

Proceso n.º 33658

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 206

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil diez (2010).

VISTOS

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de debida argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de JORGE ARMANDO CONDE CELIS en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó la pena de doscientos noventa meses de prisión impuesta a Julián Eduardo Rodríguez Rico, y en su lugar

lo absolvió, así como confirmó la que por idéntico periodo le dictó al primero el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, dentro de la actuación seguida en contra de dichas personas, y de David Gerardo Rodríguez Rico, por la conducta punible de homicidio (simple).

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 7 de octubre de 2007, en una vía pública de la llamada Zona Rosa del barrio Modelia de Bogotá (calle 24 C con carrera 80 B), se presentó una discusión entre Luis Gabriel Doncel Vanegas y Angie Johana Romero Quintero (también conocida como Ginger), quien iba acompañada de varias personas, la mayoría perteneciente a la tribu urbana¹ SHARP (o “Skin Heads Against Racial Prejudice”²).

A raíz de ello, se desencadenó una riña en la que, entre otros, se vieron involucrados el novio de Ginger, JORGE ARMANDO CONDE CELIS (apodado El irlandés), al igual que los hermanos Julián Eduardo Rodríguez Rico y David Gerardo Rodríguez Rico, que culminó con la muerte de Luis Gabriel Doncel Vanegas después de recibir múltiples heridas con arma blanca.

2. Debido a lo anterior, la Fiscalía General de la Nación formuló acusación en contra de JORGE ARMANDO CONDE CELIS, Julián Eduardo Rodríguez Rico y David Gerardo Rodríguez Rico como coautores responsables de la conducta punible de homicidio (simple), de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, con la adición de la circunstancia genérica de agravación prevista en el numeral 10 del artículo 58 del ordenamiento sustantivo (“[o]brar en coparticipación criminal”)³.

3. El juicio oral lo adelantó el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, despacho que absolvió a David Gerardo Rodríguez Rico de los hechos y cargos materia de imputación, a la vez que condenó a los otros dos procesados por el delito en

comento a la pena principal de doscientos noventa meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte años, y les negó tanto la suspensión condicional de la sanción privativa de la libertad como la prisión domiciliaria. Igualmente, los condenó al pago de perjuicios morales a favor de los parientes de Luis Gabriel Doncel Vanegas constituidos como víctimas, previa realización del incidente de reparación integral.

Según el a quo, el motivo que propició el enfrentamiento obedeció a que Angie Johana Romero Quintero, o Ginger, le reclamó al sujeto pasivo el no haberla saludado en horas de la tarde cuando se vieron en la localidad de Fontibón, de suerte que, al sentirse burlada o insultada durante la discusión, pidió que la hicieran respetar, solicitud a la cual respondieron mediante agresión con armas blancas y actuando a título de coautores JORGE ARMANDO CONDE CELIS, o El irlandés, y Julián Eduardo Rodríguez Rico, este último por ser miembro del grupo SHARP y el anterior por mantener una relación sentimental con la supuesta ofendida.

Por ello, y porque también fue vista atacando con un cuchillo a Luis Gabriel Doncel Vanegas, el funcionario de primera instancia dispuso remitir copias de la actuación en contra de alias Ginger para que fuera investigada penalmente por las autoridades competentes.

En relación con David Gerardo Rodríguez Rico, sostuvo que él no pertenecía a los SHARP (al contrario de los otros dos procesados), ni tampoco compartía la estética del referido grupo, ni mucho menos fue visto con arma blanca la noche de los hechos, de manera que su sola presencia en la riña no era suficiente para predicar participación alguna en la ejecución del delito de homicidio.

4. Apelada la providencia por el apoderado de las víctimas respecto de la decisión absolutoria, al igual que por los defensores de JORGE ARMANDO CONDE CELIS y Julián

Eduardo Rodríguez Rico en razón de sus condenas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó la proferida en contra de este último, a quien en su lugar absolvió, y confirmó el fallo en todo lo demás que no fue objeto de modificación. Adicionalmente, negó una nulidad solicitada por el otro sentenciado y dispuso la remisión de copias para que Angie Johana Romero Quintero, o Ginger, también fuera investigada por la conducta punible de falso testimonio.

De acuerdo con el ad quem, si bien estaba demostrado que David Gerardo Rodríguez Rico había participado en la reyerta, no había prueba que indicase su intervención en el ataque con arma blanca perpetrado en contra de la víctima y, por lo tanto, era procedente la aplicación del principio in dubio pro reo, pero no por la argumentación del a quo relacionada con la no pertenencia de esta persona a la tribu urbana SHARP, pues ello estaba fundado en una postura discriminatoria a la vez que propia de un derecho penal de autor.

En lo atinente a la situación de Julián Eduardo Rodríguez Rico, señaló el Tribunal que los medios de prueba practicados en el juicio únicamente establecían que fue él quien inició la riña y que llevaba consigo un cuchillo; sin embargo, no había elementos de juicio que permitieran llegar al convencimiento, más allá de toda duda razonable, de que agredió con un instrumento de tal índole a Luis Gabriel Doncel Vanegas, máxime cuando era viable concluir que fueron Ginger y El irlandés quienes lo apuñalaron.

Acerca de la solicitud de nulidad presentada por el defensor de JORGE ARMANDO CONDE CELIS, precisó que no hubo violación del principio de imparcialidad por parte de la funcionaria que presidió el juicio, por cuanto no es posible afirmar que favoreció en forma ostensible a la Fiscalía, a quien en varias oportunidades también le llamó la atención, y por consiguiente recibió idéntico trato que la contraparte. Agregó que si bien es cierto que las preguntas sugestivas son válidas dentro del contrainterrogatorio, tal como lo

precisó la Corte en la decisión de 28 de noviembre de 2007 (radicado 28511), y que no obstante la funcionaria judicial manifestó no permitirlos durante los mismos, también lo es que, en últimas, sí accedió a que las partes los efectuaran. Y, por último, precisó que el número de preguntas que la juez les hizo a los testigos no sólo obedeció al tiempo y a la complejidad del caso, sino que en el desarrollo de tales interrogantes se atuvo a lo dispuesto en el fallo de casación de 4 de febrero de 2009 (radicación 29415).

Finalmente, indicó en relación con la declaración de responsabilidad que la actitud cordial que según algunos testigos presentó JORGE ARMANDO CONDE CELIS antes de la riña, de ninguna manera desvirtúa la participación de éste en el delito de homicidio, ni tampoco afecta el alcance probatorio del testimonio del celador Jeison Mauricio Reyes Pineda, ni tampoco el del policía Jim Eduardo Padilla Moreno, quienes presenciaron el ataque con arma blanca a Luis Gabriel Doncel Vanegas por parte de dicho individuo.

5. Contra el fallo de segundo grado, el apoderado de JORGE ARMANDO CONDE CELIS interpuso el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Cuatro cargos presentó el recurrente a la providencia proferida por el Tribunal, los tres primeros al amparo de la causal segunda del artículo 181 de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal vigente para este asunto) y el último con fundamento en la causal tercera de la referida disposición, acerca de los cuales precisó que no sólo eran autónomos e independientes, sino que cada uno era subsidiario del otro.

1. Primer cargo

Propuso el desconocimiento de la garantía del debido proceso por afectación sustancial del principio de imparcialidad, debido a que la juez a quo intervino de forma permanente en el debate probatorio del juicio.

En el desarrollo del reproche, señaló que la funcionaria le sugirió a la fiscal hacer determinado tipo de intervenciones, o le pidió que de manera oportuna objetara las preguntas de la defensa, o incluso que introdujera pruebas al proceso, aspectos que luego la llevaron a condenar a JORGE ARMANDO CONDE CELIS.

Como sustento de tal aseveración, transcribió ciertos apartes de las declaraciones de Rodrigo Doncel Vanegas, Gabriel Bolaños Feria, Alejandro Romero, Edwin Divanier Hernández, Angie Johana Romero Quintero y Gloria Patricia Méndez, en los que según su criterio era evidente la realización de actos dirigidos a favorecer las pretensiones de la representante del organismo acusador.

Después de citar tanto doctrina como jurisprudencia nacional e internacional acerca de la imparcialidad (entre ellas la decisión de la Corte de 4 de febrero de 2009 –radicación 29415–, de la cual adujo que se ajusta al presente caso), indicó que la juez también se extralimitó al formular objeciones de oficio a la defensa, como ocurrió durante la práctica de los testimonios de Jeison Mauricio Reyes Pineda, Angie Johana Romero Quintero y Carlos Fernando Salazar.

Igualmente, precisó que el a quo incluso sometió a los testigos a un nuevo interrogatorio, tal como sucedió con Angie Johana Romero Quintero (a quien le efectuó veinticuatro preguntas después de la intervención de las partes), Jeison Mauricio Reyes Pineda (dieci-nueve preguntas), Óscar Hernando Ramos (dieciocho preguntas) y Édgar Leonardo Rodríguez (veintitrés preguntas).

