

Proceso No 16980

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 112

Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil tres (2003).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Cesar Augusto Arboleda Granada, contra la sentencia de octubre 11 de 1.999, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín revocó parcialmente la proferida por el Juzgado 14 Penal del Circuito de esa ciudad el 13 de agosto de 1998, en el sentido de absolver al procesado por el delito de tentativa de homicidio y condenarlo a 26 años y 6 meses de prisión por los delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego, y la confirmó en todo lo demás.

HECHOS

Sucedieron el 21 de febrero de 1998, aproximadamente a las 4:30 de la tarde, cerca del inmueble localizado en la Calle 58 No. 28 A-11, Barrio Enciso de la ciudad de Medellín, cuando los hermanos Juan Carlos y Marco Aurelio Chalarca Guerra se dedicaban a asear el automóvil de servicio público de su propiedad, que habían estacionado al frente de su residencia. En ese momento Cesar Augusto Arboleda Granada, quien iba en

compañía de otro sujeto, sin mediar palabra y armado con un revólver se le fue encima a Marco Aurelio Chalarca, quien luego de forcejear con su atacante salió corriendo para ponerse a salvo. Al mirar hacia atrás, vio que su hermano caía al suelo al ser alcanzado en la nuca por uno de los disparos que les hizo el agresor, a cuya consecuencia murió momentos después en la Policlínica Municipal.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en el acta de levantamiento del cadáver y las diligencias adelantadas durante la indagación previa, la Fiscalía 15 Seccional de Medellín ordenó la apertura de instrucción el 18 de marzo de 1998 y vinculó mediante diligencia de indagatoria a Julio Cesar Penagos Moscoso y Cesar Augusto Arboleda Granada. Al definirles la situación jurídica, la Fiscalía les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva como presuntos responsables de los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado, tentativa de hurto calificado y agravado, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, mediante decisión del 31 de marzo de 1998.

Cerrada la etapa instructiva, la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 27 de Noviembre de 1998. Acusó a Cesar Augusto Arboleda Granada como autor material de los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y le precluyó la instrucción en relación con el delito de tentativa de hurto calificado y agravado. En el mismo proveído profirió resolución de preclusión en favor de Julio Cesar Penagos Moscoso por los cargos que le fueran imputados en la definición de la situación jurídica. Al desatar el recurso de reposición interpuesto por el Ministerio Público contra dicha providencia, la Fiscalía la repuso en el sentido de que los cargos que se le formulan a Cesar Augusto Arboleda Granada son por los delitos de homicidio simple, tentativa de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, mediante proveído de fecha 29 de diciembre de 1998.

En la misma decisión negó el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Arboleda Granada por haber sido presentado en forma extemporánea.

El juicio le correspondió al Juzgado 14 Penal del Circuito de Medellín, despacho que el 13 de agosto de 1999 condenó a Cesar Augusto arboleda Granada a 32 años de prisión, a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período de 10 años, y al pago de los perjuicios morales y materiales causados con la conducta delictiva, al hallarlo responsable de los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Al ser apelado este fallo por el defensor, el Tribunal Superior de Medellín lo modificó, mediante decisión del 11 de octubre de 1999, en el sentido de absolver al acusado Arboleda Granada por el delito de tentativa de homicidio, y lo confirmó en cuanto a la condena por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, por lo que redujo la pena principal a 26 años y 6 meses de prisión, en lo demás, el fallo no fue objeto de ninguna modificación.

El defensor del procesado interpuso y sustentó el recurso de casación cuyo fondo resuelve la Sala en este proveído.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal tercera de casación, consagrada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal anterior (Decreto 2700 de 1991) el casacionista formuló un sólo cargo. Lo enunció, así:

Cargo único (causal tercera)

La sentencia del Tribunal se dictó en un juicio viciado de nulidad por violación del debido proceso y el derecho de defensa, debido a la imposibilidad de controvertir la prueba

allegada en contra del procesado.

Como desarrollo de la censura indicó que la vulneración de las citadas garantías constitucionales se generó por la omisión en que incurrió la judicatura al no practicar diligencia de inspección judicial y ampliación del testimonio de Marco Aurelio Chalarca. Cita como normas violadas los artículos 1 (debido proceso), 7 (principio de contradicción), 253 (libertad probatoria), 333 (investigación integral), 246 (necesidad de la prueba), 362 (constancia y verificación de citas), 314 (intangibilidad de garantías constitucionales) y 249 (imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la verdad), del Código de Procedimiento Penal anterior (Decreto 2700 de 1991).

