

Proceso No 24229

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado: Acta No. 0.36

Bogotá. D.C., catorce (14) de marzo de dos mil siete (2007)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 13 de mayo del 2004, el Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín declaró al señor Diego León Rodríguez autor penalmente responsable del concurso de conductas punibles de homicidio agravado y hurto calificado agravado. Le impuso 28 años y 4 meses de prisión, 20 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la obligación de indemnizar los perjuicios causados, y le negó la condena de ejecución condicional.

El fallo fue recurrido por el defensor.

El 12 de mayo del 2005, el Tribunal Superior de la misma ciudad ratificó la condena por el atentado contra la vida y revocó, para absolver, la relacionada con el delito de hurto (así fue consignado en la parte motiva, no en la resolutive) y dejó en 300 meses de prisión la pena corporal. En lo demás, mantuvo la decisión de primer grado.

El mismo apoderado acudió a la casación, que fue concedida.

Recibido el concepto de la señora Procuradora Tercera Delegada en lo Penal, la Sala resuelve de fondo.

HECHOS

Aproximadamente a las 4 de la madrugada del 12 de diciembre del 2002, el señor Fabio de Jesús Betancur Sánchez, quien transitaba en el taxi de su propiedad, de placas TIG-915, por el sector de “La Bayadera”, en la carrera 54 con calle 38 de Medellín, se apeó del mismo.

Inmediatamente dos hombres se acercaron, discutieron con él y, como salió corriendo, lo persiguieron y lo emprendieron a golpes de garrote en su contra, causándole el deceso. Luego huyeron, al parecer en el vehículo citado, que fue encontrado abandonado días después. El arma, manchada de sangre, fue dejada en el lugar.

Domingo Durango Moreno, encargado de la vigilancia de la cuadra, presenció el hecho y señaló como sus autores a los alias “Toño” y “Diego”. Especificó que el último era quien portaba el elemento contundente. En diligencia de reconocimiento precisó que la fotografía de Diego León Rodríguez correspondía a “Diego”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Adelantada la investigación, el 6 de noviembre del 2003 la fiscalía acusó al procesado como coautor del concurso de conductas mencionado.

Luego fueron proferidas las sentencias ya indicadas.

LA DEMANDA

El defensor formula un único cargo, con fundamento en la causal tercera, nulidad, específicamente porque no le fue permitido contra interrogar al testigo Domingo

Durango, prueba exclusiva en la que se sustentó la condena.

Aclara que en este evento no es aplicable la línea jurisprudencial de la Corte, pues desde que accedió al proceso hizo saber a la fiscalía y al juez que su estrategia defensiva apuntaba únicamente al contra interrogatorio, al que jamás renunció, esto es, no convalidó la irregularidad, además de haber sido insistente en que se tomaran las medidas para permitir la práctica de la diligencia (aseguramiento de la prueba).

De tal manera que si le fue impedido ese trámite y no se demostró que hubiera sido imposible hacer comparecer al declarante (el CTI no contestó la solicitud de conducción, luego no se supo si buscó o no al testigo), se vulneró el derecho a la defensa técnica, a través de la contradicción probatoria, y los jueces no podían, como hicieron, imponerle una táctica diversa, porque le cambiaron la que libre y expresamente escogió, por otra: que ejerciera la controversia en sus alegaciones finales.

Tras acompañar su argumento de copiosa legislación patria y foránea, así como de bastante jurisprudencia, solicita la invalidación del trámite a partir de la presentación de las peticiones de las partes en la audiencia pública.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Recomienda no casar la sentencia. Sus motivos son:

1. La situación fáctica en este asunto no es diferente de todas las consideradas en las decisiones de la Sala reseñadas por el demandante.
2. El defensor, si bien planteó como única estrategia defensiva contrainterrogar al testigo de cargo, no ejerció ese derecho en la fase de instrucción, y cuando lo pidió en el juicio resultó imposible su localización.

3. El juzgado realizó todos los esfuerzos viables para lograr la presencia de Durango Moreno: lo llamó al abonado telefónico en donde fue ubicado en ocasiones anteriores y ofició al CTI para que lo condujera, sin resultados positivos. Entonces, no hubo negligencia y los investigadores no pudieron localizarlo, como se infiere de la ausencia de respuesta suya, sin que la conjetura defensiva, dirigida a que no quisieron buscarlo, tenga respaldo.
4. No es cierto que el contrainterrogatorio fuese la única estrategia defensiva, pues el apoderado intervino en la práctica de otras pruebas. Bien pudo, con esos elementos, desvirtuar la veracidad del declarante y no insistir en que se adelantara una diligencia de imposible realización.
5. Establecida con suficiencia la fallida localización del testigo, ha debido replantear la táctica defensiva.
6. Con cita de varias decisiones de la Corte, concluye que el derecho de contradicción no se ejerce exclusivamente cuando la parte cuestiona al declarante.