En consecuencia, solicitó a la Corte declarar la nulidad del juicio oral a fin de que se diligencie uno nuevo en condiciones justas, en donde haya un funcionario que garantice el principio de imparcialidad.

2. Segundo cargo

Planteó otro cargo de nulidad por afectación del principio de contradicción, debido a que el a quo prohibió la práctica de preguntas sugestivas a los testigos de cargo Jeison Mauricio Reyes Pineda y Jim Eduardo Padilla Moreno durante los conainterrogatorios.

Luego de transcribir legislación y doctrina, sostuvo que las preguntas sugestivas son esenciales en los interrogatorios cruzados, pero en el presente caso la funcionaria de primer grado impidió de forma manifiesta la realización de preguntas de tal índole a la defensa en aspectos tales como la credibilidad, memoria, espontaneidad, percepción e identidad del agresor, irregularidad que también se presentó durante el contradirecto de Manuel Alberto Córdoba y de Angie Johana Romero Quintero, incluso mediante la introducción de objeciones oficiosas por parte de la juez.

Añadió que, al contrario de lo que al respecto adujo el Tribunal, no es posible predicar que la negación de la garantía de contradicción a ambas partes podría subsanar la violación del derecho de defensa, pues mientras la Fiscalía tiene la carga de desvirtuar la presunción de inocencia, el escenario natural de la contraparte es controvertir lo presentado por el ente acusador y, sin embargo, la funcionaria tan sólo permitió en este caso preguntas que desde el punto de vista gramático no podían conseguir el propósito de refutar lo que por las vías legales le era permitido perseguir.

En consecuencia, solicitó a la Corte declarar la nulidad del juicio oral.

3. Tercer cargo

Formuló la violación de la garantía de la prohibición de reforma en perjuicio, ya que el ad quem, sin tener competencia para ello, cambió toda la argumentación de la primera instancia, razón por la cual la defensa jamás tuvo la oportunidad de controvertirla.

Aseguró que el Tribunal desconoció que la sustentación del recurso de apelación es el

límite de la competencia de la segunda instancia y que la pretensión de la defensa de JORGE ARMANDO CONDE CELIS era desvirtuar el móvil del delito aludido por la juez a quo (esto es, que el crimen obedeció a la pertenencia de esta persona a la tribu urbana SHARP, lo que constituye derecho penal de autor en lugar de derecho penal de acto), pero tal problema no fue objeto de valoración en el fallo impugnado.

Agregó que la colegiatura también eliminó de la argumentación de la primera instancia el dispositivo amplificador del tipo de la coautoría impropia, circunstancia que era necesaria para haber condenado a su protegido, toda vez que los dos testigos de cargo vieron a un solo hombre propinándole puñaladas a la víctima, mientras que los demás lo pateaban.

Precisó que el juez plural desmejoró de esta forma la situación del procesado, a pesar de que se trataba de un apelante único en lo relativo a su condena, pues quería evitar el eventual reproche de declarar como coautor a una persona que actuó de manera individual para la producción del resultado típico.

En consecuencia, solicitó a la Corte declarar la nulidad del fallo objeto del extraordinario recurso para que el Tribunal dicte una providencia absolutoria a favor de JORGE ARMANDO CONDE CELIS.

4. Cuarto cargo

Propuso con fundamento en la causal tercera el desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba debido a la concurrencia de varios errores de hecho.

En un primer apartado, adujo que cuando el Tribunal concluyó que “la ausencia de un móvil no implicó que su protegido no participara en los hechos que dieron muerte a Luis Gabriel Doncel Vanegas”, cuando por el contrario había prueba relativa a que sí lo agredió, incurrió en un falso raciocinio por transgredir los principios de la lógica, así

como en “un falso juicio de identidad porque omitió apreciar pruebas válida-mente aportadas al proceso”.

Después de aducir que tales planteamientos no son excluyentes, sino que obedecen a los problemas estructurales de la motivación de la segunda instancia, señaló por un lado que el yerro en la inferencia lógica del ad quem acerca de la falta de móvil corresponde a una “falacia de la atinencia” (que se produce “cuando el argumento no prueba su conclusión”). Y, por otro lado, afirmó en relación con la prueba de la participación de JORGE ARMANDO CONDE CELIS que el juez plural se fundó “en un falso juicio de existencia”, toda vez que no tuvo en cuenta las pruebas periciales que apuntan a demostrar que no participó en una riña (dada la ausencia de sangre o de otras señales en su vestimenta), así como los testimonios de quienes en el juicio sostuvieron que no portaba arma alguna ni apuñaló a la víctima, como Edwin Arley Peña, Alejandro Romero, Angie Johana Romero Quintero y Edwin Divanier Hernández Ochoa, e incluso el conainterrogatorio de Óscar Hernando Ramos Amórtegui.

En una segunda sección, precisó que los testigos de cargo Jeison Mauricio Reyes Pineda y Jim Eduardo Padilla Moreno afirmaron en contravía de toda la evidencia haber visto a JORGE ARMANDO CONDE CELIS apuñalar a Luis Gabriel Doncel Vanegas.

En lo concerniente al celador Jeison Mauricio Reyes Pineda, dijo que el Tribunal cometió un falso juicio de identidad por cercenar que el testigo mintió bajo la gravedad del juramento, pues esta persona afirmó durante el contradirecto estar ubicado a una distancia que de acuerdo con la evidencia demostrativa no podía ser inferior a los 10,17 metros (razón por la cual le era imposible haberse percatado del color de los ojos del agresor), e incluso describió a este último como un individuo con una cortada en la cara (circunstancia que al ser desmentida por la prueba fotográfica implica que fue instruido o comprado para faltar a la verdad).

Respecto del agente de orden Jim Eduardo Padilla Moreno, señaló que se incurrió en un falso juicio de existencia, por cuanto las instancias supusieron que este testigo, en una declaración tan falsa como arreglada, se refirió a JORGE ARMANDO CONDE CELIS como el autor de las puñaladas, cuando en realidad nunca lo mencionó con su nombre ni lo identificó durante el juicio oral, ignorando de esta manera la configuración de una duda razonable a favor del procesado.

En consecuencia, solicitó a la Sala casar el fallo objeto del recurso y, en su lugar, proferir decisión absolutoria por el delito de homicidio.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 181 de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal vigente para este asunto, el recurso de casación es un mecanismo de control tanto constitucional como legal que procede contra los fallos proferidos en segunda instancia y que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 180 ibídem, tiene como propósitos lograr la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías fundamentales, la reparación de los agravios inferidos y la unificación de la jurisprudencia.

Dada la naturaleza extraordinaria de este recurso, quien acude a la casación tiene que ceñirse a determinados requerimientos sistemáticos basados en la razón y en la lógica argumentativa, así como guardar coherencia, precisión y claridad en el sustento de cada uno de los reparos, que debe desarrollar conforme a las causales previstas en el artículo 181 del referido estatuto.

A su vez, el inciso 2º del artículo 184 del ordenamiento procesal señala que no será admitida la demanda de casación “cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”, lo que puede darse cuando la Corte encuentre que la controversia planteada carece de

incidencia alguna en relación con lo decidido en el caso concreto, o que podrá responder a los planteamientos del recurrente sin tener que efectuar valoraciones de fondo acerca de lo que ocurrió en la actuación.

2. En el asunto materia de interés, los reproches planteados por el abogado de JORGE ARMANDO CONDE CELIS no sólo pueden ser resueltos sin entrar a examinar de lleno el expediente, sino que además varios de los problemas jurídicos propuestos en ellos carecen de cualquier trascendencia frente a la decisión adoptada por los funcionarios de primera y segunda instancia. Veamos.

2.1. En relación con el primer cargo, la Sala ha sostenido que si bien es cierto en la ley 906 de 2004 no aparece de manera expresa una disposición que fije los parámetros para la solicitud y declaratoria de las nulidades (al contrario de lo que sucede con el artículo 310 del estatuto procesal anterior), también lo es que tal ausencia de ninguna manera implica la desaparición de los principios que las regulan⁴, razón por la cual continúa vigente en sede de casación la estricta observancia del principio de trascendencia, según el cual quien solicita que se declare la invalidez de lo actuado tiene la carga de demostrar la irregularidad denunciada, así como la afectación real de las garantías de las que son titulares las partes, o bien la efectiva conculcación de las bases fundamentales del procedimiento.

De ahí que, cuando se propone la vulneración del principio de imparcialidad en el nuevo sistema acusatorio, el demandante tiene la obligación de convencer a la Corte de que en el caso analizado el funcionario de conocimiento evidenció, mediante manifestaciones de índole objetiva, algún interés personal o privado en el resultado del proceso, o buscó un fin público o institucional distinto al respeto de las garantías fundamentales, en otras palabras, que ejerció o mostró el ánimo de ejercer funciones afines a las pretensiones acusatorias del Estado, o bien a favor de los designios de la defensa, durante el transcurso de la actuación procesal⁵.