Insiste en resaltar que la violación de las garantías invocadas se originó en la imposibilidad de poder contrainterrogar a Marco Aurelio Chalarca, único testigo de cargos. Considera que tal diligencia resultaba pertinente y necesaria, porque su declaración y reconocimiento en fila de personas se realizaron en la fase de indagación preliminar, donde no existe contradicción probatoria de ninguna naturaleza. Agrega que no obstante que desde un comienzo se le concedió la máxima importancia a dicho testimonio, no fue posible obtener su ampliación a pesar de haber sido ordenada por la Fiscalía en razón a las reiteradas peticiones de la defensa.

Estima que la credibilidad que se le otorgó a dicha prueba dependió en gran medida de la falta de contradicción de la misma, pues a pesar de haber sido decretada su ampliación, la judicatura desestimó su realización, impidiendo con ello la obtención de la verdad real acerca de lo sucedido.

Señala que de las mismas decisiones de la Fiscalía y del Tribunal emerge la necesidad de que se hubiera realizado la ampliación de dicho testimonio. En primer lugar, porque no obstante que la Fiscalía le impuso a Julio Cesar Penagos Moscoso medida de aseguramiento como coautor de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y

agravado y porte ilegal de armas con base en el único testigo de cargos, posteriormente, cuando calificó el mérito del sumario, le precluyó la investigación con apoyo en esa misma prueba.

En segundo término, porque el Tribunal absolvió a Arboleda Granada por el delito de tentativa de homicidio al considerar que “ las circunstancias del hecho no se ven muy claras y dan pie a la duda”. Señala que siendo una sola la situación fáctica, las dudas a que hace alusión el Juzgado deben hacerse extensiva a la totalidad de la acción, y en este sentido la nulidad alegada se hace más evidente, porque son muchas las circunstancias contenidas en la incriminación que carecen de claridad.

Agrega que el testimonio referido además de ser impreciso en relación con las circunstancias en que se produjo la lesión de la víctima, es contradictorio pues afirma que el procesado “disparó de frente”, y según el dictamen médico el orificio de entrada del proyectil se encontró en la nuca.

Solicita se revoque la sentencia, ordenando retrotraer la actuación hasta el momento en que permita realizar el medio de prueba.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que la censura debe desestimarse, por lo siguiente:

La formulación y desarrollo de la censura carece de precisión, pues hace consistir la violación del derecho de defensa en la omisión de la práctica de diligencia de inspección judicial, pero no precisó a cuál inspección se refería, si a la casa del procesado con el fin de verificar las agresiones de las que aquél había sido víctima por parte de las personas que lo mantenían amenazado, o al lugar donde ocurrieron los hechos, con miras a constatar la veracidad del relato del único testigo presencial.

Además, el censor no demostró la trascendencia de la prueba omitida. Únicamente se ocupó en señalar bajo un prisma estrictamente subjetivo su desacuerdo por su no realización. Agrega que no es cierto que el Tribunal afirmara que del testimonio de Marco Aurelio Chalarca surgieran dudas respecto a todas las imputaciones, pues considera que dicho juicio únicamente se refirió al delito de tentativa de homicidio en la persona del mismo declarante, en la medida en que no se pudo establecer cuál era el propósito que tuvo el agente al disparar.

Indica que la no realización de la ampliación del testimonio en la fase instructiva no puede ser imputada a la incuria del funcionario, pues ante la petición del defensor ella se decretó, sólo que a pesar de los esfuerzos desplegados no fue posible localizarlo debido a que el testigo cambió de domicilio por las amenazas de que venía siendo objeto. Además, no es cierto que el testimonio de Marco Aurelio Chalarca se hubiera recibido únicamente en la fase de investigación previa, toda vez que en la etapa del sumario se le recibió ampliación de declaración, diligencia que tuvo lugar después de la definición de la situación jurídica del inculcado. De donde se infiere que la defensa sí tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción respecto a esa prueba.

Tampoco es cierto que al procesado se le hubiera vulnerado el derecho de defensa, pues a partir de la indagatoria contó con asistencia profesional de manera permanente, lo cual significa que siempre tuvo la oportunidad de controvertir técnicamente la cuestionada declaración, como evidentemente lo hizo en forma reiterada en el curso del proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Asegura el casacionista que la sentencia impugnada fue dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa debido a que tanto en la etapa del sumario como de la causa se omitió la práctica de inspección judicial y de

ampliación de la declaración del único testigo de cargos, falencia con la cual se vulneraron, entre otras, las garantías del debido proceso, del principio de contradicción, investigación integral e imparcialidad del funcionario judicial.

