

Proceso n.º 33997

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 248

Bogotá D.C., cuatro (04) de agosto de dos mil diez (2010).

VISTOS

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de apropiada argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de CARLOS PANQUEVA BONILLA, en contra de la sentencia de 9 de diciembre de 2009, mediante la cual el Tribunal Superior de Arauca confirmó la emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cúcuta, (despacho que asumió el conocimiento ante el impedimento del Juez Único de la misma categoría de Arauca), por cuyo medio lo condenó como autor del delito de homicidio agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El aspecto fáctico fue presentado por el Tribunal así:

“... pasada la media noche del día 16 de agosto de 2008, cuando los soldados profesionales ADOLFO RUBIO URUEÑA y JOSÉ ARTURO SANTANA BELTRÁN se encontraban departiendo

en el establecimiento público 'TENTACIÓN CLUB', ubicado en la carrera 20 con calle 15 de Tame-Arauca, llegaron dos personas que portaban armas, dispararon e hirieron a SANTANA BELTRÁN, quien fue trasladado al Hospital de la localidad donde finalmente falleció".

Al presentarse en la madrugada Adolfo Rubio Urueña al Batallón "Navas Pardo" al cual pertenecía, reconoció como autor del atentado de su compañero a CARLOS PANQUEVA BONILLA, Alias "Sombra", desmovilizado de las FARC y colaborador del Ejército Nacional.

En audiencia preliminar cumplida el 18 de agosto de 2008 ante el Juez Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Arauca, se legalizó la captura de CARLOS PANQUEVA BONILLA. El ente investigador le formuló imputación por la posible comisión del delito de homicidio agravado por haber recaído la acción en una persona que ostentaba la calidad de servidor público, en concurso con porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, a la vez, solicitó le fuera impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva. El imputado no aceptó los cargos y se le afectó con la medida cautelar de carácter personal solicitada.

La Fiscalía presentó escrito de acusación y el 5 de noviembre de 2008 se cumplió en el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Arauca la audiencia de formulación de la misma por el delito de homicidio agravado (artículo 103 y 104 Numeral 10° del Código Penal), en concurso con porte ilegal de armas de fuego (artículo 365 íbidem, modificado por la Ley 1142 de 2007), con el incremento previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, al tiempo que le fueron incluidas las circunstancias de mayor punibilidad contempladas en los numerales 5° (indefensión de la víctima), 10° (coparticipación criminal) y 12 (conducta cometida contra servidor público) del artículo 58 del citado ordenamiento punitivo.

El 25 de marzo de 2009 un nuevo funcionario judicial designado para el juzgado de conocimiento, al momento de celebrar la audiencia preparatoria, declaró su impedimento por haber conocido con anterioridad del asunto cuando fungió temporalmente como Magistrado del Tribunal Superior de Arauca y participó en la decisión relacionada con una nulidad negada en primera instancia, por ello, aceptada tal circunstancia impeditiva por parte de esa Corporación, el Consejo Superior de la Judicatura, por no existir en Arauca otro despacho de la misma categoría, asignó el conocimiento al Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Cúcuta.

Evacuadas las audiencias preparatoria y de juicio oral y anunciado el sentido de fallo de carácter condenatorio, mediante sentencia de 9 de octubre de 2009 el citado despacho absolvió a CARLOS PANQUEVA BONILLA del delito de porte ilegal de armas de fuego (ante su falta de acreditación), pero lo condenó como autor del punible de homicidio agravado objeto de acusación, a la pena principal de cuatrocientos cincuenta (450) meses de prisión, así como a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de veinte (20) años, sin concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

Para esa tasación excluyó la circunstancia de mayor punibilidad imputada relacionada con haber cometido la acción contra un servidor público (artículo 58 numeral 10° del Código Penal) por cuanto ya concurría tal supuesto fáctico como causal de agravación para el delito de homicidio.

En virtud del recurso de apelación instaurado por el defensor, el Tribunal Superior de Arauca mediante decisión de 9 de diciembre de 2009 confirmó la sentencia.

Por lo anterior, insiste el mismo sujeto procesal a través de la impugnación extraordinaria con la respectiva demanda de casación, de cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

DEMANDA

Al amparo de las causales contempladas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 plantea los siguientes reparos:

PRMERA CAUSAL

Único cargo: Falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad

Tras reseñar que el derecho del procesado a ser escuchado en juicio se encuentra reconocido en instrumentos internacionales, en los artículos 29 de la [Constitución Política](#) y 8° de la Ley 906 de 2004, aduce que la juez de primera instancia en la audiencia de juicio oral impidió el ejercicio defensivo al no permitirle a PANQUEVA BONILLA ser oído con el argumento de que tal petición debió formularla en la audiencia preparatoria, cuando su versión de los hechos era imprescindible al mediar un testigo único que lo incriminaba.

Agrega que la actitud de la juez violó el derecho a la igualdad, pues “muchos jueces de la república aceptan el testimonio del acusado sin la limitación o restricción de haberse solicitado en audiencia preparatoria”, máxime que se trata de una garantía constitucional intangible, que no puede restringirse supeditándola a “cargas del todo superfluas como la demostración de la pertinencia, admisibilidad, utilidad, conducencia y demás.”

En consecuencia, solicita a la Sala casar la sentencia y rehacer la actuación desde el momento en que se presentó el yerro denunciado.