Ha sido en atención de estos parámetros como la Sala ha analizado en su jurisprudencia la vulneración de la imparcialidad en tanto causal que anule lo actuado. Por ejemplo, en el fallo de 27 de octubre de 2008 (radicado 29979), la Corte concluyó que el juez, al promover de manera informal entre las partes la modificación de los términos de un preacuerdo, alteró el equilibrio procesal que le era exigible sostener:

“En la audiencia de verificación de la legalidad del preacuerdo, el funcionario de conocimiento, una vez escuchó los términos de la negociación, procedió a efectuarle al fiscal preguntas ‘aclaratorias’ acerca de los mismos y, a la postre, llegó a cuestionar la ausencia de imputación de la agravante del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones [...]”

“[...] la actuación del funcionario de conocimiento en la audiencia de control de legalidad del preacuerdo fue completamente irregular, pues, más allá del planteamiento de preguntas tendientes a aclarar los términos tanto de la imputación como del preacuerdo consignado en el escrito allegado por las partes, de una manera informal terminó dejando en claro a todos los que intervenían en la diligencia que no compartía la adecuación típica de la conducta en lo que se refiere a la no concurrencia del agravante previsto en el numeral 1 del artículo 365 del Código Penal.

“Con tal proceder, el Juez [...] no actuó en defensa de la garantía del debido proceso, pues para ello debió haber emitido el pronunciamiento de rechazo correspondiente, sino tan solo manifestó, a modo de diálogo informal con las partes, el interés público e institucional, que para ese estado de la actuación era propio de la Fiscalía, de que a los procesados se les imputara la agravante relativa al empleo de medios motorizados en el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, o bien no se les reconociera la rebaja del cincuenta por ciento de la pena.

"De esta forma, el juez no sólo les anticipó indebidamente a los presentes que frente al control judicial que le era exigible su decisión sería la de no aprobar el preacuerdo por desconocimiento de lo contemplado en el inciso 2º del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, sino que además propició que se cambiaran los términos de la negociación para ajustarla a su particular criterio, de suerte que intervino como si se tratase de una parte en la efectiva realización del preacuerdo a la postre reconocido por el Tribunal.

"Es decir, el funcionario desconoció en este evento tanto la imparcialidad que debía regir en todas sus actuaciones como el mismo principio acusatorio inherente al sistema"6.

Posteriormente, en la sentencia de 4 de febrero de 2009 (radicación 29415), la Sala anuló la actuación debido a que el juez no se había atendido a lo dispuesto en el artículo 397 de la ley 906 de 2004 durante la práctica de los testimonios, y porque además inclinó la balanza en detrimento de los intereses de la defensa cuando le negó la práctica de una declaración solicitada oportunamente:

"[...] la intervención del a quo no se redujo a decidir acerca de las continuas y antitécnicas objeciones de la defensa -o de la fiscalía-, y menos se limitó a garantizar un interrogatorio y contrainterrogatorio leal, así como respuestas claras y precisas de los exponentes, sino que, en algunos casos, incluso trascendió a sugerir a las partes la forma en que debían interrogar a los testigos, y en otros impidió el cabal contrainterrogatorio por parte de la defensa de los testigos de cargo [...]

"Resulta también trascendente para la desfiguración del carácter adversarial inherente al sistema acusatorio implementado con la ley 906 de 2004, y redundante en el desconocimiento del principio del juez imparcial, el hecho de que una vez las partes concluyeron los respectivos interrogatorio y contra-interrogatorio, en todos los casos, el juez sometió a los testigos a un nuevo y extenso cuestionario, con preguntas que

lejos están de dirigirse a complementar o facilitar el cabal entendimiento del asunto, sino más bien orientadas a concretar la predisposición psicológica que el funcionario de primer grado se formó por los continuos enfrentamientos con el defensor debido a su forma de interrogar.

"Otro aspecto que confirma ese sesgo de parcialidad del a quo se concreta en la negativa a practicar uno de los testimonios solicitados por la defensa [...], a cuya recepción no accedió porque erróneamente consideró que la asistencia letrada no lo había solicitado en su oportunidad, irregularidad que fue conjurada de manera incompleta por el Tribunal al conocer de la apelación del primer fallo condenatorio emitido por el a quo, pues si bien es cierto ordenó que se recibiera aquella prueba, para lo cual declaró la nulidad parcial del juicio, igualmente es verdad que la solución que correspondía era la de ordenar la invalidación total de la audiencia de juzgamiento, ya que el a quo estaba contaminado con el conocimiento previo de los medios de prueba, su propia percepción del caso y la subsiguiente valoración del caudal probatorio, resultando obvio que ninguna oportunidad tenía el acusado de que con las pruebas ordenadas por el ad quem el fallador fuera a variar su criterio, máxime cuando se había negado a recibirlas"⁸.

Y, en la decisión de 10 de marzo de 2010 (radicado 32868), la Corte desestimó la afectación del principio de imparcialidad debido a que la participación activa del juez en la práctica de los testimonios no había sido parcializada, sino atinente a la necesidad de plantear preguntas complementarias en razón de la naturaleza y complejidad del asunto:

"Estima la Corte, una vez escuchados atentamente los registros de la intervención del juez de conocimiento en curso de la práctica probatoria y, específicamente, al desarrollar la tarea de interrogar a los testigos, que si bien puede asumirse, el suyo, un comportamiento asaz activo, ello por sí mismo no comporta el vicio denunciado por la casacionista, pues es claro que en desarrollo del pertinaz cuestionamiento practicado

por él, no desbordó el tópico que fuera materia de consulta por la parte interesada en la declaración, al extremo de significarle suplantándole o asumiendo una teoría del caso propia [...]

"Cabe aclarar, eso sí, que las preguntas complementarias son precisamente eso, para que no se constituyan, por vía indirecta, en alguna especie de prueba de oficio. Vale decir, lo que el juez pregunta dice relación específica con el interrogatorio, o mejor, el objeto concreto sobre el cual preguntó la parte que citó al testigo, y apenas busca ampliar esas respuestas oportunamente entregadas para el mejor entendimiento del funcionario.

"[...] Ostensible asoma que las preguntas del juez se encaminan a verificar tópicos específicos y puntuales de lo referido por las testigos expertas, asunto que en el caso concreto no puede estimarse exótico, pues el problema a desentrañar deriva si se quiere complejo, en tanto la prueba nuclear de los hechos radica en lo dicho por una menor de apenas tres años, cuya declaración ha de examinarse al tamiz de las profesionales en cita.

"[...] No es, entonces, que el funcionario judicial tuviese una particular teoría del caso, objetivada en el contrainterrogatorio, o que su imparcialidad estuviese en tela de juicio, sino simplemente que sus limitaciones en la materia y el deseo de clarificar lo ocurrido, y el alcance probatorio de lo dicho por la víctima, condujo a esos cuestionamientos si se quiere erráticos y repetitivos.

"Por lo demás, independientemente de lo que en criterio del funcionario reflejó lo respondido a sus cuestionamientos por los testigos, es lo cierto que de allí no se desprende que se afectaran en concreto derechos de las partes o que la forma de interrogar condujera a crear una verdad artificial o contraria a los conocimientos de las expertas [...]

"En consecuencia, la Sala no advierte expreso o siquiera soslayado algún tipo de comportamiento judicial que permita aseverar inconclusa la vulneración de garantías o afectación trascendente de los deberes de imparcialidad, razón suficiente para desestimar la nulidad deprecada por la demandante en casación"9.

En este orden de ideas, el demandante tiene que demostrar en sustento de la vulneración del principio de imparcialidad durante la fase probatoria del juicio que no sólo hubo una intervención excesiva, extraordinaria o poco frecuente por parte del juez, sino que además dicho proceder se tradujo, en la práctica, en una efectiva perturbación del equilibrio que debe garantizárseles a las partes.

En el asunto que concita la atención de la Sala, el defensor de JORGE ARMANDO CONDE CELIS solicitó la nulidad del juicio por vulneración del principio de imparcialidad, debido a que la juez de conocimiento (i) le sugirió a la fiscal qué tipo de intervenciones debía hacer durante los testimonios, (ii) formuló objeciones de oficio a las preguntas que formuló la defensa y (iii) realizó un nuevo interrogatorio a varios de los declarantes.

En apoyo de la primera irregularidad, transcribió ciertas intervenciones de la funcionaria en las declaraciones de Rodrigo Doncel Vanegas, Gabriel Bolaños Fera, Alejandro Romero, Edwin Divanier Hernández, Angie Johana Romero Quintero y Gloria Patricia Méndez, que fueron del siguiente tenor:

(i) "[Rodrigo Doncel Vanegas] Fiscalía: '...entonces la fiscalía le pide al despacho que la persona que tiene esas caracte... eh, a la señora juez, que la persona que tiene...'