CONSIDERACIONES

La Sala no casará la sentencia en los términos reclamados por el demandante.

Las siguientes son las razones, que en esencia coinciden con las del Ministerio Público:

1. Sobre el tema del ejercicio del derecho a la defensa, específicamente el de la contradicción, a través del contrainterrogatorio a los testigos de cargo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha esbozado una línea de pensamiento, que ha sido uniforme, pacífica y reiterada.

Así, por todas, se cita la providencia del 16 de marzo del 2005 (radicado 21.595). En ella, la

Corte afirmó:

No se violó el principio de contradicción por no habersele permitido a la defensa contrainterrogar a... porque como lo ha señalado la abundante, reiterada y siempre uniforme jurisprudencia de la Sala, no sólo a través de una nueva formulación de preguntas al testigo se pueden controvertir sus afirmaciones, sino también -y no pocas veces con mayor acierto y contundencia- con la crítica probatoria que se hace en el curso del proceso, labor que sin duda se cumplió con esmero en esta actuación.

Sobre el tema, conviene recordar lo que dijo la Sala en la sentencia del 2 de octubre del 2001, radicado 15.286, oportunidad en la que precisó:

“Como emana del artículo 29 de la Constitución Política, dentro del amplio derecho al debido proceso está previsto el más específico que tiene toda persona sindicada a controvertir las pruebas que sean presentadas en su contra, facultad que se conoce también con el nombre de principio del contradictorio, principio de bilateralidad o simplemente derecho a la contradicción. Importa, entonces, frente a la demanda examinada, precisar su alcance y contenido.

“a) En sentido amplio, como mensaje al legislador ordinario, el principio de contradicción comprende o está conformado por otros, fundamentalmente la posibilidad de acceso a la justicia para que, en igualdad de condiciones, el imputado pueda ser oído dentro del proceso por un juez independiente, autónomo e imparcial; la adquisición del status de sujeto procesal para que especialmente imputado y acusador establezcan la relación dialéctica que implica el proceso, es decir, el debate antitético o de oposición, en el cual, como es apenas obvio, la imputación o acusación preceden a la defensa pues que, como se sabe, la carga de la misma se halla en manos del Estado; el derecho (disponible) a ser escuchado -a la

última palabra- durante todo el proceso, sobre todo en su fase oral; el derecho de igualdad durante la actuación procesal que significa que, más allá de la mera contradicción, justamente para que ésta sea efectiva, los sujetos procesales más importantes –quien acusa y quien defiende- deben hallarse al mismo nivel de posibilidades para imputar y refutar, alegar, aportar, afrontar y enfrentar la prueba, e impugnar las decisiones; y, naturalmente, el derecho de defensa, como respuesta a las imputaciones del investigador-acusador¹¹

“b) 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 procesales²²

“c) 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 personal³³. 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”⁴⁴; 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...”⁵⁵; 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...”⁶⁶; 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...”⁷⁷

.”.

2. Las circunstancias que rodearon la situación causante de la inconformidad en el demandante no son diversas de las previstas en la providencia trascrita. De aquí surge, de una parte, que, en contra de la petición del actor, esos lineamientos son aplicables al caso estudiado; y, de otra, que no existe razón válida para variar el sentido de la jurisprudencia.

Sobre el punto, el proceso enseña lo siguiente:

2.1. El señor Domingo Durango Moreno declaró bajo la gravedad del juramento el 29 de enero del 2002, diligencia en la que señaló como responsables del delito a los alias “Toño” y “Diego”.

2.2. A partir de esos datos, un investigador judicial del Cuerpo Técnico de Investigaciones -CTI- de la Fiscalía, recopiló información que le indicó que “Diego” era un “reconocido delincuente del sector”, datos que lo condujeron al hallazgo de un proceso diferente seguido en su contra, con el cual logró conformar diversos “álbumes fotográficos”.

2.3. Con esos documentos, el fiscal dispuso una diligencia de reconocimiento, realizada el 29 de abril del 2003, dentro de la cual Durango Moreno señaló al procesado como el “Diego” al que vio golpear a la víctima con el garrote.

Del procedimiento precedente se desprende que no es del todo acertada la queja relacionada con la imposibilidad que tuvo la defensa de repreguntar al testigo de cargo, pues en el último acto no solamente fue designado un apoderado de oficio, sino que el mismo ejerció esa potestad, porque requirió al declarante “se ratificara en el señalamiento realizado a fin de que no se generen dudas al respecto”.