“SEGUNDA CAUSAL”

“Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial”—sic—

Luego de un recuento doctrinario relacionado con el testigo único, el libelista postula

que el Tribunal incurrió en “FALSOS JUICIOS DE IDENTIDAD, FALSOS JUICIOS DE EXISTENCIA Y FALSOS JUICIOS DE RACIOCINIO —sic— LO QUE ACARREÓ APLICACIÓN INDEBIDA Y FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 7º, 381, 404 DE LA LEY 906 DE 2004; ARTÍCULOS 27, 103 Y 104” (sin precisar de éstos el ordenamiento).

Para el censor, el testimonio de Adolfo Rubio Urueña no tiene contundencia para edificar la sentencia condenatoria en contra de su representado, por ser vacilante, contradictorio y diferir con las afirmaciones realizadas previamente en la entrevista.

En este sentido, estima que resultó desconocida la garantía de la presunción de inocencia del procesado por omitir considerar el juzgador: i) las condiciones de percepción del aludido testigo al carecer el lugar de buena visibilidad para que hubiera observado lo que dijo haber visto; ii) la velocidad y naturaleza de los hechos, pues al haber sido también agredido no tuvo tiempo de percibir los sucesos; iii) el estado de sanidad de sus sentidos al encontrarse ingiriendo licor, estado que no es ideal para una percepción fidedigna de los hechos; iv) la forma de sus respuestas cuando el defensor le puso de presente la entrevista para impugnar su credibilidad; v) lo extraño de poner en conocimiento de la autoridad el acontecimiento después de un tiempo considerable de ocurrido y sólo cuando tuvo a la vista al procesado, y v) la carencia de móvil al no revelar la investigación que el enjuiciado lo tuviera para quitarle la vida al soldado, cuando contrariamente, lo acreditado fue la inconveniencia que tal actitud podía derivarle ante sus planes de seguir prestando sus servicios como guía del Ejército Nacional.

De igual forma, pregonar que el Tribunal incurrió en un falso juicio de identidad en las pruebas de descargo: las declaraciones de Damaris Meche Márquez y Mery Gutiérrez Panqueva.

En cuanto a la primera testigo, porque pese a relatar que había permanecido durante todo el día y parte de la noche con el inculcado ingiriendo licor, no se compadece con las

reglas de la sana crítica que una persona durante ese tiempo y en esas condiciones pueda estar planeando un homicidio, sin conocer siquiera dónde puede estar ubicada su víctima.

Que tampoco guarda relación con la regla de la experiencia acerca de que los seres humanos actúan movidos por propósitos y cuando cometen actos atroces, excepto los pasionales, debe existir una mínima preparación o predisposición del espíritu, y aquí no resultaría admisible que quien los vaya a cometer se embriague previamente hasta la saciedad.

Aduce que además de no tener en cuenta el Tribunal que PANQUEVA BONILLA permaneció minutos antes del suceso durmiendo plácidamente en su hogar, le exigió una “prueba diabólica” para que él mismo acreditara no haber cometido el delito, pues le era imposible allegarla porque a la hora en la cual ocurrió el suceso (media noche) la experiencia indica que las personas duermen solas, a no ser que sean casadas o convivan con alguien.

Para el recurrente, igual error recayó en la apreciación del testimonio de Mery Gutiérrez, responsable de la casa en donde pernoctó el acusado la noche de los hechos, para lo cual transcribe apartes de su dicho.

Por lo tanto, solicita a la Corte casar el fallo a fin de absolver a su defendido del delito endilgado.

Segundo cargo (subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial

Postula un error de hecho por falso juicio de identidad que llevó a la aplicación indebida del numeral 10° del artículo 104 del Código Penal, al deducir el juzgador que el homicidio se produjo como consecuencia de ser el interfecto servidor público.

Pone de manifiesto que no se acreditó el móvil del delito, careciendo por lo mismo las sentencias de razón suficiente para incluir la aludida circunstancia de agravación al no obrar prueba demostrativa de que la voluntad de PANQUEVA BONILLA hubiera estado orientada por la condición que ostentaba la víctima.

Luego de destacar que el juzgador de primer grado basó esa causal por tener el ofendido la calidad de soldado y el procesado la de desmovilizado, lo cual fue avalado por el Tribunal al enfatizar que precisamente por esa situación fue reconocido éste por el testigo Adolfo Rubio Urueña, agregando que los agresores dispararon únicamente contra los uniformados, advierte el censor que tales razones sólo denotan el conocimiento de la condición de servidor público por parte del enjuiciado, pero no que su voluntad se haya exteriorizado para quitarle la vida a Santana Beltrán basado en esa especial investidura, lo cual en su parecer constituye un “defecto en la apreciación de la prueba, que obedece a un falso raciocinio”.

En este orden, solicita casar la sentencia al eliminar la circunstancia agravante y, consecuentemente, reducir la pena impuesta a su representado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los lineamientos que perfilan el recurso de casación bajo la égida

del sistema acusatorio implementado con la Ley 906 de 2004 lo instituyen como mecanismo de control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia en los procesos adelantados por delitos cuando se afecten los derechos o garantías fundamentales de las partes o de los intervinientes, de acuerdo con las causales legal y taxativamente señaladas, siempre que se satisfagan los fines para los cuales está previsto, a saber: buscar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos, así como la unificación de la jurisprudencia.