"Juez: 'Doctora, al despacho no, usted hágalo, doctora. Usted. El juzgado no lo va a hacer. Hágalo usted'.

"[...] Fiscal: 'lo voy a hacer, sí, gracias. Que la persona que ha señalado aquí el señor Rodrigo por favor se identifique al micrófono'.

"Juez: 'él tiene derecho a guardar silencio, doctora'.

"[...] Juez (dirigiéndose a la fiscal): 'usted puede hacer las identificaciones, doctora, usted mencione, haga las constancias, doctora'.

"Abogada defensora: 'doctora, se ha identificado ya el test...'

"Juez: 'señora defensora, no intervenga, la juez ya decidió. Los acusados tienen derecho a guardar silencio. Deje las constancias usted, señora fiscal'"10.

(ii) "[Gabriel Bolaños Feria] Juez (dirigiéndose a la fiscal): 'doctora, utilice la pregunta, usted no diga se [sic] dice la entrevista, él no tiene por qué saber el contenido de la entrevista, doctora, pero sí le puede interrogar sobre los hechos que aparecen en la entrevista'"11.

(iii) "[Alejandro Romero] Juez (dirigiéndose a la fiscal): 'doctora, le voy a pedir un favor, doctora, se están usando dos, tres, cuatro, cinco nombres y no sabemos los apellidos, no sabemos quiénes son, le ruego el favor, doctora, esté vigilante en poder saber de qué persona se trata'"12.

(iv) "[Edwin Divanier Hernández] Juez: 'estamos insinuando la respuesta, señor defensor. Dejemos... sí, señor, pero estamos jugando a que él conteste las preguntas que son sugestivas y donde usted introduce el contenido que quiere que diga el testigo. La fiscalía más rápidamente formulamos una objeción'"13.

(v) "[Angie Johana Romero Quintero] Juez (dirigiéndose a la fiscal): 'dejemos que conteste cada pregunta, se deja que se conteste, vamos en orden. Espero esa

clase de intervención más constantemente, señora fiscal”¹⁴.

(vi) “[Gloria Patricia Méndez] Juez (dirigiéndose a la fiscal): ‘...a eso era lo que me refería, doctora, que usted hiciera justamente ese interrogatorio, doctora. Note, doctora, cómo es la situación antes de preguntarle a la señora en qué conoce ese documento, ahora que sabemos que sí lo conoce, porque ha intervenido en el manejo del paciente y, cada vez que maneja al paciente, tiene acceso a ese documento, doctora, ¿sí ve, doctora, la diferencia?’¹⁵”.

La segunda la sustentó mediante la transcripción de los siguientes apartes de los testimonios de Jeison Mauricio Reyes Pineda y Angie Johana Romero Quintero:

(i) “[Jeison Mauricio Reyes Pineda] Abogado defensor: ‘del mismo número de rayas rojas que el mismo número de rayas...’

”Testigo: ‘de rayas...’

”Juez: ‘pregunta sugestiva, que el testigo sea el que le conteste, doctor’”¹⁶.

(ii) “[Jeison Mauricio Reyes Pineda] Abogado defensor: ‘ése fue el lugar de donde usted observó la pelea, ¿cierto?’

”Testigo: ‘sí, señor; igual... o sea’

”Abogado defensor: ‘no, pero vamos pregunta por pregunta’

”Testigo: ‘aclarar algo, yo voy...’

”Abogado defensor: ‘no, pero yo no quiero que me aclare nada ahorita, muchas gracias’

"Juez: 'doctor, debe dejar que el testigo termine de contestar'"17.

(iii) "[Angie Johana Romero Quintero] Abogado defensor: ¿el mismo?

"Testigo: el mismo policía.

"Abogado defensor: 'OK'.

"Juez: 'doctor, sugestivo por completo. Ella no ha dicho que sea la misma persona. Por favor reformule esa pregunta'"18.

Y, para la tercera, se limitó a relacionar que la juez le hizo preguntas a la testigo Angie Johana Romero Quintero en veinticuatro ocasiones; a Jeison Mauricio Reyes Pineda, en diecinueve; a Óscar Hernando Ramos, en dieciocho; y a Édgar Leonardo Rodríguez Quemba, en veintitrés19.

Aunado a tales afirmaciones y citas textuales, el demandante trajo a colación doctrina y jurisprudencia internacional que de manera general y abstracta alude a la actuación imparcial del juez, al igual que dos párrafos de la sentencia de 4 de febrero de 2009, acerca de la cual sostuvo que la Sala resolvió el caso concreto de dicha casación "como si se estuviera refiriendo a la Juez Catorce Penal del Circuito de Bogotá"20.

Con tales argumentos, el profesional del derecho de ninguna manera demostró afectación relevante alguna del principio de imparcialidad en este asunto. En primer lugar, jamás confrontó su postura con la que al respecto plasmó el Tribunal en el fallo impugnado, cuerpo colegiado para el que las supuestas acciones de favorecer, sugerir u objetar de manera oficiosa no fueron más que la manifestación en un juicio en extremo complejo de amonestaciones por parte de la juez, quien no sólo criticó las intervenciones de la defensa, sino también las de la fiscal. En palabras del ad quem:

"[...] la Sala al ver el juicio pudo verificar que no es cierto que la juez haya favorecido en forma ostensible o grave a la fiscalía afectando el sistema adversarial y el principio de igualdad de armas [...]"

"Se observó que la práctica de las pruebas decretadas en audiencia preparatoria requirió del desarrollo de un juicio largo que se extendió por varios meses e implicó la práctica de innumerables audiencias en las que se practicaron testimonios en los que los declarantes fueron sometidos a extensos interrogatorios; así mismo, en diversas oportunidades la juez se vio obligada a exigir el orden en la sala y llamar la atención de los sujetos procesales, incluidos procesados, defensa, fiscalía y en algunos casos también a los testigos.

"En concordancia con lo anterior, la juez no sólo interrumpió los interrogatorios de la defensa para hacer llamados de atención, como así quiso hacerlo ver el recurrente, sino que dicha situación también se presentó respecto de las intervenciones de la fiscalía, tal y como se expondrá a continuación.

"En la declaración de Rodrigo Alonso Doncel, hermano de la víctima, la sala verificó que al minuto 01:12:50 la juez declaró procedente la objeción de la defensa y llamó la atención de la fiscalía para que no sugiriera la respuesta al testigo; al minuto 01:13:40 le pregunta a la representante de la fiscalía si va a estar discutiendo las decisiones de la juez sobre las objeciones; minuto 01:17:50, llamó la atención de la fiscal por pretender usar un plano sin introducirlo; minuto 01:25:30, volvió a llamar la atención de la fiscal en relación con las constancias de reconocimiento que hizo el testigo.

"En la declaración rendida por Édgar Leonardo Rodríguez, pidió respeto entre las partes y le dijo a la fiscal qué información que los testigos no han dado no se puede introducir; así mismo, se pudo observar que en esta declaración la funcionaria decretó como procedentes la mayoría de las objeciones presentadas por la defensa.

"En el testimonio de Edwin Arley Peña, la juez nuevamente llamó la atención de la

fiscalía en el sentido de ser cuidadosa con las preguntas que se le hacen al testigo, y le pidió ser más rigurosa en el uso del interrogatorio.

"Se pudo observar además que la juez después de interrogar los testigos corrió traslado a la representante de la fiscalía y a la defensa de las preguntas hechas por el juzgado y explicó que ella corría ese traslado para asegurar el derecho de defensa y de contradicción, traslado que corrió en todas las declaraciones recibidas en el juicio.

"[...] Lo anterior permite concluir de manera clara que el juzgado no transgredió el principio de imparcialidad y por el contrario aseguró la igualdad de armas haciendo los llamados de atención a ambas partes del sistema adversarial [...]

"Así las cosas, es claro que la labor de la juez se encaminó a dirigir un interrogatorio y contrainterrogatorio leal, decidiendo sobre las preguntas antitécnicas que formularan tanto la fiscalía como la defensa, negando las objeciones improcedentes y requiriendo no sólo el respeto que se deben profesar los sujetos procesales, sino exigiendo también la atención debida y la intervención oportuna de las partes"21.

En segundo lugar, el Tribunal también tuvo en consideración el fallo de 4 de febrero de 2009, del que transcribió algunos apartes22, y con base en el cual llegó a la conclusión de que la juez, al efectuar preguntas a los testigos que sólo podían calificarse de complementarias, no vulneró el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, máxime si se tenía en cuenta la extensión y naturaleza de las declaraciones. De acuerdo con la segunda instancia:

"[...] si bien la juez realizó varias preguntas, las mimas [sic] fueron efectuadas al finalizar los respectivos interrogatorios de las partes, sin que pueda perderse de vista que algunos testimonios fueron muy extensos, lo que generó no sólo la formulación de un gran número de preguntas en los interrogatorios y contrainterrogatorios,

sino la necesidad para el juzgado de realizar preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso”²³.

