la trascendencia de la presunta anomalía ni el perjuicio real que se expresó con la condena.

No existe una debida concreción de las pretensiones y esta no puede admitirse con un criterio de flexibilización del rigorismo que es propio de la técnica, pues por el contrario, de cada reparo frente a las presunciones de acierto y legalidad del fallo se exige “una argumentación metódica, concreta y exacta, lógica y coherente, que trascienda en una reflexión organizada conforme al principio de autosuficiencia”.

El actor aduce quebranto del derecho de defensa y del debido proceso en forma sucesiva, sin concretar frente a cada una de las pretendidas irregularidades a cuál de estas garantías se dirige su supuesto quebranto.

En todo caso, aun cuando para el Procurador es la vulneración de la garantía de investigación integral lo postulado, que resultaría lesiva del debido proceso por omisión o denegación de pruebas, es de recordar que esta inactividad afecta la actuación cuando obedece al capricho del funcionario.

Las afirmaciones del actor, no obstante, en lo concerniente con la presunta solicitud de la imputada, además de ofrecer una cita descontextualizada del contenido de la intervención de aquélla, como que en ningún momento elevó petición concreta sobre la ampliación de su testimonio, omite referir que mediante resolución del 13 de julio de 1.998 la Fiscalía al denegar la diligencia de “allanamiento y registro”, esta si deprecada, dispuso realizar las diligencias necesarias para localizar a la Gil Gallego a fin de ampliar su declaración.

Ahora bien, la negativa a practicar esa prueba contenida en el auto del 8 de febrero de 1.999, no obedeció a capricho o arbitrariedad del funcionario, allí se expusieron en forma detenida y razonada los motivos de su improcedencia.

Es sabido, a este respecto, que cuando en casación se demanda la afectación de tal derecho debe el actor justificar la pertinencia, procedencia y necesidad del medio, lo que en este caso se ha omitido. En efecto, se ha limitado el censor a sostener que no se le permitió a la defensa someter a la testigo a un “exhaustivo contrainterrogatorio”, cuando esta es apenas una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción, el cual no es reductivo, conforme a la jurisprudencia, “pues este se puede ejercer de diversas formas, como cuando el testimonio -o cualquier otro medio de prueba- es criticado en sí mismo y con relación al resto de elementos de convicción, o aportando pruebas tendientes a demeritar su valor, maneras igualmente eficaces de poner en práctica la dialéctica probatoria”.

Por lo demás, para el Delegado “es un despropósito sostener que a la procesada le fue negado el derecho a defenderse”, por no haberse contrainterrogado a la testigo, en

la medida en que este medio fue severamente refutado en todas las intervenciones defensivas y con el acopio de los testigos citados por la propia imputada.

En relación con los cuestionamientos referidos al hecho de no haberse puesto a disposición de las partes la prueba trasladada, en principio este hecho constituiría una irregularidad vinculada con el debido proceso probatorio que, por lo mismo, afectaría con exclusividad al medio, mas no la actuación, vicio que es propio alegar con base en la causal primera y no la tercera como se ha procedido, desconociéndose de este modo el principio de autonomía de las causales.

En todo caso, cuando se aportó el testimonio en cuestión, que recuerda se produjo al interior del proceso adelantado por las muertes de Gustavo Adolfo Higueta Pulgarín y Doralis Andrea Gañán Osorio, a este seguido por los asesinatos de María Nubia Higueta Pulgarín y Javier Darío Ospina Layos, aun no se había dispuesto formal apertura instructiva y ni siquiera versión libre a la imputada, no quedando comprendida esta situación dentro de las previsiones de los arts. 186 del C. de P.P., vigente en la época –que el actor no cita como precepto vulnerado-, o el art. 176 del actual, dado que procesalmente no existían partes. En todo caso, precisa el Procurador que la finalidad del traslado, aún en tales condiciones, estaría más que satisfecha en este proceso, como que se trató de un medio sobre el cual el binomio defensor-procesada hizo varias referencias y no fue sorprendido por ser un medio oculto.