Con esa perspectiva, la pretensión del demandante ha de estar demarcada por el carácter teleológico del recurso, debiendo acreditar tal afectación de derechos o garantías fundamentales, señalar la causal por la que opta con el desarrollo adecuado de los cargos que le dan sustento y demostrar la necesidad del fallo de casación, so pena que por su incumplimiento el libelo no sea admitido.

Ese control constitucional y legal de la sentencia de segundo grado le imprime al recurso su carácter de extraordinario, de ahí que no escapen a él la observancia de las reglas de coherencia, precisión y claridad que conduzcan al cabal entendimiento del reparo.

Por lo expuesto, además de los fundamentos de lógica, de debida argumentación y de contenido que la Corte debe verificar al momento de estudiar la demanda, ha de analizar la necesidad de su intervención en sede de casación con miras a cumplir alguna de sus finalidades, porque si advierte la imperiosa protección o restauración de un derecho fundamental y por ello precisarse de fallo, deberá superar las falencias técnicas del libelo y ordenar su admisión, adquiriendo así prevalencia los fines del recurso.

Las anteriores precisiones le permiten a la Corte advertir que la equivocación del censor en los cargos al nominarlos por un lado, pero desarrollarlos por otro, les resta toda aptitud para su admisión.

En efecto, si bien la primera censura la anuncia como violación directa de la ley sustancial ante la exclusión evidente de preceptos de orden internacional integrantes del bloque de constitucionalidad que contemplan el derecho del procesado a ser oído, el argumento que expone estaría relacionado con un eventual yerro de garantía (propio de la causal segunda de casación) al limitar el juzgador de primera instancia el derecho de defensa del inculcado por no permitirle declarar en su propio juicio.

Igual dicotomía se advierte en el segundo reparo cuando el demandante escoge la causal basada en el desconocimiento de la estructura del debido proceso o la afectación de las garantías de las partes, pero fundamenta una violación indirecta de la ley sustancial.

A su turno, ratifica la no admisión del libelo al advertirse que, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso, porque las temáticas abordadas en los reproches no tienen incidencia en la decisión de condena que afectó a PANQUEVA BONILLA, ni tampoco se advierte agravio de sus derechos fundamentales, como se verá:

CAUSAL PRIMERA

Único cargo: Falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad.

Mediante un yerro de juicio pretende el censor mudar el fallo de

condena que cobijó a PANQUEVA BONILLA para lo cual denuncia la exclusión evidente de preceptos de orden internacional, integrantes del bloque de constitucionalidad, que contemplan el derecho del procesado a ser oído en juicio, no obstante, el desenvolvimiento que le imprime a la censura resulta a todas luces desafortunado con los fundamentos lógicos y de debida argumentación que se deben observar en sede casacional.

Del derecho fundamental al debido proceso se desprende como elemento basilar la garantía que el sujeto pasivo de la acción judicial penal sea oído y vencido en juicio como claro desarrollo del ejercicio defensivo, el cual está acompañado de la aducción de elementos de juicio que lleven a desvirtuar o controvertir los exhibidos en su contra y esclarecer de esa manera los hechos.

La propia manifestación del procesado durante el juicio se encuentra reconocida en la

Declaración Universal de Derechos Humanos¹, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Ley 74 de 1968)², y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Ley 16 de 1972)³

En el orden interno se encuentra inmersa en las garantías judiciales que se desprenden del debido proceso y del derecho de defensa contempladas en el artículo 29 del texto superior, desarrolladas luego en el artículo 8° de la Ley 906 de 2004 acerca de las prerrogativas que tiene el procesado en el enjuiciamiento acusatorio colombiano.

A la par de ese derecho a ser oído, se encuentra también el de guardar silencio como correlato de la garantía de no autoincriminación que también hace parte del ejercicio defensivo.

“Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados”.⁴ (Subrayas ajenas al texto)

El artículo 394 de la Ley 906 de 2004 establece el derecho a declarar del cual puede hacer uso el acusado concurriendo al proceso como testigo, y si bien por ello adquiere la calidad de testigo sometiénndose a las reglas propias de su práctica y valoración, encontrando en aquellas la recepción de juramento, la Corte Constitucional al confrontar tal precepto con el texto superior estableció su constitucionalidad condicionada en el entendido que;

...“el juramento prestado por el acusado o coacusado declarante no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta; y que, en todo caso, de ello se le informará previamente por el juez, así como del derecho que le asiste a guardar silencio y a no autoincriminarse. Ni del silencio, ni de la negativa a responder, pueden derivarse consecuencias penales adversas al declarante”⁵

Acerca de tal tópico esta Sala en decisión de 26 de octubre de 2007 (Radicación 27608) insistió en los factores de conducencia, pertinencia y utilidad que deben mediar para tal prueba, aun cuando la Fiscalía solicite realizar interrogatorio directo al acusado, cuando éste ha aceptado concurrir a la audiencia del juicio oral como testigo, pues sólo así,

“...pueden respetarse a cabalidad los principios de igualdad de armas, transparencia y verdad, pues, si se tiene claro que con su renuncia al derecho de guardar silencio, el procesado asume a la par el rol de testigo, facultando a la defensa interrogarlo sobre hechos y circunstancias trascendentes a la acusación, apenas natural se observa que en frente de este específico medio probatorio se otorgue a la contraparte, fiscalía, la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción o, para ser más exacto, de probar a través de este testigo aspectos relevantes de su teoría del caso.