De esta manera, no es cierto que este asunto se ajuste a la situación fáctica analizada por la Corte en la sentencia de 4 de febrero de 2009, sino más bien guardaría semejanzas con la de 10 de marzo pasado, sobre todo cuando el demandante ni siquiera se preocupó por argüir si los varios interrogantes del a quo durante la práctica de los testimonios reñían o no con lo dispuesto en el artículo 397 de la ley 906 de 2004, ni tampoco planteó que con los mismos pretendió establecer una teoría del caso distinta a la de las partes, ni mucho menos propuso que gracias a ellos se vieron afectados de modo específico las garantías judiciales del acusado.

Finalmente, no sobra aclarar que la Sala no avala ni propugna por la idea de un juez empeñado en suscitar “llamados de atención”, o cualquier tipo de reconvenciones de carácter crítico, constructivo o pedagógico a quienes intervienen en audiencia, pues si bien es cierto que un tal proceder no afecta la imparcialidad del funcionario (en la medida en que el trato haya sido ecuánime respecto de las partes o que no esté acompañada de otros datos objetivos de los que pueda inferirse en forma seria su transgresión), también lo es que el juicio oral no es el escenario natural para desplegar esos comportamientos admonitorios (como sí lo serían la academia o los cursos judiciales de formación), máxime cuando muchas de las deficiencias, limitaciones o pretermisiones en la formación de la prueba testimonial pueden ser suplidas por el juez o el representante del Ministerio Público mediante la realización de preguntas complementarias, tal como lo contempla el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal.

Lo importante, en últimas, es que la participación activa del funcionario de conocimiento en la práctica de las pruebas allegadas al juicio no puede constituir por sí sola una afectación relevante del principio del juez imparcial (ni por contera motivo o causal alguna que suscite la nulidad), toda vez que conforme a las normas rectoras del

proceso acusatorio colombiano él está obligado a orientarse “por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y justicia” (artículo 5), a hacer “prevalecer el derecho sustancial” (inciso 1º del artículo 10), a “corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad” (inciso final ibídem), y a “hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal” (artículo 4), siempre y cuando no desconozca otras garantías judiciales de idéntico o superior raigambre.

Ni siquiera en los sistemas tradicionales de adversarios se le exige al funcionario mostrarse ajeno a la formación de la prueba o sostener una actitud pasiva durante los interrogatorios. Por ejemplo, los preceptos 43 (c) y 43 (d) de las Reglas de evidencia de Puerto Rico prescriben lo siguiente:

“(c) El juez que preside un juicio o vista tendrá control y amplia discreción sobre el modo en que la evidencia es presentada y los testigos son interrogados con miras a que la evidencia sea presentada en la forma más efectiva posible para el esclarecimiento de la verdad, velando por la mayor rapidez de los procedimientos y evitando dilaciones innecesarias.

“(d) El juez podrá, a iniciativa propia o a petición de la parte, llamar testigos a declarar, permitiendo a todas las partes contrainterrogar al testigo así llamado. También podrá el juez, en cualquier caso, interrogar a un testigo, ya sea éste llamado a declarar por él o por la parte”.

Y, al respecto, el Tribunal Supremo de Puerto Rico, al abordar una impugnación según la cual el juez les había preguntado a los testigos de cargo en más oportunidades que el fiscal, la resolvió de la siguiente manera:

“El concepto del juicio acusatorio, en su versión primitiva, parece hallar especial apoyo en la creencia de que la justicia se produce mágicamente del combate entre dos adversarios,

presidido por un juez cuya función esencial es ver tan sólo que se cumplan las reglas del juego. Rechazamos dicha visión de la función del juez.

"El juez no es el simple árbitro de un torneo medieval entre la defensa y el Ministerio Público [esto es, la Fiscalía] o el retraído moderador de un debate. El juez es partícipe y actor principal en el esclarecimiento de la verdad y en la determinación de lo que es justo. El juez puede y debe ser en casos vistos con o sin jurado, aunque con mayor libertad en los segundos, participante activo en la búsqueda de la justicia, siempre que no vulnere la imparcialidad que su alto oficio reclama. Puede el juzgador en consecuencia requerir la declaración de determinados testigos o interrogar a los que las partes ofrezcan, siempre que su conducta se mantenga dentro de las normas de sobriedad y equilibrio que impiden que el juez sustituya, en vez de que complemente, la labor del fiscal o del defensor. Nada impide que un juez, para aclarar un testimonio o una situación, o consciente de que no se han formulado algunas preguntas centrales para la determinación de lo sucedido verdaderamente en un caso, se tome la iniciativa a dicho efecto"²⁴.

El reproche, por consiguiente, es infundado.

2.2. En lo atinente al segundo cargo, el recurrente reclamó la invalidez de lo actuado por vulneración de la garantía de contradicción, debido a que la juez no permitió la realización de preguntas sugestivas durante los contra-interrogatorios de los testigos traídos por la Fiscalía y con los cuales se sustentó el fallo de condena.

Frente a ese planteamiento, la Sala tiene dicho que cuando una petición de nulidad se relaciona de manera estrecha o imposible de escindir con los pasos graduales de solicitud, admisión, decreto, práctica y contradicción del medio de prueba, el problema en realidad concierne al llamado debido proceso probatorio de que trata el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, pues implica como consecuencia jurídica la

“nulidad de pleno derecho” del elemento de convicción y no la declaratoria de invalidez de la actuación procesal.

De ahí que si se plantea en sede de casación un error de tal tipo, éste no sería de carácter in procedendo (es decir, de trámite), sino in iudicando (o de juicio), razón por la cual sólo podría atacarse por la causal tercera del nuevo Código de Procedimiento Penal vigente (“desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba”) y no por la segunda (“[d]esconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”).

Así lo sustentaba la Sala en asuntos regidos por la ley 600 de 2000:

“[...] es incompatible afirmar como fundamento de nulidades por desconocimiento del debido proceso, o del derecho de defensa, la aducción o práctica de una prueba con desmedro de los ritos que le son propios (excepto en aquellas hipótesis en que la anomalía compromete actuaciones posteriores, por ir más allá de su contenido estrictamente demostrativo, como sucede, por ejemplo, con la indagatoria ineficaz), porque en casos semejantes los vicios del elemento de convicción no trascienden al debido proceso ni a las garantías de los sujetos procesales, de manera que en casos en los que se pretermiten las exigencias de ley que corresponden a todo lo concerniente con la prueba y afectan su validez, la irregularidad determina un error de derecho por falso juicio de legalidad”²⁵.

Aunado a lo expuesto, la Corte ha precisado que la contradicción de los testimonios practicados en el juicio oral no siempre ni necesariamente se satisface por la vía del contrainterrogatorio:

“[...] con el ánimo de ejercitar el contradictorio de las pruebas incorporadas en el juicio oral, especialmente lo atinente al testimonio, no necesariamente se requiere que los

intervinientes hagan uso del contrainterrogatorio para cumplir con dicho cometido, puesto que puede suceder que a veces tal medio de contradicción resulte beneficioso ejercerlo de manera silenciosa, esto es, que se declina de hacer uso de tal prerrogativa por múltiples razones, por ejemplo, en precisos supuestos las respuestas suministradas por el testigo pueden resultar desfavorables frente a la teoría del caso. En tales circunstancias, el mejor contrainterrogatorio es el que no hace.

"O también puede suceder que con el fin de ejercitar el contradictorio y dentro de la estrategia el interrogatorio se debe sujetar a lo que la doctrina llama contrainterrogatorio aparente, según el cual se hace uso del derecho a repreguntar, pero dejando deliberadamente por fuera ciertos temas o materias, reduciendo el contrainterrogatorio a unos pocos puntos sin mayor importancia y que no va a perjudicar la teoría del caso del interviniente que formula las preguntas"26.

En este orden de ideas, ante la negativa por parte del juez de formular interrogantes válidos durante el examen cruzado de testigos, el demandante, al amparo de la causal tercera de casación, y por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad, tiene la carga de (i) indicar el precepto, norma o principio del cual se establece que la pregunta o las preguntas a la postre prohibidas fueron formuladas conforme a las reglas que rigen la práctica del testimonio, es decir, si eran o no ajustadas a derecho; (ii) acreditar que dichos interrogantes eran indispensables para desvirtuar, controvertir o menoscabar lo dicho por el testigo en el directo, no sólo porque el contrainterrogatorio resultaba esencial para los efectos de la teoría del caso o de la estrategia de parte adoptada, sino porque además no fue posible ejercer por otros medios el contradictorio en el aspecto referido; y (iii) demostrar la trascendencia del testimonio así obtenido y evaluado por el juez, esto es, que con su exclusión se habría llegado a una decisión sustancialmente distinta a la adoptada en virtud del análisis del resto del material probatorio apreciado en el fallo.