Tampoco puede ser válido el reparo relacionado con la forma u oportunidad en que se habría llevado a efecto la práctica de dicho testimonio, habida cuenta que para ese momento no se había producido la apertura instructiva y fue labor propia del Fiscal durante la indagación preliminar, como lo dispone la ley allegar elementos de convicción orientados a lograr la identidad o individualización de los autores o partícipes.

Ahora, los reparos dirigidos a controvertir la credibilidad que los falladores le concedieron

al testimonio de Gil Gallego, sobre la base de impedirse su controversia, no pasan de “ser enunciados retóricos, huérfanos de un contenido crítico vinculado a los desarrollos propios de la causal de casación alegada”, se trata, en realidad, de una postura inaceptable en esta sede. Pretendió en vano el demandante polemizar sobre el valor otorgado al testigo único, cuando, como sucedió en este caso, el mismo tiene plena eficacia, por ser razonado, coherente, no vacilante ni confuso.

Por este aspecto y atendiendo al hecho de no haber expuesto consideración alguna en torno a la tesis subsidiaria, el Procurador solicita no casar el fallo.

CONSIDERACIONES:

1. Aun cuando bajo la invocación de la misma causal tercera de casación, esto es, haberse proferido la sentencia dentro de un proceso viciado de nulidad, el defensor de la procesada BATISTINA MARÍA ARISTIZABAL ZAPATA adujo promover sendos reproches contra el fallo impugnado, bajo el entendido de acudir a “tesis principales y subsidiarias”, como dice lo autoriza la doctrina en casación, es lo cierto, de una parte, que la denominada por el actor pretensión subsidiaria, encaminada, según su enunciado, a evidenciar “la ausencia de consonancia entre la resolución acusatoria y la sentencia”, corresponde en estricto sentido a una causal expresamente independiente, como lo es la segunda, siendo en condiciones tales preciso que de este modo se proponga, dada la autonomía que consiguientemente le es propia, pero además, absolutamente ningún fundamento expuso el censor en torno a la misma, dejándola por el contrario abandonada en un simple enunciado carente del mas mínimo desarrollo y que, por supuesto, ninguna respuesta ha de ameritar por parte de la Corte.

2. Ahora bien, la “tesis principal” expuesta por el demandante, que se contrae al único cargo expuesto, está en principio orientada a destacar presuntas irregularidades que viciarían la sentencia recurrida, sobre la base de menoscabarse la norma de la

investigación integral, esto es, el debido proceso y de contera, el derecho de defensa, como efecto de no practicarse una prueba solicitada inicialmente por la procesada ARISTIZABAL ZAPATA, que ni siquiera mereció respuesta por el instructor y que con posterioridad también fuera impetrada por su defensor con resultados así mismo adversos.

3. Esta irregularidad, es esbozada por el actor como causal de nulidad “supralegal”, acudiendo para el efecto al art. 29 de la Carta Política como fuente originaria de la garantía conculcada. Aun cuando, desde luego, a partir de su comprensión como norma de normas, el ordenamiento superior tiene efecto regulador normativo sobre todo el sistema jurídico, es atinada la acotación del Procurador Delegado al recordar, como lo ha puntualizado la jurisprudencia, que resulta realmente innecesaria la invocación de causales de nulidad supralegales cuando el yerro atacado ha sido previsto como motivo de invalidez por las normas de procedimiento penal, aspecto este que a pesar de evidenciar un preliminar desatino, no compromete por si solo el libelo.

4. Ahora bien, sobre el fundamento teórico que comprende la salvaguarda inherente a las formas propias del juicio como imperativo de validez y legitimidad del juzgamiento, dentro de lo que se ha conocido como las garantías constitucionales que rigen dentro del proceso penal, que abarcan por igual la inviolabilidad del derecho a la defensa y las facultades probatorias que como emanación de su ejercicio le son propias, no existe en la Sala el más mínimo reparo desde el punto de vista de la insistente referencia que a las mismas hace el casacionista, como anticipando en ellas la base principal que habría de servir de sustento al cargo esbozado, según queda visto, por quebranto del derecho a la solicitud de pruebas, su imprescindible contradicción y la norma rectora de investigación integral.