“Desde luego, se agrega, si a la defensa, cuando cumpla con los presupuestos procesales de demostrar la conducencia y pertinencia de lo pedido, se le faculta para que pueda

interrogar directamente al testigo solicitado por la fiscalía, ya que lo requiere para sustentar algún aspecto de su teoría del caso, igual debe ocurrir con su contraparte, a efectos de que quede en pie el principio de igualdad de armas y se respete el equilibrio que ha de gobernar el trámite del juicio.

“Junto con ello, los principios de transparencia y lealtad imponen que, si al procesado se le permite renunciar en cualquier momento a su derecho de guardar silencio, no se sorprenda en el último minuto a la fiscalía con la presentación en el estrado del acusado, pudiendo el ente investigador ejercer en este momento su derecho y rol como parte, en búsqueda de la verdad, a través del mecanismo de interrogarlo sobre hechos trascendentes que quizás, por estrategia defensiva, no sean tratados por su contraparte.

“Porque, si la facultad de renunciar al derecho de guardar silencio, opera únicamente en cabeza del acusado, razón por la cual la fiscalía no puede solicitar como prueba el testimonio de este, así pueda sustentar su conducencia y pertinencia, cuando menos, en aras de equilibrar la posición de las partes en el debate público, ya de suyo puesta en entredicho, debe permitirse que el fiscal, ante la citada renuncia y visto que la defensa pretende hacer valer esa como prueba a su favor, actúe de forma similar, de advertir que ese mismo testigo posee información que soporta su propia pretensión.

“Por lo demás, si se trata, a su vez, de respaldar y hacer respetar los derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación, ello debe materializarse a través de la posibilidad de que esa verdad se obtenga de manera legítima incluso por boca del acusado, aquí paralelamente estimado en su papel de testigo.

“En este punto, debe anotarse que no se trata de privilegiar los derechos de una parte sobre la de la otra, o mejor, imponer por sobre los de el acusado, aquellos de la víctima.

“Al efecto, mírese cómo el artículo 8° de la Ley 906 de 2004, que regula los derechos del procesado, de ninguna manera señala algún tipo de limitación para que, renunciando a

su derecho de guardar silencio y acudiendo como testigo, no pueda ser objeto de interrogatorio directo por parte de la fiscalía.

“A su turno, el artículo 11 ibídem, garantiza los derechos de la víctima, entre los cuales destacan, para lo que se debate, el de acceso a la justicia, a ser oídas y que se les facilite aportar pruebas, dentro de los postulados generales de verdad, justicia y reparación (art. 137, Ley 906 de 2004).

“En consecuencia, no se afectan los derechos constitucionales y legales del procesado cuando se permite, dentro de los postulados de conducencia y pertinencia, que la fiscalía lo interroge directamente acerca de los hechos.

“Añádase, a lo anotado, que esa facultad de la fiscalía para conocer previamente a su aducción las pruebas que la defensa pretenda hacer valer en el juicio, y a partir de allí edificar su concreto mecanismo de controversia o enrutar la mejor manera de soportar su teoría del caso –incluso, huelga anotar, citando a ese testigo para que, en interrogatorio directo exponga el apartado o circunstancia específico que sustentan su pretensión, en términos de conducencia, pertinencia y licitud-, dimanara expresa de lo consignado en el inciso segundo del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, así redactado:

‘La fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la fiscalía los exámenes periciales que el hubieren sido practicados al acusado,’

“Ahora, como queda claro que el acusado puede renunciar en cualquier momento a su derecho de guardar silencio –desde luego, si se trata de presentarse en calidad de

testigo, ello tiene como límite la fase probatoria de la audiencia de juicio oral, en virtud del principio preclusivo de los actos procesales-, a la fiscalía le compete la carga procesal, si desea hacer uso del interrogatorio directo, esto es, presentarlo a su vez como su propio testigo, de sustentar la pertinencia y conducencia de lo deprecado –en otras palabras, indicar adecuadamente al juez cuál es el objeto concreto de la prueba-, asunto que, a despecho de lo decidido por el Tribunal en primera instancia, sólo puede operar cuando la defensa o el acusado hagan una dicha manifestación de renuncia al derecho de guardar silencio.

“Eso sí, como se viene reiterando, para que se cumpla la carga procesal establecida en la ley, cada una de las partes debe expresar con claridad cuál es el objeto específico para el que se llamará al declarante en interrogatorio directo, dentro de su particular pretensión, y corresponde al juez de conocimiento, seguidamente, verificar los aspectos de pertinencia, conducencia, licitud y necesidad, a efectos de admitir o inadmitir el medio deprecado”.

No obstante, para preservar el principio de igualdad de armas que informa el sistema acusatorio, la manifestación del procesado de acudir como testigo no puede hacerse al capricho de él o de su defensor, pues debe sujetarse a los parámetros legalmente establecidos para desarrollar la actividad probatoria mediante las fases de: descubrimiento, producción y aducción y valoración.

1. Con el descubrimiento probatorio, que se cumple en el escrito de acusación, en la audiencia de formulación de acusación y en la audiencia preparatoria, se busca que cada parte tenga el conocimiento de los elementos de prueba en poder de la otra a fin de evitar sorpresas al introducir allí elementos respecto de los cuales no se haya integrado debidamente el contradictorio.