En el presente asunto, el defensor de JORGE ARMANDO CONDE CELIS planteó como nulidad por vulneración de una garantía judicial lo que no sería más que una eventual afectación del debido proceso probatorio en la producción de dos medios de prueba en particular (los testigos de cargo Jeison Mauricio Reyes Pineda y Jim Eduardo Padilla Moreno), razón por la cual no podía acarrear una consecuencia jurídica diferente a la de la exclusión de dichos testimonios, en lugar de declarar la ineficacia del juicio oral.

El profesional del derecho tampoco se preocupó por demostrar, más allá de la simple afirmación (y de la transcripción de disposiciones nacionales e internacionales que de manera general y abstracta se refieren a la protección del derecho a la prueba), que las preguntas sugestivas terminan siendo necesarias para el correcto ejercicio del contrainterrogatorio (al contrario del Tribunal, que incluso aludió a una providencia interlocutoria de la Sala²⁷), ni mucho menos que el planteamiento de tales interrogantes era crucial para refutar lo narrado por los testigos, teniendo en cuenta la teoría del caso que la defensa manejaba o la estrategia defensiva asumida para esos particulares eventos.

El recurrente, en el desarrollo del cargo, transcribió los apartes en los que la funcionaria de conocimiento declaró fundadas las objeciones de la fiscal en el interrogatorio cruzado hecho por la defensa a los deponentes Jeison Mauricio Reyes Pineda y Jim Eduardo Padilla Moreno, mediante preguntas del siguiente tenor:

(i) “¿Qué día era el 7 de febrero de 2008? [...] ¿era un viernes?”²⁸.

(ii) “¿Entonces usted qué hace? ¿Usted inmediatamente dice: ‘no venga’?”²⁹.

(iii) “Haber [sic], yo le voy a decir, de pronto eso lo ayude a recordar, ¿era un logotipo de la Fiscalía de pronto?”³⁰.

(iv) “Para que todos le entendamos claramente, ¿era una camiseta que es raya blanca, raya roja, raya blanca, raya roja? [...] ¿era del mismo número de rayas rojas que el mismo número de rayas blancas?”³¹.

(v) “¿Y salieron en lados opuestos? ¿O cada uno...”³².

(vi) “Ése fue el lugar de donde observó la pelea, ¿correcto?”³³.

(vii) “El punto máximo del cual usted se acercó fue en la orilla de Mao Postres o en la orilla opuesta”³⁴.

(viii) “¿Usted se percató de manera espontánea de lo que estaba sucediendo o alguien o alguien llamó su atención sobre esos hechos?”³⁵.

Es cierto que en determinado momento del discurso el demandante hizo mención a que tales preguntas tocaban temas tan importantes como la memoria, los procesos de recordación, la espontaneidad en la colaboración con las autoridades, la identificación del agresor y de sus prendas de vestir, la huida de los involucrados del lugar de los hechos y las circunstancias que rodearon la percepción³⁶, pero también lo es que de ninguna manera explicó los motivos por los cuales esas específicas preguntas (acerca del día, el número y color de rayas de una camiseta, la ubicación exacta de un testigo, la posibilidad de percibir, etc.) eran esenciales en el caso concreto para los fines del contrainterrogatorio o para garantizar la eficacia del contradictorio.

Tampoco es ajustado a la realidad que el ad quem respondiera a tal postura con el argumento de que la juez a quo permitió una igualdad irregular al prohibir la formulación de preguntas sugestivas a ambas partes. Lo que adujo el Tribunal era que, a pesar de la política por parte de la funcionaria de no aceptar interrogantes de tal índole, en últimas sí los admitió. En palabras de la segunda instancia:

“Descendiendo al caso concreto, es cierto que la funcionaria manifestó que [las preguntas sugestivas] no eran permitidas en su Sala, situación que se pudo verificar en la declaración de Jeison Mauricio Reyes Pineda, cuando manifestó que ‘sigo con la tesis de que las preguntas sugestivas, capciosas, ni en el interrogativo [sic], ni en el contrainterrogatorio, no son admisibles en mi sala’, lo cual es impropio, pues las reglas son las mismas para todos los jueces y todas las partes en todas las salas de audiencia del país. Además del texto de la ley y de la doctrina del sistema acusatorio se deriva que la defensa tiene razón cuando invoca el derecho de usar las preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio. No obstante tal afirmación, esta corporación pudo verificar que sí permitió preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio, tal y como se verifica en la declaración rendida por Rodrigo Alfonso Doncel cuando de manera clara le indicó a la defensa de JORGE ARMANDO CONDE CELIS que tuviera cuidado con la forma en que formulaba las preguntas sugestivas porque no estaba claro cómo las estaba formulando; así mismo, la juez llamó la atención de la fiscal después de la objeción de la defensa por hacer tres preguntas sugestivas en el directo y le dice que todo el tiempo le ha dicho que no haga esa clase de preguntas”³⁷.

En consecuencia, el cargo no sólo está mal planteado desde el punto de vista formal, sino que además carece de argumentos claros y coherentes que permitan su admisión.

2.3. En cuanto al tercer cargo, el demandante solicitó la nulidad a partir del fallo de segunda instancia por vulneración del principio de la no reforma peyorativa consagrado en el inciso final del artículo 31 de la Constitución Política, según el cual el “superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

El recurrente, sin embargo, ni siquiera cumplió con la carga procesal de identificar la irregularidad cometida por el ad quem en relación con la garantía judicial involucrada, pues en determinado momento del escrito le reprochó al superior jerárquico el haberse excedido

en su competencia para pronunciarse acerca de la forma de participación del procesado, mientras que en otro censuró no haberse resuelto en la decisión de segunda instancia el problema jurídico planteado por el apelante (en el sentido de que a JORGE ARMANDO CONDE CELIS no se le podía condenar por pertenecer a la tribu urbana SHARP), y al mismo tiempo le cuestionó haberle agravado la situación al acusado tras sorprender a la defensa con argumentos distintos a los del a quo, relativos a la no participación conjunta de esta persona (a pesar de que había sido condenado a título de coautor impropio).

En otras palabras, el profesional del derecho invocó diversos temas jurídicos atinentes a situaciones fácticas y procesales distintas (como, por ejemplo, la competencia del superior jerárquico, la falta de motivación de las providencias judiciales y la congruencia predicable entre los argumentos de las instancias), sin que pudiera explicar las razones por las cuales tenían relación con el derecho fundamental aludido, más allá de la cita textual e inconexa de algunos apartes de la jurisprudencia constitucional concerniente a la prohibición de reforma en perjuicio.

Como si lo anterior fuese poco, el defensor de JORGE ARMANDO CONDE CELIS partió de supuestos contrarios a la realidad de lo decidido por las instancias. En primer lugar, el Tribunal sí tuvo en cuenta que no era posible condenar a los procesados únicamente con base en sus vínculos con el grupo SHARP y de ahí que al confirmar la absolución de David Gerardo Rodríguez Rico resolviera el problema que acerca del derecho penal de autor expuso el aquí demandante de la siguiente manera:

“Aprovecha la Sala para desde ya llamar la atención en que si bien, tal y como lo resaltaron los recurrentes de la defensa, en la sentencia se observa cierto grado de recelo respecto al hecho de que algunos de los participantes de la riña pertenecen a la tribu urbana Skinhead [sic] [es decir, SHARP], ésa es una razón que no se puede utilizar ni para condenar ni para absolver a los procesados; por lo anterior, se aclara que si

David Gerardo Rodríguez Rico no es declarado responsable por los delitos imputados por la Fiscalía, no es por el hecho de no ser Skinhead [sic], como así lo consideró el juzgado dentro de sus razones para absolver, sino porque como quedó establecido no existe prueba que lo vincule con la muerte de Luis Gabriel Doncel ”38.

En segundo lugar, tampoco es cierto que el móvil aludido por la juez en el fallo de primera instancia para que JORGE ARMANDO CONDE CELIS agrediera con arma blanca a la víctima fuera únicamente el compartir tanto la ideología como la estética de esa subcultura, sino también la existencia de un vínculo sentimental entre el procesado y Angie Johana Romero Quintero, también conocida como Ginger. En palabras del a quo:

“Evidente es que los hechos aquí juzgados surgieron en medio del reclamo que realizó Angie, alias singer [sic], a Luis Doncel por no haberla saludado cuando se la encontró en la tarde del 6 de octubre de 2007 en el barrio Fontibón. Así se probó con lo afirmado por los testigos presenciales Rodrigo Doncel, Edwin Arley Peña Pulido, Óscar Ramos y Alejandro Romero, requerimiento que fue acompañado por Julián Rodríguez Rico y finalmente por el propio JORGE ARMANDO CONDE, todos ellos unidos no sólo por la amistad, por la relación amorosa existente entre CONDE y Ginger, sino por la identidad de grupo e intereses que tenían por pertenecer al grupo skin denominado SHARP, grupo al que no pertenecía David Rodríguez Rico”39.