En su sentir, la falta de ampliación de la declaración del único testigo presencial constituye una clara violación del derecho de defensa por la imposibilidad de controvertir la prueba de cargos, en razón a que tanto el testimonio como el reconocimiento en fila de personas se llevaron a cabo durante la etapa de investigación previa, cuando no existe controversia probatoria. Estima que la credibilidad que los falladores de instancia le dieron a dicho testimonio estuvo determinada en gran medida por la omisión de su ampliación, pues en caso contrario se habría puesto en evidencia sus muchas contradicciones y las dudas que emergen de su contenido.

2. Como se observa, el casacionista hace alusión a un problema de omisión probatoria, consistente no en la negativa absoluta e injustificada de practicar las pruebas solicitadas por las partes, sino en el hecho de que no se hubieran podido incorporar algunos elementos de persuasión oportunamente decretados, como son la ampliación del testimonio de Marco Aurelio Chalarca Guerra y la diligencia de inspección judicial.

Esta censura no tiene vocación de prosperidad debido a su imprecisión, falta de claridad y ausencia de razón.

3. En efecto, no obstante que en la presentación del cargo el libelista señaló como una de las pruebas omitidas la diligencia de inspección judicial solicitada durante la instrucción, no sólo olvidó precisar a cuál diligencia de inspección se refería, si a la casa del procesado con el fin de verificar las huellas que los varios atentados supuestamente perpetrados en su contra dejaron en las paredes y ventanas de su residencia, según lo indicó en su escrito de junio 8 de 1998 (fol. 145), o al lugar donde ocurrieron los hechos, con miras a constatar las circunstancias en que el testigo afirma haber presenciado lo

ocurrido, tal como lo pidió en su memorial del 5 de agosto del mismo año (fol. 221), sino que además omitió indicar y demostrar la trascendencia de dicha diligencia, pues no dijo por qué era importante que ella se practicara, ni en qué forma o por qué razón su pretermisión incidió en la decisión adoptada por la judicatura, ni explicó cómo o por qué el fallo hubiera sido distinto, necesariamente a favor del procesado, de haberse practicado la inspección judicial echada de menos.

4. no es cierto que la declaración del único testigo presencial, el hermano del occiso, se hubiera recibido únicamente durante la investigación previa, pues el 2 de abril de 1998 Marco Aurelio Chalarca Guerra rindió ampliación de su testimonio (fol.70), fecha para la cual Arboleda Granada no sólo ya había sido vinculado mediante indagatoria, sino que ya se le había definido la situación jurídica. Lo cual significa que el apoderado de confianza que entonces lo venía asistiendo tuvo toda la oportunidad para haber intervenido en la diligencia de ampliación del testimonio referido. Si bien es cierto que el citado abogado presentó renuncia de su cargo el 31 de marzo de 1998, de conformidad con el artículo 69 del C. de P. C. la renuncia del cargo no pone término al poder sino 5 días después de notificarse por estado el auto que la admita y se haga saber al poderdante sobre tal situación.

5. Aunque es cierto que el nuevo defensor en forma reiterada insistió en la necesidad de ampliar una vez más el citado testimonio, no le asiste razón al censor cuando afirma que la omisión en la práctica de dicha prueba obedeció a la inercia o negligencia de los funcionarios judiciales, pues tal afirmación pasa por alto los múltiples esfuerzos realizados por la judicatura tendientes a lograr tal cometido.

En efecto, con posterioridad a su primera ampliación y en atención a la solicitud del defensor, la Fiscalía decretó una nueva ampliación de dicho testimonio, pero la

diligencia no se pudo realizar debido a que el testigo se vio precisado a cambiar el lugar de su residencia por las muchas amenazas de muerte que había recibido, tal como se dejó expresa constancia en el expediente (fols. 220, 233, 269).

6. Por otra parte, el libelista circunscribió o hizo radicar la vulneración a las garantías invocadas (derecho de defensa, debido proceso, investigación integral e imparcial) a la circunstancia de no haber podido ejercer el derecho de contradicción por la imposibilidad que tuvo de contrainterrogar al testigo Marco Aurelio Chalarca.