La Fiscalía debe relacionar en el escrito de acusación todas las pruebas que pretenda

hacer valer en el juicio, señalar los hechos que no requieren prueba, transcribir las pruebas anticipadas que desee allegar y especificar nombres y datos de localización de los testigos y peritos que solicite, así como las evidencias que favorezcan al acusado, etc., en tanto que en la audiencia de formulación de acusación se materializará ese descubrimiento probatorio, con la clara misión del juez de velar que el mismo sea lo más completo posible.

A su turno, en la audiencia preparatoria cumplida la revelación probatoria de la Fiscalía, el juez debe verificar con las partes si hay observaciones al respecto.

Consecuentemente, el incumplimiento del deber de revelar información o posibles elementos demostrativos durante la fase de descubrimiento acarrea su imposibilidad de aducirlos al proceso, esto es, no pueden convertirse en prueba o practicarse en la audiencia de juicio oral, debiendo el juez rechazarlos a menos que se establezca que tal omisión obedeció a causas no imputables a la parte afectada.

En este orden, la producción y aducción de los medios de prueba,

“...necesariamente se cumple en el juicio y una vez que las partes hayan presentado su teoría del caso. En efecto, el artículo 371 de la Ley 906 de 2004, señala que ‘Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio. Al proceder a la práctica de las pruebas se observará el orden señalado en audiencia preparatoria y las reglas previstas en el capítulo siguiente de este código’.

“Salvo lo atinente a la prueba anticipada, resulta claro como desarrollo del principio de inmediación que el juzgador no solo tiene una relación directa con los intervinientes sino también con los expertos, testigos y demás medios de prueba y, por lo mismo, con el objeto del juicio, lo que sin duda le va otorgar un grado de conocimiento más certero, justo y equitativo, en cuanto al acontecer fáctico y a la responsabilidad penal, máxime cuando

en este sistema también impera el principio de prueba preparatoria, es decir, que los elementos materiales probatorios recaudados en la fase de investigación, deben repetirse, en algunos eventos, en la audiencia oral, para asegurar la oralidad, la publicidad, la controversia y la defensa”⁶.

Y si bien el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física fenece en la audiencia preparatoria, excepcionalmente el juez lo puede autorizar con posterioridad, según lo preceptuado en los artículos 344⁷ y 346⁸ de la Ley 906 de 2004.

En efecto, en desarrollo de la audiencia de juicio oral es posible que las partes puedan descubrir elementos materiales probatorios y evidencia física significativos, pasando obviamente por el tamiz o anuencia del juez cuando así lo decida una vez oídos los argumentos y considerado el perjuicio que pueda proyectarse al derecho de defensa o la integridad del juicio.

El alcance del citado artículo 344 lo ha delimitado la Corte en los siguientes términos:

“Existe, sin embargo, la posibilidad de que ya en el juicio oral alguna de las partes intervinientes solicite la práctica de una prueba, la cual podrá ser decretada por el Juez, si se reúnen las condiciones exigidas en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que ese medio de prueba solicitado se hubiere encontrado durante el desarrollo del juicio, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento y que, por ende, deba ser descubierto”.

“En tal evento, dice la norma, ‘oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio’, el Juez decidirá si excepcionalmente la prueba encontrada y solicitada es admisible o si debe excluirse”.

“Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes ‘encuentre’ o se entere sobre la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba, por alguna razón lógica y atendible”.

“No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe”⁹.

Precisamente, con esa óptica, la Corte en decisión adoptada en desarrollo de la audiencia de juicio oral el 16 de abril de 2010 (Radicación 31357) ante la solicitud de la defensa para presentar al acusado como testigo en su mismo proceso, aunque enfatizó que tal momento no era el más “ortodoxo” dentro de la sistemática de la Ley 906 de 2004, accedió a tal petición al estimar que con ello no se sorprendía a la Fiscalía, pues se le brindaba incluso una buena oportunidad para confirmar su teoría del caso, además, se conocía desde un inicio el comportamiento personal y procesal del acusado, los hechos y los elementos que fueron objeto de acusación.

La Corporación también argumentó que como los Instrumentos Internacionales que consagran la garantía de ser oído en juicio no establecen alguna excepción, era dable acceder escuchar e introducir el testimonio del acusado en clara aplicación al aludido inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004.

Pese a lo anterior, en el mismo caso, en aras de salvaguardar el principio de igualdad de armas, ante el pedimento de la Fiscalía para incorporar algunas versiones del acusado rendidas en el proceso disciplinario a fin de hacerlas valer eventualmente para impugnar su credibilidad —las cuales no había solicitado como pruebas por cuanto no

sabía que la defensa utilizaría el testimonio del procesado—, la Corte admitió también esa incorporación extraordinaria.

El asunto que concita la atención de la Sala, versa por la negativa de la juez en la audiencia de juicio oral de escuchar al procesado, en cuanto tal testimonio no había sido solicitado en la audiencia preparatoria.