2.4. Desde el informe investigativo sólo fue suministrado un abonado telefónico para contactar al testigo, circunstancia que no es de extrañar en personas de bajos recursos, con empleos y residencias inestables. Nótese cómo el procesado igualmente indicó la misma vía como sitio de localización. En el caso del declarante, además, el dato era verídico, como que en ese número fue ubicado en las tres oportunidades en que fue requerida su presencia en la fase instructiva -para la declaración inicial, su ampliación y el reconocimiento-.

3. En verdad, desde su llegada al proceso, el apoderado recurrente en casación hizo expresa alusión a que su estrategia defensiva apuntaba a ejercer el derecho de contradicción contra interrogando al testigo Domingo Durango Moreno.

No obstante, a pesar de su arribo en etapa temprana de la investigación (recién se había resuelto situación jurídica) y de su claro anuncio, no utilizó esa fase para la práctica de la respectiva ampliación, y ya se ha visto que por entonces fue viable la ubicación del declarante en cuantas oportunidades fue requerido.

No hay lugar a censurar a la fiscalía por disponer la clausura sin agotar esa prueba, porque ésta no fue pedida, el funcionario escuchó al testigo en varias oportunidades, y en escrito del 19 de septiembre del 2003 la defensa reclamó el cierre de la investigación, esto es, renunció al acopio de ese elemento de juicio, cuando menos en esa instancia.

4. En el juicio, el apoderado expresamente pidió la ampliación del testimonio, y a ello accedió el despacho. El expediente demuestra que la ubicación de la persona fue imposible, no obstante la diligencia judicial, contexto dentro del cual es aplicable la conclusión de la jurisprudencia citada sobre que, en tal supuesto, no existe vulneración alguna a la garantía de contradicción.

En efecto, los días 25 y 27 de febrero y 2 de marzo del 2004, un empleado del juzgado se comunicó con el abonado telefónico suministrado por el testigo y no obtuvo respuesta.

El 18 de marzo del 2004 se libró oficio al CTI con la orden expresa de conducir a Durango Moreno al juzgado el 31 siguiente, con resultados igualmente negativos.

Que el organismo investigador no hubiera dado respuesta a la comunicación, solamente tiene el alcance obvio de que no pudo cumplir la misión. La aseveración defensiva

consistente en que tal vez no se desplegó la búsqueda, no deja de ser una afirmación carente de soporte, que, en todo caso, ha debido ser probada por quien la hizo.

Nótese cómo en supuestos similares el legislador procesal ha obviado la necesidad de respuesta, pues considera que el simple paso del tiempo evidencia resultado negativo. Por vía de ejemplo, el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal dispone que, ordenada la captura del imputado cuya vinculación es requerida,

vencidos diez (10) días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido emitida a las autoridades que deban ejecutar la aprehensión sin que se haya obtenido respuesta, se procederá a su vinculación...

La situación fáctica debatida es idéntica y por ello es válida la misma solución en el derecho: dispuesta la conducción sin que se logre una respuesta, se entiende que ella no fue viable y, por consiguiente, debe continuar el trámite.

La actuación reseñada demuestra que en la fase del juicio le fue imposible a la justicia hacer comparecer al testigo para que la defensa lo interrogara, a pesar de las actuaciones reiteradas que cumplió.

5. Ya se ha dicho, y se reafirma, que las preguntas directas del abogado al testigo de cargo no son la única vía para ejercer el derecho a la defensa. Si bien el impugnante se pronunció en varias oportunidades por la escogencia de esa “estrategia”, lo cierto es que también utilizó otros medios propios de la contradicción. Así:

5.1. El 27 de agosto del 2003 intervino de manera activa, a espacio, en el testimonio de la compañera permanente del procesado, Ana Fabiola Benítez Murillo, diligencia que versó, según la cita de éste y el interrogatorio del apoderado, sobre que el día y hora de los hechos León Rodríguez estaba en la casa de la testigo durmiendo, esto es, que no

habría podido cometer el delito.

Es indiscutible, entonces, que no obstante su reiterada postura, el casacionista sí ejerció otras formas para controvertir al testigo Durango Moreno, pues en el caso señalado pretendió desvirtuarlo, al demostrar que el sindicato se encontraba en lugar diferente, esto es, que aquel habría faltado a la verdad, o, cuando menos, que se habría equivocado en su señalamiento. Cuestión diferente, y que no viene al caso respecto del tema tratado, es que los jueces no hayan creído la coartada.

5.2. Igual participación, con similares propósitos en pro de su acudido, cumplió el actual impugnante dentro de las narraciones judiciales de Gian Paolo Montoya, Dioselina del Socorro Giraldo Agudelo, Antonio Raigoza Ospina, Eduardo Emilio Arango Reyes y John Edwin Betancur Montoya, así como en la ampliación de la declaración de Diego Alexander Betancur Montoya.