A este respecto, debe la Sala recordar que la posibilidad de contra interrogar a los testigos es apenas una modalidad o manifestación del ejercicio del derecho de contradicción, el cual no es reductivo sino que 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, que son maneras igualmente eficaces de poner en práctica la dialéctica probatoria. A tales mecanismos de contradicción probatoria acudió efectivamente el defensor, como se puede apreciar, entre otros, en el memorial en que solicita la nulidad de todo lo actuado y en su intervención en la vista pública en las que cuestiona la credibilidad que se le ha venido otorgando al testimonio de Marco Aurelio Chalarca (Fol. 385 y 440).

En relación con este tema la Corte ha señalado:

“ ...En el ámbito concreto de la prueba, en una de sus modalidades, la contradicción es igualmente importante, entendida como posibilidad de cuestionarla, en condiciones normales, ordinarias, en plano paritario frente a la imputación o acusación, salvo, obviamente, en aquéllas hipótesis en las que la “imposibilidad” deviene por comportamiento censurable de los sujetos procesales”.

“... En materia de prueba de testigos, también opera la contradicción y lo deseable

sería que en todo caso se tuviera la certeza de poder contrainterrogarlos personal y directamente, por parte tanto del imputado como de su defensor, todo en aras de la más fina protección material y técnica. Sin embargo, como también lo tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia, ese anhelo choca en veces con la realidad, que enseña muchas excepciones, por ejemplo cuando el testigo desaparece, cambia de lugar de residencia, está enfermo, muere o se halla en el extranjero o, por cualquier razón, le es imposible concurrir al debate directo y en persona. Por ello se ha dicho que también se conserva en altísimo grado la controversia si los sujetos procesales gozan de la probabilidad llana de problematizar la declaración con base en el acta de testimonio levantada con toda la legalidad, de analizarla como integrante y a la luz de todo el haz probatorio, de hacer ver al funcionario judicial el criterio de la “parte” sin cortapisa alguna y de acudir a las impugnaciones en pos de insistir en la propia opinión.

“Este punto de vista, acoplado sin duda a las tesis dominantes ecuménicamente, es el seguido por la Sala que, con criterio real y de verdad, ha dicho que “...el derecho de contradicción no se reduce a la intervención de la defensa en la práctica de pruebas, sino que también se ejerce cuando se piden pruebas, cuando éstas se critican en sí mismas y con relación al resto del material probatorio, cuando se impugnan las decisiones, cuando se alega, etc; que el derecho citado “...no se circunscribe al contrainterrogatorio de los testigos..., pues ésta es sólo una de las distintas formas de poner en práctica la dialéctica probatoria, toda vez que con tal derecho lo que en esencia se busca es la participación efectiva de los sujetos procesales en la postulación o aducción de la prueba, en el diligenciamiento de la misma y posteriormente en su análisis crítico, oportunidades todas ellas para ejercer el contradictorio...”; que “...el derecho de contradicción no es reductivo y que, por lo mismo, la única manera de efectivizarlo no es repreguntando al testigo, sino que existen otras, entre las cuales, criticar la declaración, no sólo aisladamente considerada sino con relación al resto del material probatorio... ; y que “...las pruebas que el Estado está en la obligación de practicar son únicamente aquellas que

legal y materialmente puedan llevarse a efecto y no las de imposible cumplimiento...(Cfr. Casación del 2 de octubre de 2001, Rad. 15.286, M. P. Álvaro Orlando Pérez P. y Fernando E. Arboleda Ripoll).

7. El hecho de que en la etapa del juicio el funcionario judicial hubiera negado la práctica de la ampliación de testimonio de Marco Aurelio Chalarca y la diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos, no obstante que estas pruebas se hubieran decretado por la Fiscalía en la etapa de la instrucción no constituye irregularidad alguna y mucho menos con la potencialidad invalidatoria que le otorga el censor.

Si bien es cierto que en la fase probatoria del juicio las partes pueden solicitar que se practiquen las pruebas dejadas de realizar en la instrucción, el funcionario del conocimiento, sin embargo, no se encuentra vinculado por las órdenes que sobre el particular haya adoptado el instructor. Es decir, que si éste decretó pruebas que no practicó, el Juez no tiene la obligación de disponerlas oficiosamente, de concederlas a petición de parte o la de pronunciarse sobre la decisión que las ordenó en el sumario.