De ahí que el ad quem, al confirmar la absolución de David Gerardo Rodríguez Rico por motivos distintos a su pertenencia a los SHARP, y al revocar la condena de Julián Eduardo Rodríguez Rico en aplicación del principio in dubio pro reo, de ninguna manera contradijo, alteró o refutó la argumentación de la funcionaria relativa a que JORGE ARMANDO CONDE CELIS, o El irlandés, actuó en defensa del honor de su novia Angie Johana Romero Quintero, o Ginger.

En tercer lugar, si bien es cierto que el Tribunal estimó que los requisitos para que opere la figura de la coautoría impropia o funcional no concurrían en el absuelto Julián Eduardo Rodríguez Rico⁴⁰, también lo es que en ningún momento descartó la existencia de una coparticipación criminal en la mencionada pareja. En palabras de esa corporación, “se recaudaron testimonios que indican que fue JORGE ARMANDO CONDE quien en compañía de Angie o Ginger causaron las heridas que ocasionaron la muerte de Luis Gabriel Doncel Vanegas”⁴¹.

Finalmente, es menester recordar que la Corte ha concluido que, a lo largo del proceso, cualquier cambio en la argumentación jurídica, y sobre todo la concerniente al modo de participación en el injusto, no vulnera el principio de congruencia, ni mucho menos cualquier otra garantía o derecho fundamental en cabeza del procesado:

“[...] la Sala considera oportuno precisar que el principio de congruencia no se desconoce cuando en la sentencia se realizan valoraciones de tipo jurídico o dogmático distintas a las formuladas en la resolución de acusación o su equivalente, o bien a las consideradas por el Fiscal durante los alegatos finales, mientras ello no represente desde el punto de vista de la punibilidad un tratamiento desfavorable para los intereses del procesado ni tampoco altere el núcleo fáctico de la imputación.

“Por ejemplo: la Fiscalía profiere resolución de acusación en contra de un mando intermedio de una organización criminal, por la realización de la conducta punible de homicidio agravado a título de lo que en la doctrina nacional se conocía tradicionalmente como autor intelectual. En los alegatos finales, el representante del organismo acusador solicita la condena de esta persona como determinador, aduciendo que tal figura resulta más coherente desde el punto de vista sistemático de la teoría del delito que maneja. El funcionario de primera instancia, por su parte, lo sentencia como coautor del delito imputado, al considerar que participó en la

conducta atribuida con dominio del hecho funcional. Por último, después de ser apelada la providencia, el Tribunal la confirma, pero aclara que la participación del procesado fue a título de autor mediato en virtud de su pertenencia a una estructura organizada de poder.

"En ninguno de estos casos se desconocería el principio de congruencia, en la medida en que las consecuencias punitivas para cualquiera de las figuras señaladas (autor intelectual, determinador, coautor y autor mediato) resultarían idénticas a la inicialmente planteada.

"Tampoco se vulnerarían derechos fundamentales en cabeza del procesado, toda vez que la defensa técnica jamás podría verse sorprendida por un aspecto que, en últimas, no sería propio de la situación personal del procesado ni incidiría en el núcleo central de los hechos imputados en su contra, sino que es de corte académico o dogmático, o incluso argumentativo, y que por lo tanto depende del sistema de la teoría del delito que cada operador jurídico asuma, que debe ser del conocimiento y dominio de todos los profesionales del derecho

"Si no fuera de esta forma, se llegaría al absurdo de limitar de manera tan injustificada como contraria a derecho la autonomía e independencia de los funcionarios judiciales, pues cada asunto de tipo valorativo o dogmático quedaría sometido hasta el final del proceso al particular criterio del fiscal que profirió la acusación, aun cuando se tratase del reconocimiento de una categoría o concepto jurídico que admitiese la configuración de otras figuras que no representan consecuencias punitivas más graves para los intereses del procesado, y a pesar de que el juzgador estimase que desde su punto de vista sistemático o filosófico la propuesta formulada por el fiscal resulta absolutamente inaceptable"⁴².

Por lo tanto, el reproche es infundado.

2.4. En lo que al último cargo respecta, cuando en casación se plantean errores de hecho en la valoración de la prueba, como lo hizo el demandante en este caso, la Sala tiene dicho que a éste le asiste la carga procesal de precisar la clase de error que invoca, así como de demostrar en el caso concreto su ocurrencia, que puede obedecer a tres tipos:

El primero, el falso juicio de existencia, ocurre cuando al proferir la sentencia objeto del extraordinario recurso el juzgador omite valorar el contenido material de un medio de prueba que hace parte de la actuación (y que por lo tanto fue debidamente incorporado al expediente), o bien le concede valor probatorio a uno que jamás fue recaudado y, por consiguiente, supone su existencia.

El segundo, el falso juicio de identidad, que consiste en que el juez o el cuerpo colegiado, al emitir el fallo impugnado, distorsiona o tergiversa el contenido fáctico de determinado medio de prueba, haciéndole decir lo que en realidad no dice, bien sea porque realiza una lectura equivocada de su texto, o bien porque le agrega aspectos que no contiene, o bien porque omite tener en cuenta partes importantes del mismo.

Por último, el falso raciocinio, que se presenta cuando el funcionario se aleja al momento de valorar la prueba de los postulados de la sana crítica, es decir, de las leyes científicas, los principios de la lógica o las máximas de la experiencia.

Aunado a lo anterior, el demandante, al postular cualquiera de los errores en comento, tiene el deber de demostrar su trascendencia, aspecto que implica tener que valorar de nuevo el conjunto probatorio que sirvió de fundamento a las instancias, para evidenciar que con la exclusión del referido error la decisión materia de impugnación habría sido sustancialmente distinta a la adoptada.

En el presente asunto, el defensor de JORGE ARMANDO CONDE CELIS fue ambiguo e incoherente en la postulación de los diversos errores fácticos que en su opinión ostentaba la decisión de segunda instancia. Veamos.

En primer lugar, en el apartado que intituló “para el ad quem la ausencia de un móvil no implicó que JORGE ARMANDO CONDE CELIS no participara de los hechos que dieron muerte a Luis Gabriel Doncel Vanegas”⁴³, manifestó plantear un falso raciocinio, así como “un falso juicio de identidad porque omitió apreciar pruebas válida-mente aportadas al proceso”⁴⁴.

En el desarrollo de este último reproche, sin embargo, señaló luego que el Tribunal incurrió “en un falso juicio de existencia porque omitió apreciar pruebas que legalmente desfilaron en el juicio oral”⁴⁵, por lo que transgredió el principio lógico de no contradicción, que también rige en sede del extraordinario recurso, según el cual a nadie le es posible afirmar, respecto de una única situación, que algo es y no es al mismo tiempo⁴⁶.

En segundo lugar, es ajeno a la verdad del proceso que las instancias condenaron a JORGE ARMANDO CONDE CELIS sin haber establecido un motivo para la perpetración del injusto, pues como se sostuvo en precedencia (supra 2.3) el a quo afirmó que esta persona actuó “por la relación amorosa existente entre CONDE y Ginger”, postulado fáctico que, al no ser desvirtuado por el Tribunal, debía integrarse a la decisión de segundo grado en una unidad jurídica imposible de escindir.

De ahí que el demandante, en lugar de partir del supuesto infundado de que no hubo móvil y de proponer una falacia argumentativa a modo de vulneración de los principios de la lógica, debió atacar por la vía del falso raciocinio la regla de la experiencia implícita en el fallo de la juez, de acuerdo con la cual siempre o casi siempre que una mujer se siente ofendida y pide que la hagan respetar, su novio, pareja o compañero sentimental no

adopta una actitud pasiva.

En tercer lugar, aun en el evento de que las instancias no hubieran establecido una motivación por parte del procesado en la muerte violenta de Luis Gabriel Doncel Vanegas, la Sala ha precisado que en cualquier caso no constituye un elemento indispensable para la configuración típica de la conducta punible de homicidio:

“El libelista insiste en que en el proceso no se demostró el móvil y da a entender que por tal motivo no era viable proferir fallo condenatorio, enfoque que deviene desatinado porque el tipo de homicidio no exige para su configuración el móvil y, si bien tiene sentido para la determinación de la culpabilidad, no es de su esencia debido a que las motivaciones tienen importancia en cuanto demuestren el ingrediente subjetivo o constituyan una circunstancia de agravación punitiva, pero nada más, de manera que el dolo seguirá siéndolo cuando se tiene conciencia y voluntad de estar ocasionando la muerte de otro, cualquiera fuere el motivo para hacerlo.

”Sobre este aspecto, ha dicho la Sala:

”“... la ley no exige que para que se configure la responsabilidad en el delito de homicidio voluntario se pruebe el fin específico que se persigue con la conducta de ocasionar la muerte ajena, o el motivo que se tuvo para haber procedido de la aludida manera, sino sólo que voluntariamente se haya actuado con conocimiento de la ilicitud.