6. Sin embargo, es lo cierto que culmina el actor distanciando por completo la incuestionable validez de estos supuestos, con las reales circunstancias que han enmarcado la actuación cumplida en el proceso censurado, agregando la mención de

copiosos preceptos del Código de Procedimiento Penal, sin establecer el necesario nexo entre los mismos y el concreto aspecto que se supone fundante de las irregularidades que darían al traste con la actuación procesal adelantada.

7. El libelista ha aducido un elemento de convicción, testimonio de Beatriz Elena Gil Gallego, que a pesar de haber sido incorporado al proceso como prueba trasladada, en una de las causas realmente según se dejó sintetizado en la actuación procesal, no fue admitida después de ello su ampliación, imposibilitándose, consecuentemente, su confrontación.

Refiere en concreto cómo en la ampliación de indagatoria rendida por la procesada ARISTIZABAL ZAPATA el 3 de julio de 1.998, aquella habría expresado que “si el señor Fiscal y mi defensa consideran necesaria, una entrevista incluso, si se puede llamar entrevista (sic) con BEATRIZ ELENA GIL GALLEGO, estoy a su disposición, para decirle las cosas en su cara y demostrarle que tan inocente soy”, solicitando además se practicara “diligencia de allanamiento y registro en el domicilio” de aquella, en procura de encontrar vestigios de elementos que se supone la comprometían con los hechos investigados, debiéndose entender en ello el ejercicio de la contradicción probatoria que, sin embargo, no le mereció ninguna respuesta al instructor.

8. El Delegado ha replicado que dentro del contexto de lo expresado por ARISTIZABAL ZAPATA que se ha transcrito, no puede ser entendido, en primer término, que la imputada hubiera hecho ni siquiera una implícita petición para que se ampliara el testimonio de Gil Gallego. Y de otra parte, respecto de la solicitud de registro y allanamiento, que, contrariamente a lo manifestado por el demandante, este aspecto fue considerado en forma expresa por la Fiscalía mediante resolución del 13 del mismo mes (fl.348).

Es del todo válida la respuesta acotada en el concepto, como quiera que, efectivamente, la equívoca referencia relacionada con la posibilidad de entrevistarse con la testigo por parte

de la procesada, para demostrarle su inocencia, no implicaba una solicitud destinada a que se ampliara lo expresado por la misma, máxime cuando al finalizar dicha diligencia el Fiscal de conocimiento le interrogó sobre si era su deseo “que específicamente el despacho practique alguna prueba que usted estime de importancia”, a lo cual hubo de ratificarse sólo en la petición del referido allanamiento y registro.

Pero además, como ya se advirtió, el 13 de julio, el Fiscal 129 Seccional que conocía del asunto, contrariamente a lo afirmado por el actor, para quien lo expuesto por la implicada “debió ser por lo menos objeto de un pronunciamiento jurisdiccional en el sentido de aceptar o denegar con adecuada motivación la petición”, hubo de ocuparse de la misma al señalar: “Estima este Despacho que la petición de la procesada BATISTINA MARÍA ARISTIZABAL ZAPATA, relativa a que se practique diligencia de Allanamiento y Registro en la residencia de la señora BEATRIZ ELENA GIL GALLEGO, no es procedente por la sencilla y suficiente razón que se desconoce si ella reside o no en la residencia que habitaba para la fecha de los hechos, además por cuanto si posee elementos productos del ilícito (sic), pudo haber sido por su relación sentimental con el señor RUBÉN DARÍO RAVE LUJÁN, hoy occiso, de quien se afirma participó en el doble homicidio investigado en las presentes sumarias, así como del hurto de algunos elementos....Se procederá eso sí a realizar todas las diligencias necesarias a fin de localizar a la señora BEATRIZ ELENA GIL GALLEGO, para ampliarle declaración, amén de poder la oportunidad (sic) de interrogar a la testigo”.

Evidentemente, no se trató de una prueba deprecada por la procesada que pasara en silencio para el funcionario judicial, puesto que, de una parte, en relación con la pretendida ampliación del testimonio rendido por Gil Gallego, el mismo no fue así solicitado y respecto al allanamiento y registro hubo expresa respuesta por el Fiscal.

9. El segundo aspecto del que se ocupa el censor, vinculado directamente con la misma prueba, señala que a través de memorial fechado el 23 de septiembre de 1.998,

corriendo ya la etapa del juicio, el defensor de la imputada solicitó la ampliación del testimonio de Gil Gallego, resultando también nugatoria la posibilidad de controversia al denegarse su práctica por parte del juzgador de primer grado.