Como lo ha señalado la Sala "... Lo que determina que el Juez disponga la práctica de pruebas en la fase del juicio es su conducencia y si no ordena de oficio una dispuesta en la instrucción y no realizada, lo que se deduce es que no la consideró necesaria. Ocurre así simplemente porque una prueba que en principio fue considerada importante en la investigación, puede aparecer carente de toda trascendencia en el juicio. Y pasa de esta manera porque el referente en una y otra fase procesal para determinar la pertinencia y conducencia de las pruebas, es diferente. En la instrucción, que es una etapa de descubrimiento, se aventuran hipótesis explicativas de los hechos, se exploran pistas, se indaga sobre la existencia de evidencias que puedan contribuir a la constatación o desvirtuación de esas hipótesis investigativas y obviamente a dilucidar lo sucedido, a determinar si se infringió la ley penal, quién lo hizo, por cuáles motivos y en qué circunstancias. El marco de referencia para disponer pruebas en la

investigación, entonces, es bastante amplio. Si se está en pos de reconstruir en detalle un hecho del pasado, muchos medios de prueba pueden parecer idóneos para el logro de esa finalidad (así sea para descartar una línea de investigación) y es razón suficiente para decretarlos.

“ En la fase del juicio otra es la dinámica. Aquí tiene lugar el contradictorio, es decir la controversia de pruebas y de tesis. La misma presupone la existencia de la resolución acusatoria y si se tiene en cuenta que en ella se le han precisado unos cargos al imputado sobre la base de una valoración probatoria y jurídica de los hechos objeto del proceso cuya ocurrencia encontró demostrada el funcionario instructor, el juicio de conducencia acerca de las pruebas que en esta etapa se presenten o soliciten, necesariamente debe tener como marco de referencia obligatorio los parámetros fácticos, probatorios y jurídicos de la acusación” (Sentencia del 29 de agosto de 2002, Rad. 10.863, M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

8. A más de lo anterior, debe resaltarse que el libelista omitió demostrar la trascendencia de los elementos de convicción dejados de practicar. Olvidó que la posibilidad de declarar la nulidad no deriva de la prueba en sí misma considerada, sino de su confrontación lógica con todo el acervo probatorio tenido en cuenta por el juzgador como soporte del fallo, a efecto de demostrar que de haberse practicado la prueba echada de menos, la decisión sería muy diferente, necesariamente a favor del procesado, erigiéndose entonces como único remedio procesal la invalidación de la actuación censurada con el fin de que los medios de prueba que se echan de menos puedan ser tenidos en cuenta en el proceso. Esta demostración no la hizo el recurrente.

Se limitó a relacionar las pruebas dejadas de practicar y a asegurar de manera general y abstracta que si éstas se hubieran incorporado a la investigación la sentencia

habría sido necesariamente de carácter absolutorio, pero dejando la argumentación en la esfera de la mera especulación, sin descender al plano de la demostración.

Como lo ha reiterado la Sala¹, “la escueta afirmación de que se omitieron pruebas encaminadas a comprobar los argumentos del procesado, no es razón suficiente para estimar válida la anhelada declaración de nulidad del rito penal, pues no puede perderse de vista que la trascendencia del vicio generador de nulidad por violación al principio de investigación integral, ha de examinarse de cara a los principios de presunción de inocencia, in dubio pro reo y valoración conjunta de los medios probatorios, pues sólo de esta manera puede establecerse una violación a las garantías del sindicado, en la medida en que la prueba o las pruebas que se echan de menos, dentro de un ejercicio mental hipotético de suponerlas al lado de las demás probanzas y examinarlas en conjunto, deben tener la fuerza suficiente para generar duda sobre la comprobación de los extremos de la relación jurídico-procesal (delito y responsabilidad)”.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala no encuentra que se haya estructurado la causal de nulidad que plantea el actor y por tanto habrá de rechazar este cargo.

La censura, por lo tanto , no puede prosperar.

CONSIDERACIÓN FINAL

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, surge la posibilidad de aplicar las disposiciones que este régimen contempla, por favorabilidad respecto de las anteriores, si a ello hubiere lugar. No obstante, como el cargo no prospera, la Sala no adquiere competencia para decidir al respecto. En cambio, al quedar ejecutoriada la sentencia, la competencia radica en el Juez de Ejecución de Penas y

Medidas de Seguridad, como lo dispone el numeral 7° del artículo 79 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), solución que se ajusta a derecho y que garantiza el principio de la doble instancia.

En mérito de 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 el fallo motivo del recurso extraordinario.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cúmplase.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
GALLEGO

JORGE ANÍBAL GÓMEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARON

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del 15 de mayo de 2003, Rad. 16.215, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.