””Esto por cuanto en la dogmática actual la demostración del dolo es independiente de la prueba del motivo que determina al sujeto a consumir el hecho típico, de manera que aún siendo importante establecer las razones que motivaron la voluntad del agente puede ocurrir que esa causa, razón o fundamento del acto típicamente antijurídico se establezca y constituya elemento útil para comprobar la existencia del dolo, o de una circunstancia que modifique la punibilidad; o también que por tratarse el aspecto subjetivo referido a la esfera intangible del ser humano no logre acreditación en el proceso, bastando tan sólo

acreditar que el sujeto agente tuvo conocimiento de la ilicitud de la conducta y que se orientó con libertad a su ejecución, como así fue declarado en este caso, que es el límite de la función de juzgamiento”⁴⁷.

Y, en este caso, lo único que podía derivarse del móvil que estimó demostrado la primera instancia (es decir, que el acusado obró a raíz de una discusión originada en el hecho de que la víctima no había saludado a su novia) era la circunstancia específica de agravación contemplada en el numeral 4 del artículo 104 del Código Penal (“motivo abyecto o fútil”) que, por alguna razón, fue retirada por la representante de la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación.

En cuarto lugar, el recurrente (en una sección que denominó “para el ad quem la prueba reina de la responsabilidad penal de JORGE ARMANDO CONDE CELIS fueron los testimonios de Jeison Mauricio Reyes Pineda y Jim Eduardo Padilla Moreno –los falsos testigos–, quienes afirmaron –en contravía de toda la evidencia– haber visto a mi representado apuñalar al hoy occiso”⁴⁸) formuló errores de hecho que de ninguna manera son tales, como un falso juicio de identidad porque el Tribunal ‘cercenó’ del testimonio del primer testigo de cargo “lo que se logró establecer en el contrainterrogatorio: que mintió bajo la gravedad del juramento”⁴⁹ (negrillas en el original), o un falso juicio de existencia respecto del segundo porque el ad quem ‘supuso’ que el declarante se había referido al procesado “en su falsa y mentirosa –y seguramente pagada– declaración”⁵⁰.

En otras palabras, el falso juicio de identidad por cercenamiento y el falso juicio de existencia por suposición propuestos en el escrito de demanda no tuvieron un fin distinto al de cuestionar la credibilidad de los testigos de cargo (a quienes consideró falaces), aspecto que no es recurrible en sede de casación a menos que se demuestre la concreta vulneración de una regla de la sana crítica.

Lo que hizo entonces el profesional del derecho fue presentar un alegato de instancia, que a esta altura de la actuación no puede desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad del fallo del Tribunal, máxime cuando los argumentos de fondo que en últimas adujo refulgen a simple vista contrarios a la razón y al sentido común (como, por ejemplo, inferir que JORGE ARMANDO CONDE CELIS jamás pudo participar en la riña porque no había evidencia de ello en su rostro o en su vestimenta, o afirmar que el celador Jeison Mauricio Reyes Pineda nunca pudo verle el color de los ojos porque al preciso momento de la agresión se hallaba a más de diez metros del acusado, o sostener que la declaración de Jim Eduardo Padilla Moreno carece de toda eficacia probatoria porque a la fiscal se le olvidó pedirle que reconociera al agresor durante el juicio oral).

En consecuencia, como la Sala concluye que todos los reproches carecen de fundamentos, y como tampoco observa con ocasión del trámite procesal o de la decisión impugnada violación de los derechos fundamentales en cabeza de JORGE ARMANDO CONDE CELIS, ni la necesidad de garantizar cualquiera de los fines de la casación mediante un pronunciamiento de fondo, no hay razón alguna para superar las falencias que ostenta la demanda y, por lo tanto, ésta no será admitida, tal como está previsto en el artículo 184 de la ley 906 de 2004.

3. Teniendo en cuenta que contra la decisión de no admitir la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia, según lo establece el inciso 2º del artículo 184 de la ley 906 de 2004, es necesario aclarar que la Sala ha precisado la naturaleza y reglas que habrán de observarse para su aplicación de la siguiente manera⁵¹:

3.1. La insistencia es un mecanismo especial, de naturaleza distinta a los actos de impugnación propiamente dichos, que sólo puede ser promovido por el demandante dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia mediante la cual decide no admitir la demanda de casación.

3.2. La solicitud de insistencia puede ser elevada ante el Ministerio Público por intermedio de cualquiera de sus Delegados para la casación penal, a ante uno de los Magistrados que hayan salvado el voto en cuanto a la decisión mayoritaria de no admisión, o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión y no haya suscrito el referido auto.

3.3. Es facultativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en el que informará de ello al solicitante dentro de un plazo de quince días.

3.4. El auto mediante el cual no se admite la demanda trae como consecuencia la firmeza de la sentencia contra la que se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conduzca a la admisión del escrito.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de JORGE ARMANDO CONDE CELIS en contra del fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en relación con lo decidido.

Notifíquese y cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Tanto en sociología como en antropología y semiótica, la expresión tribu urbana suele ser empleada para referirse a todo grupo de personas que en ciertos entornos de ciudad se comporta conforme a la ideología de una subcultura (esto es, al conjunto de conductas, creencias y estéticas que los diferencia de la cultura dominante sin desvincularlos por completo de ella) y cuya existencia está por regla general asociada con la proliferación de distintos subgéneros musicales (como metal, punk, ska, hardcore, emo, etcétera), algunos de ellos de carácter underground, es decir, al margen de lo convencional o lo auspiciado corporativa-mente.

2 “Cabezas rapadas en contra de los prejuicios raciales”.

3 Es de anotar que, en el escrito acusatorio, la Fiscalía imputó desde el punto de

vista jurídico el delito de homicidio agravado, según lo señalado en los artículos 103 y 104 numerales 4 (“por motivo abyecto o fútil”), 6 (“[c]on sevicia”) y 7 (“[c]olocando a la víctima en situación de indefensión o interioridad o aprovechándose de esta situación”), modificados por el artículo 14 de la ley 890 de 2004. Sin embargo, en la audiencia de formulación correspondiente, la representante del organismo acusador retiró de la calificación tales agravantes.

4 Cf., entre muchos otros, autos de 4 de abril de 2006, radicación 24187, y 15 de mayo de 2008, radicación 28716. En el mismo sentido, sentencia de 30 de marzo de 2009, radicación 30710.

5 Cf. sentencia de 27 de octubre de 2008, radicación 29979.

6 Ibídem. Es de anotar que la Sala, en dicho caso, no declaró la nulidad de lo actuado en atención del principio de solución menos traumática.

7 Artículo 397-. Interrogatorio por el juez. Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso.

8 Sentencia de 4 de febrero de 2009, radicación 29415.

9 Sentencia de 10 de marzo de 2010, radicación 32868.

10 Folio 84 del cuaderno del Tribunal.

11 Ibídem.

12 Ibídem.

13 Folio 85 ibídem.

14 Ibídem.

15 Ibídem.

16 Folio 90 ibídem.

17 Ibídem.

18 Ibídem.

19 Folio 91 ibídem.

20 Folio 87 ibídem.

21 Folios 65-66 y 68-69 ibídem.

22 Folios 65 y 68 ibídem.

23 Folio 68 ibídem.

24 Tribunal Supremo de Puerto Rico, Pueblo vs. Pabón, 102 D. P. R. (1974), citado por Chiesa Aponte, Ernesto L., Tratado de derecho probatorio, Tomo I, Publicaciones JTS, Estados Unidos, Tomo I, p. 350.

25 Sentencia de 21 de febrero de 2007, radicación 18255.

26 Auto de 3 de mayo de 2007, radicación 26467.

27 Folio 67 del cuaderno del Tribunal. La providencia mencionada es la de 28 de noviembre de 2007, radicación 28511.

28 Folio 94 ibídem.

29 Ibídem.

30 Folio 95 ibídem.

31 Ibídem.

32 Ibídem.

33 Folio 96 ibídem.

34 Ibídem.

35 Folio 97 ibídem.

36 Ibídem.

37 Folio 67 ibídem.

38 Folio 54 ibídem.

39 Folio 370 de la carpeta del Juzgado.

40 Folio 63 del cuaderno del Tribunal.

41 Folio 62 ibídem.

42 Sentencia de 5 de diciembre de 2007, radicación 26513.

43 Folios 110-112 ibídem.

44 Folio 111 ibídem.

45 Folio 114 ibídem.

46 Cf. sentencia de 13 de febrero de 2008, radicación 21844.

47 Sentencia de 20 de octubre de 2005, radicación 19646.

48 Folios 119-130 ibídem.

49 Folio 121 ibídem.

50 Folio 127 ibídem.

51 Sentencia de 12 de diciembre de 2005, radicación 24322.