10. Así expuesto el reparo, debe recordarse, para comenzar, tal y como en forma profusa y reiterada lo ha precisado la Corte, que al postularse la vulneración de la norma rectora de la investigación integral (artículo 20 de la Ley 600 de 2.000), resulta forzoso indicar la prueba o pruebas dejadas de allegar al proceso, determinando su viabilidad, esto es, su conducencia y pertinencia, pero además, la utilidad del medio, aspecto este último que conduce a descubrir su trascendencia, en el sentido de que debe procurar un conocimiento más real de los hechos.

De otra parte, si su menoscabo se afirma debido a una decisión negativa en la práctica del medio por parte del juzgador, es imperativo entonces que se demuestre que esa determinación carece de fundamento y constituye un verdadero obstáculo para el ejercicio de la defensa, o lo que es igual, que se trata de una injustificada negación por parte del servidor judicial, caso este en el que no resulta admisible el reparo por desconocimiento de la investigación integral, cuando la prueba se ha descartado por ser calificada de ilegal, impertinente, inconducente o superflua, esto es, cuando las motivaciones del juez ponen de presente su falta de idoneidad legal y fáctica.

11. El juez de conocimiento, en efecto, se pronunció en torno a la petición que el defensor elevara a fin de que fuera practicada ampliación del testimonio de Beatriz Elena Gil Gallego, refiriéndose en concreto a aquellos genéricos aspectos destacados por el petente para sustentar la viabilidad de la solicitud, en los siguientes términos: “Pues bien, después de un detenido estudio del expediente, principalmente del testimonio de la dama en referencia no encontramos por parte alguna las serias contradicciones a que alude el profesional del derecho en comentario y valga anotar, que éste no indicó cuál o cuáles son esas protuberantes falencias que se hacen

indispensable aclarar. Consecuencialmente, dicha ampliación será denegada”, al no encontrar ni contradicciones ni dudas que emerjan del testimonio (fl.394).

12. Como es ostensible, ni en esa oportunidad, pero tampoco ahora en casación, el demandante señaló, como surgía imperativo, cuáles eran los reparos de que era objeto la testigo que podrían desvirtuar sus contundentes y muy serias imputaciones, ni las contradicciones que conducían a demeritarla y mucho menos confrontó sus dichos con otra prueba testimonial que se supone hacía manifiestas la duda a la que inesperadamente hace final mención el actor.

13. Ciertamente, el funcionario debe admitir y practicar aquellas pruebas que coadyuven a clarificar la realidad de los hechos investigados y las que con el mismo cometido sean solicitadas por los sujetos procesales, pero no puede a través de una genérica justificación reclamarse como vulnerado el derecho a la prueba y consiguientemente el de defensa, sin motivar convenientemente al interior del proceso la conducencia y pertinencia de la misma, esto es, dentro de la dinámica que ofrece la actuación y la necesaria cotejación con los demás elementos allegados al expediente.

Si en forma razonada y motivada se ha denegado en las instancias la prueba, sin que, por lo demás, la defensa se hubiera expresado adversamente frente a dicha negativa mediante la interposición de los recursos ordinarios que resultaban procedentes, es decir, expresando de tal modo su aquiescencia con la decisión, a partir de destacar que la ambigüedad y precariedad del escrito que la soportaba determinaba la respuesta adversa, es insólito que para persistir en la misma postura en casación, no se realce la aptitud del medio, para en su lugar reiterar una fundamentación teórica cuyos pilares no ofrecen discusión, pero que por si mismos nada logran en procura de la clarificación y demostración del ataque.

14. Así, el actor refiere que estuvo la defensa en imposibilidad material de ejercer el

contradictorio frente a las imputaciones que en contra de ARISTIZABAL ZAPATA hizo Gil Gallego.