En estas diligencias se advierte, no solamente que se ejerció la contradicción por vía diversa del interrogatorio al testigo de cargo, esto es, que no se afectó el derecho a la defensa, sino que, por el contrario, con excepción de las de los hermanos Betancur Montoya y Arango Reyes, el funcionario judicial fue pródigo en exceso de garantías, porque en contravía de la orden expresa del artículo 134 del Código de Procedimiento Penal permitió la intervención simultánea de los defensores principal y suplente.

5.3. El apoderado también quiso desvirtuar la presencia del procesado en el sitio de los hechos, es decir, pretendió restar eficacia al declarante Domingo Durango Moreno, con las pruebas solicitadas y practicadas en el juzgamiento, como el dictamen pericial y el testimonio de expertos, elementos que apuntaban, a partir de la existencia o no de huellas en el garrote decomisado, a generar dudas sobre si el arma fue manipulada por el acusado y, por ende, si estaba o no en el lugar del hecho. Otro tanto, encaminado a restar eficacia al declarante, postuló con una certificación sobre la iluminación pública en

el sector.

5.4. Finalmente, el casacionista ejerció la contradicción integral de la prueba de cargo, incluido el testimonio de Domingo Durango Moreno, en la audiencia pública y en el escrito de apelación contra el fallo de primera instancia.

6. El demandante no demostró la trascendencia favorable que, frente a lo decidido y a la situación de su cliente, hubiera tenido el interrogatorio personal.

Obsérvese que no acreditó cómo las posibles respuestas que esperaba lograr (asunto que, en sí mismo, constituye sólo una conjetura) desvirtuarían los señalamientos concretos que hizo bajo la gravedad del juramento y en reiteradas diligencias legalmente practicadas.

Súmese que en aspectos primordiales, esas afirmaciones fueron corroboradas por otras pruebas que los jueces consideraron y que el demandante no cuestionó, por ejemplo, las declaraciones de Eduardo Emilio Arango Reyes, Fernando Antonio Raigoza Ospina, Diego Alexander Betancur Montoya y John Edwin Betancur Montoya, el indicio de mentira, y el madero que con rastros de sangre fue hallado en la escena del crimen.

Con base en estas consideraciones, se ratifica lo dicho al comienzo de las consideraciones de esta sentencia: no es posible casar la sentencia con apoyo en el cargo plasmado en la demanda.

No obstante, la Sala intervendrá oficiosamente para enmendar la parte resolutive del fallo del Tribunal, en el sentido de incluir la absolución que dispusiera por el delito de hurto.

En virtud 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

1. No casar el fallo impugnado en los términos reclamados por el demandante.
2. Casar, oficiosa y parcialmente, la sentencia del 12 de mayo del 2005, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, exclusivamente para adicionar su parte resolutive e incluir la absolución allí dispuesta en favor de Diego León Rodríguez por la conducta punible de hurto calificado agravado.

Notifíquese y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
PINZÓN

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Permiso

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Es la tendencia de la doctrina y de la jurisprudencia universales, como lo muestran, por ejemplo, Vicente Gimeno Sendra y otros, Derecho Procesal, Tomo II (Vol. I), El Proceso Penal (1), Valencia -Esp-, tirant lo blanch, 1987, págs. 55 a 61; Giulio Ubertis, Principi di Procedura Penale Europea. Le regole del giusto processo, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2000, págs. 35 a 60; y José María Asencio Mellado, Introducción al derecho procesal. Valencia -Esp-, tirant lo blanch, 1997, págs. 200/1.

2 Así, por ejemplo: José María Asencio Mellado, obra citada, pág. 201; Ricardo Rodríguez Fernández. Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Granada -Esp-, Pomares, 2000, especialmente págs. 18, 24, 348, 349, 350 a 356; Faustino Cordón Moreno. Las garantías constitucionales del proceso penal. Navarra -Esp-, Aranzadi, 1999, págs. 131 y 172; Vincenzo Manzini. Tratado de derecho procesal penal. T. I. Buenos Aires, Ediciones de Cultura Jurídica, T: Niceto Alcalá Zamora y Castillo, pág. 281.

3 Cfr., por ejemplo, Ricardo Rodríguez Fernández, obra citada, especialmente pág. 352; Guja Lo Russo y Rocco Pezzano (a cura di). Elementi di diritto processuale penale. Napoli, Edizione Giuridiche Simone, X Edizione, 2000, pág. 30.

4 Casación del 18 de julio de 2001, M. P. Jorge Enrique Córdoba Poveda -Radicación No. 13.758-.

5 Casación del 23 de mayo de 2001, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego -Radicación No. 13.704-.

6 Casación del 25 de abril de 2001, M. P. Jorge Enrique Córdoba Poveda -Radicación No. 13.198-.

7 Casación del 8 de octubre de 1999, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote -Radicación No. 11.612-.