En efecto, en la sesión de audiencia de juicio oral de 16 de julio de 2009 el apoderado del enjuiciado, luego de anunciar el encargo de su misión a un defensor suplente, adujo que eventualmente si su cliente deseaba renunciar a su derecho a guardar silencio, el profesional sustituto lo interrogaría, a lo cual la juez le replicó:

“Usted sabe perfectamente doctor que el acusado si va a intervenir lo hace en su calidad de testigo, incluso bajo la gravedad del juramento, eso quiere decir que es una prueba que usted ha debido ofrecer en su momento adecuado que fue la audiencia preparatoria y no lo hizo.”

También al finalizar el periodo probatorio, ante la insistencia de la defensa para escuchar al enjuiciado, la funcionaria, le indicó que tal intervención no podía formularse en cualquier fase procesal y que al tratarse de un testimonio debía sujetarse a las formalidades legales para su solicitud en claras fases preclusivas que el togado no había acatado:

“...si va a presentar su testimonio tiene que ajustarse a las reglas del testimonio y sabe muy bien que esas reglas del testimonio indican que deben solicitarse y decretarse en la etapa de la audiencia preparatoria lo cual no sucedió en este caso, sin que pueda decirse, en mi opinión, que es ahora, en este momento que se sabe para presentarse como testigo.”

Para la Sala, en efecto deviene evidente que aquí el interés de la defensa por escuchar en testimonio al procesado no podía catalogarse como un medio de prueba del cual se tuvo conocimiento única y exclusivamente en la audiencia de juicio oral, pues bien podía realizar la respectiva solicitud desde la audiencia preparatoria.

Y aunque con el antecedente jurisprudencial citado de la Corte (31357), en clara aplicación del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, es dable admitir extraordinariamente el testimonio del acusado como prueba muy significativa y por lo mismo trascendente, siempre que se respete el principio de igualdad de armas, en este caso resulta diáfano que el defensor ni antes, al momento de solicitar tardíamente que PANQUEVA BONILLA fuera escuchado en su juicio, ni ahora, al denunciar en casación la ausencia de esa prueba, expuso alguna razón tendiente a acreditar su alcance demostrativo o incidencia en la decisión de condena, seguramente por su postura acerca de que la garantía del procesado de ser oído no puede restringirse supeditándola a “cargas del todo superfluas como la demostración de la pertinencia, admisibilidad, utilidad, conducencia y demás”.

Con lo anterior, desconoce que tales postulados de conducencia, pertinencia, y no superfluo van ínsitos a la práctica probatoria: en el primero, se analiza si la realización o aporte del elemento de convicción está permitido legalmente para demostrar el objeto del proceso; en el segundo se mira el nexo del medio probatorio con lo que se quiere demostrar y su aptitud para denotar un aspecto de interés al diligenciamiento; en tanto que por el tercero se determina su utilidad en el sentido de que acredite algo que aún no ha sido comprobado en la actuación.

En este orden, se queda vacua la demostración del casacionista acerca del fin buscado al presentar como su testigo al acusado, pues ni allá, ni acá cumplió con la carga procesal que le competía, lo cual conlleva la no admisión de la censura.

“SEGUNDA CAUSAL”

Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial” —sic—

Además de la equivocación del censor respecto de la nominación de la causal y su desarrollo (la segunda corresponde al desconocimiento del debido proceso o de las garantías debidas a cualquiera de las partes), radica la censura en la violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de hecho haciendo su presentación inasible al formular coetáneamente las tres modalidades de ese yerro cuando afirma que el Tribunal incurrió “FALSOS JUICIOS DE IDENTIDAD, FALSOS JUICIOS DE EXISTENCIA Y FALSOS JUICIOS DE RACIOCINIO —SIC—”.

Ciertamente, para las modalidades de error fáctico el demandante en casación debe precisar si los juzgadores se equivocaron al apreciar la prueba, bien porque pese a obrar en el diligenciamiento no la valoraron (falso juicio de existencia por omisión); ya porque sin figurar en la actuación supusieron que allí aparecía y la tuvieron en cuenta en su decisión (falso juicio de existencia por suposición); ora porque al considerarla distorsionaron su contenido cercenándola, adicionándola o tergiversándola (falso juicio de identidad); o también, cuando sin incurrir en alguno de los yerros referidos derivaron del medio probatorio deducciones que contravienen los principios de la sana crítica, esto es, los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia (falso raciocinio).

Aquí, el defensor presentó los yerros de juicio por varios errores de aprehensión o valoración probatoria que en su parecer incurrió el Tribunal carentes de la necesaria explicación lógica y de su incidencia frente a la parte resolutive del fallo.

De otra parte, no conformó en debida forma la proposición jurídica, imperativo que se constituye en el referente y determinante para realizar una adecuada y lógica demostración del desafuero judicial, porque si bien cita varios preceptos normativos, no

explica cuál fue su sentido de violación, cuando solamente indica que el error judicial “ACARREÓ APLICACIÓN INDEBIDA Y FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 7°, 381, 404 DE LA LEY 906 DE 2004; ARTÍCULOS 27, 103 Y 104”, sin detallar de estos últimos el ordenamiento al cual pertenecen.

Muestra su discrepancia por la credibilidad otorgada al testimonio del soldado Adolfo Rubio Urueña, quien acompañaba a la víctima para el momento de los sucesos, porque en su parecer se constituyó en testigo único, y si bien pretéritas reglas de valoración probatorias se basaban en el principio de “testis unus testis nullus”, (un solo testigo, testigo nulo) desechando en sistemas tarifados el poder suasorio del declarante único, ahora, con la libre valoración acogida en nuestro medio procesal la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de interés en el proceso o demás circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia que permita llegar al estado de certeza.

Por lo tanto, si lo que pretendía el recurrente era aducir que el sentenciador no debió otorgarle crédito al testimonio en cita por no tener su relato rasgos de verosimilitud, debió plantear un error de hecho por falso raciocinio a fin de demostrar la irracionalidad en el proceso intelectual del fallador, esto es, que la conclusión judicial no es coherente como enseña la lógica, que se aleja de los principios predicables en un espacio teórico específico propio de la observación científica o que no está acorde con los juicios que se forman a partir de comportamientos sometidos a la identidad circunstancial que arrojan las reglas de la vida.

La Sala ha enfatizado en que el poder de persuasión otorgado a una prueba es tema ajeno al recurso extraordinario de casación toda vez que no existe tarifa legal o asignación ex ante del mérito de las declaraciones, pues conforme con el sistema de apreciación racional el operador judicial tiene cierto ámbito de discrecionalidad en la

valoración probatoria, el cual sólo encuentra límite en los postulados de la sana crítica.

Aunque el impugnante afirma que el juzgador no tuvo en cuenta las condiciones de percepción del aludido testigo por cuanto el lugar carecía de buena visibilidad para que hubiera observado lo que dijo haber visto, ni la forma en que se desarrollaron los hechos, ya que al haber sido también agredido no tuvo tiempo de percibir los sucesos, desconoce que con suficiencia el Tribunal destacó que tal relato acerca de que dos sujetos arribaron al establecimiento abierto al público y desde la puerta dispararon contra los dos miembros del Ejército que allí departían, guardaba correspondencia con los datos suministrados por la administradora del bar “Tentación Club”, Ruth Mira Romero Córdoba.

Precisamente, las condiciones de visibilidad quedaron dilucidadas con las mismas manifestaciones del testigo acerca de que adentro del bar se veía un poco, pero como afuera en la puerta había un bombillo, pudo ver bien a PANQUEVA BONILLA, incluso cuando en compañía de otro sujeto sacó de la pretina de su pantalón la pistola, existencia de luz ratificada por la administradora del lugar al clarificar que los soldados se sentaron en la barra al frente de la puerta, mediando una distancia aproximada de tres metros, circunstancias que por lo tanto permitían otorgarle valor suasorio a Rubio Urueña cerca del reconocimiento del agresor.

De la misma manera, el ad quem sopesó la crítica de la credibilidad que el defensor hizo en desarrollo del testimonio de Adolfo Rubio Urueña en la audiencia de juicio oral al ponerle de presente lo narrado en la entrevista recién ocurridos los hechos cuando dijo respecto del segundo agresor que sabía por donde vivía, en tanto que en dicha audiencia refirió no conocerlo, al destacar esa Corporación la deficiente impugnación pues,

“...no se le formularon al testigo las preguntas necesarias en relación con las

manifestaciones presuntamente contradictorias con el fin de provocar las explicaciones que han de ser valoradas por el fallador de instancia”.

Además, el Tribunal no encontró de gran entidad esa contradicción, referida al otro agresor, frente a la sindicación hecha a PANQUEVA BONILLA, en cuanto era entendible el reconocimiento de éste por haberlo visto con anterioridad en el batallón, dada la condición de informante del Ejército al servir de guía a la tropa por ciertos lugares inhóspitos en busca de miembros de grupos subversivos.

Por último, la extrañeza que para el censor constituye el haber avisado el soldado tardíamente a sus superiores con el señalamiento del ejecutor de su amigo (el hecho ocurrió pasada la medianoche, en tanto que el aviso fue hacia las nueve de la mañana), encontró justificación para la juez de primer grado ya que el testigo refirió que lo había hecho por temor,

“...si bien persona diferente puede considerar esta circunstancia como intrascendente y por tanto lejana a la verdad, quienes se encuentran dentro de las filas y por ende conocen el manejo interno de la institución son las únicas que saben si circunstancia como ésta, que, repito, lejos parece sin la gravedad suficiente para producir un despido, sea por lo general causante del alejamiento de la fuerza Militar, y además, como nos enseñan las reglas de experiencia, cada persona es dueña de sus propios temores, razón suficiente para que tal evento no me lleve a restarle crédito al testimonio analizado”.

También, pese a que el libelista radica un falso juicio de identidad en las pruebas de descargo: las declaraciones de Damaris Meche Márquez y Mery Gutiérrez Panqueva, el desarrollo que le imprime respecto de la primera corresponde a un falso raciocinio, porque lejos de poner en evidencia la distorsión de su expresión fáctica, señala que la ingesta de licor del procesado previa a los hechos hacía impensable que estuviera planeando la realización del homicidio, pero sin desarrollar tal postulado.

De igual forma, no explica en qué consistió el error probatorio en relación con la segunda declarante, pues sólo lo transcribe, dejando sin demostración lo que de tales aseveraciones se distorsionó en la decisión, sea con agregados que no corresponden a su texto, por cercenamiento de algunos de sus apartes o por la transmutación de su literalidad, falencias que en manera alguna la Corte puede enmendar.

En este sentido, desdeña las razones por las cuales para el Tribunal las pruebas de descargo no tenían la fuerza suficiente para exonerar de responsabilidad a PANQUEVA BONILLA, pues,

“...por un lado tenemos que la señora DAMARIS MECHE MÁRQUEZ, a quien se identifica como la novia del acusado, señaló que la noche de los hechos salió con él a rumbar y a tomar, lo dejó en la casa de la prima MERY GUTIÉRREZ a las 11:30 y se siguió en el taxi que la levó hasta su casa. En el contrainterrogatorio al que fue sometida expresó, que lo dejó en la casa pero no le consta que se haya quedado durmiendo.

“Por su parte MERY GUTIÉRREZ PANQUEVA, prima del acusado, aseguró que la noche de los hechos éste se encontraba con DAMARIS MECHE, que llegó en un taxi entre las 11:00 y 11:30 pasadas, y que después que él se acostó en el chinchorro no se dio cuenta que hubiera salido, y que se levantó más o menos a las 8:00 de la mañana.

“Vistas así las cosas, no es posible afirmar con carácter determinante que en el lugar y momento de los hechos CARLOS PANQUEVA BONILLA no se encontraba allí porque estaba en casa de su prima MERY GUTIÉRREZ PANQUEVA durmiendo, ya que eso no es lo que dicen los testigos como lo pretende asegurar la defensa. Por ello, La Sala comparte las conclusiones de la falladora de primer grado cuando al apreciar tales testimonios dentro del conjunto probatorio sentenció que ninguna de las dos testigos tiene conocimiento del lugar donde se encontraba PANQUEVA BONILLA ni de las actividades desarrolladas al momento de la ocurrencia del homicidio materia de

juzgamiento”. (Destacado no integrado).

Por lo tanto, el reproche no será admitido.

Segundo cargo (subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial

El falso juicio de identidad que llevó a aplicar indebidamente la circunstancia agravante prevista en el numeral 10° del artículo 104 del Código Penal al deducir el juzgador que el homicidio se produjo como consecuencia de que José Arturo Santana Beltrán era servidor público, tampoco cumple con los postulados requeridos para una adecuada demostración por versar su desarrollo en otra modalidad de error de hecho por falso raciocinio.

El carácter teleológico de la aludida causal de intensidad punitiva de que la víctima de un atentado de esa especie tenga la condición de empleado público, es que la conducta tenga relación con esa calidad, esto es, la misma se realiza en razón o motivada en ello.

Aquí el Tribunal, además de no dudar de la calidad de servidor público que ostentaba el interfecto al tener como tal para los efectos penales a los miembros de la Fuerza Pública (artículo 20 de la ley 599 de 2000), encontró que al estar también acreditada la categoría de desmovilizado de las FARC del enjuiciado y laborar precisamente en el batallón al que pertenecía Santana Beltrán, se establecía la conexión necesaria para estructurar la agravante:

“En suma, no se eliminará el agravante porque la valoración probatoria permite inferir que está vinculado al motivo del delito, fíjese que CARLOS PANQUEVA BONILLA desmovilizado y reinsertado trabajaba como guía en el mismo batallón donde laboraba el occiso y su compañero, que en razón de ello la condición de servidor público que ostentaba JOSÉ ARTURO SANTANA BELTRÁN y ADOLFO RUBIO UREÑA era conocida por el acusado, al punto que éste último precisamente por eso lo reconoce, que conforme se

demostró los agresores, entre los que estaba PANQUEVA BONILLA, llegan disparando únicamente contra los que estaban en la barra del bar, es decir, contra los dos soldados antes mencionados. Por ello, lógico resulta inferir con base en lo demostrado, que la razón de la muerte de SANTANA BELTRÁN a manos de PANQUEVA BONILLA fue su condición de miembro del Ejército Nacional”.

Como se concluye que la demanda no será admitida, es necesario señalar que no se observa con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación violación de derechos o garantías del procesado CARLOS PANQUEVA BONILLA, tampoco se ve la necesidad de superar los defectos del libelo para decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, para motivar la intervención oficiosa de la Corte.

Precisión final

En consideración a que contra la decisión de no admitir la demanda de casación presentada por la defensa, procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la Ley 906 de 2004, es necesario precisar que como allí no se regula su trámite, la Sala10 clarificó su naturaleza y definió las reglas que habrán de observarse para su aplicación, como sigue:

1. La insistencia es un mecanismo especial, ajeno a la naturaleza impugnatoria que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia mediante la cual la Sala decide no admitir la demanda de casación.
2. La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, ante uno de los Magistrados que hayan salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de no admitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión y no haya suscrito el referido

auto de no admisión.

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 que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.

4. El auto a través del cual no se admite la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión del libelo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de CARLOS PANQUEVA BONILLA, por las razones anotadas en la anterior motivación.

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

en los términos precisados por la Sala en la presente decisión.

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 Artículo 10° “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

2 Artículo 14.1: “...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.”

3 Artículo 8.1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones”.

4 Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 4 de noviembre de 1998.

5 Corte Constitucional. Sentencia C-782 de 28 de julio de 2005.

6 Corte Suprema de Justicia. Decisión de 11 de abril de 2007, radicación 26128. En el mismo sentido, proveído de 10 de octubre de 2007, radicación 28212.

7 “Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.

8 “Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada”

9 Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 24468.

10 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 12 de diciembre de 2005. Radicación 24322