Es notable que el libelista circunscribió toda la labor defensiva a la restricción derivada de no haber “contrainterrogado” a la testigo. A este respecto, conviene la Sala con el Delegado en que:

“esta es apenas una modalidad o manifestación del ejercicio del derecho de contradicción (Cas. 14.536 M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo), el cual no es reductivo (Cas 13.198 M.P. Dr. Jorge Córdoba Poveda), pues este puede ejercerse de diversas formas, como cuando el testimonio – o cualquier otro medio de prueba – es criticado en si mismo y con relación al resto de elementos de convicción o aportando pruebas tendientes a demeritar su valor, maneras igualmente eficaces de poner en práctica la dialéctica probatoria”

“En el evento examinado, es un despropósito sostener que a la acusada le fue negado el derecho a defenderse tan solo porque quien representó sus intereses no pudo ‘presentar un contrainterrogatorio completo’ a la testigo Gil Gallego, como quiera que lo percibido en el proceso es que este medio de prueba fue severamente refutado desde la perspectiva de la defensa, tal y como se advierte en los alegatos precalificatorios presentados en ambas causas, así como en la intervención final en la audiencia pública y en los fundamentos del recurso de apelación contra el fallo de primer grado, amén que en procura de desvirtuar los cargos realizados por la declarante, en la fase instructiva se acopiaron las declaraciones de las personas citadas por la encausada en su primera injurada, con el fin de demostrar su ajenidad con los delitos, y durante el debate oral también se recibió el testimonio solicitado por la parte acusada, dirigido a demeritar las condiciones personales de Gil Gallego, de acuerdo con la segunda indagatoria de la enjuiciada en la que cambió por completo su explicación en relación con los hechos debatidos, habiendo sido insuficiente ese ejercicio dialéctico de

contradicción para restar contundencia a las aseveraciones de la testigo de cargo, las que dicho sea de paso fueron objeto de constatación por parte de los funcionarios y por lo mismo merecieron total credibilidad”.

15. Así también, de otra parte, como un atentado a la técnica debe reportarse la censura que al interior de este mismo reproche hace el actor, bajo el confuso entendido de que tratándose de una prueba trasladada, el citado testimonio de Beatriz Elena Gil Gallego, ha debido ponerse a disposición de las partes agotando así las exigencias que el procedimiento penal hace en estos casos, toda vez que si algún vicio recayera sobre la misma en torno a su ingreso o publicidad en el proceso, que enervara la posibilidad de ser tomada en cuenta, desde luego, no se estaría frente a una irritualidad en la actuación, sino en el rito mismo de su adjunción o difusión, aspectos en todo caso inherentes al propio medio que podrían eventualmente afectarlo, pero cuyos nocivos efectos no alcanzarían al debido proceso y que, como es sabido, encuentra eco su eventual proposición pero en la causal primera de casación por la vía indirecta, en el sentido de falso juicio de legalidad propio del error de derecho, razón que aun cuando es suficiente para desechar este reparo del actor, no elude la pertinente glosa del Procurador, cuando señala que al haberse adjuntado el testimonio de Gil Gallego como prueba trasladada apenas en la fase inicial de las averiguaciones preliminares, cuando se profiere la apertura instructiva, como en efecto así se produjo, los sujetos procesales conocieron enteramente de la misma, lo que además quedó evidenciado con suficiencia en la labor tendiente a desvirtuar las sindicaciones en ella contenidas.

16. Así las cosas, el casacionista presentó un discurso teórico sobre el derecho a contrainterrogar a los testigos, haciendo ver que una diligencia de tal especie no fue posible efectuar en relación con la deponente Gil Gallego, pero no se ocupó ni en demostrar la real trascendencia de la prueba reclamada, ni la justificación material de la

misma y en cambio quiso desvirtuar la credibilidad que de ella tomaron los falladores para deducir, primordial, pero no exclusivamente, en su conteste y circunstanciado relato, así como en la prueba indiciaria edificada, la responsabilidad penal que en los diversos punibles determinó el proferimiento del fallo de condena.

El cargo, por tanto, no prospera.

Finalmente, debe advertirse que cualquier efecto favorable que pudiese derivarse de la aplicación del nuevo Código Penal, correspondería al respectivo Juez de Ejecución de Penas, acorde con lo previsto por el art. 79.7 de la Ley 600 de 2.000.

En razón y mérito de lo expuesto 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 impugnada.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Permiso

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN
PULIDO DE BARÓN

MARINA

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria