

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

SP584-2018

Radicación n.º 50436

Acta n.º 72

Bogotá, D. C., siete (7) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

I. V I S T O S

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Hugo Hernán Guamanga Jiménez, Juan Camilo Jiménez Guamanga y Raúl Antonio Giraldo Londoño en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala de Decisión Penal, de fecha 28 de marzo de 2017, por medio de la cual revocó la absolutoria del Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar (Cauca), emitida el 27 de julio de 2016, y, en su lugar, condenó a los procesados como coautores de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

II. H E C H O S

La sentencia impugnada contiene la siguiente síntesis:

(...) la señora MARISOL GAVIRIA (...), el 9 de abril de 2014, siendo las 8 de la mañana, salió de su casa, ubicada en la vereda La Agencia, Municipio de Santa Rosa Cauca, en compañía de su esposo OLMEDO JIMÉNEZ GUAMANGA, con destino a su sitio de trabajo, ocurriendo que

en determinado punto, éste se adelantó en el camino, transcurriendo algunos minutos hasta que se oyeron varios disparos de arma de fuego, razón por la cual aquella corrió en dirección al lugar que había tomado su esposo, encontrándolo herido, alcanzándole a decir que lo estaban matando, pero se les había terminado la munición, observando a tres sujetos que lo seguían, distinguiéndolos como los hoy acusados, uno de los cuales, el señor HUGO HERNÁN GUAMANGA, llevaba un arma de fuego en sus manos, y sorprendido por verla, le lanzó una piedra que golpeó su rostro, emprendiendo en seguida todos ellos la huida del teatro de los acontecimientos.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. En audiencia preliminar celebrada el 23 de febrero de 2015 por el Juzgado Segundo Penal Municipal Ambulante con función de control de garantías de Popayán, la Fiscalía Primera Seccional de Bolívar (Cauca) le formuló imputación a los señores Hugo Hernán Guamanga Jiménez, Juan Camilo Jiménez Guamanga y Raúl Antonio Giraldo Londoño como coautores de los delitos de homicidio (artículo 103 del Código Penal) y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365 ibídem), verbo rector “portar”, cargos que no fueron aceptados por los imputados.

A continuación, en actuación concentrada, el despacho judicial precitado le impuso a los referidos medida de aseguramiento privativa de la libertad, consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. El 18 de junio de 2015, la misma Fiscalía radicó escrito de acusación contra los encartados, en los mismos términos de la formulación de imputación, advirtiéndole la aplicación del incremento punitivo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 y la reforma del artículo 365 del estatuto penal sustantivo por la Ley 1142 de 2007.

3. Correspondió adelantar el juicio al Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar (Cauca). Esa etapa procesal tuvo el desarrollo que se detalla a continuación. Formulación de acusación: 7

de julio de 2015. Audiencia preparatoria: 3 de diciembre de 2015. Juicio oral: 26 de mayo y 30 de junio de 2016. En la última de las fechas mencionadas, el juzgador anunció sentido de fallo absolutorio. Lectura de sentencia: 27 de julio de 2016.

4. La Fiscalía interpuso y sustentó el recurso ordinario de apelación, el cual fue desatado el 28 de marzo de 2017 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala de Decisión Penal, en el sentido de: (i) revocar la sentencia de primer grado y, en su reemplazo, condenar a Hugo Hernán Guamanga Jiménez, a Juan Camilo Jiménez Guamanga y a Raúl Antonio Giraldo Londoño como coautores de las conductas punibles de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; (ii) imponerle a cada uno de ellos la pena principal de 228 meses (es decir, 19 años) de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término; (iii) negarle la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria; (iv) ordenar su captura, la cual, respecto de Raúl Antonio Giraldo Londoño, se hizo efectiva el 19 de junio de 2017.

5. Oportunamente, el defensor de confianza de los encausados interpuso el recurso extraordinario de casación. Posteriormente, también en tiempo, presentó el libelo correspondiente.

IV. LA DEMANDA

El impugnante planteó un cargo único, al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, consistente en la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho consistente en falso juicio de identidad por tergiversación del testimonio de Marisol Gaviria (esposa del occiso).

A juicio del demandante, “(...) el entendimiento que le dio el Tribunal a la declaración de la señora MARISOL GAVIRIA pervierte su identidad por cuanto lo tergiversa, haciéndole decir lo que en realidad no dice la testigo, dada la equivocada lectura que de sus dichos realiza”.

Es así como estimó que la circunstancia del uso de capuchas por los agresores no puede tomarse únicamente como previa al momento del encuentro que la testigo dijo haber tenido con aquellos porque “(...) tal entendimiento no es el que se deduce de la elemental comprensión de la declaración integral ofrecida por la testigo (...)”. Al efecto, en la denuncia la señora Marisol Gaviria “(...) declara como si no hubiese percibido la presencia de los agresores en el teatro de los acontecimientos, por cuanto siempre se apoya en su relato en la versión a ella referida por su esposo (...)”.

En consecuencia, afirmó que a partir del contenido de la noticia criminal “(...) el Tribunal no puede deducir sin tergiversar la prueba, que la testigo se estaba refiriendo a dos escenarios distintos, uno cuyo conocimiento le fue transmitido por su esposo, y otro cuyo conocimiento obedece a una percepción directa (...)”. Esto lo llevó a sostener que el conocimiento que ella aportó fue de referencia.

En ese orden de ideas, le pareció aún más diciente la declaración de Marisol Gaviria ante Acción Social, la cual fue empleada por la defensa para impugnar su credibilidad, pues allí no nombró a los hoy procesados como los posibles agresores.

Por otra parte, adujo que como luego de la impugnación de credibilidad la Fiscalía no hizo uso del interrogatorio re directo, el testimonio quedó “(...) con los desaciertos advertidos, que de manera alguna puede en segunda instancia el a quo (sic) proceder a darles el ‘entendimiento debido’ puesto que necesariamente irrumpe en escenarios propios de las partes, favoreciendo como en este caso a la Fiscalía mediante la ‘aclaración’ del dicho de la testigo (...)”. Si otra hubiese sido la actuación de la Fiscalía, “(...) la defensa hubiese contado con la oportunidad de proponer el re contra directo, instrumento que por lo acaecido debe ser utilizado en el recurso de casación”.

Por lo expresado, solicitó “la infirmación total de la sentencia recurrida”, para que prime la aplicación del principio in dubio pro reo.

V. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. En términos generales, el defensor reiteró los postulados y pretensiones de su demanda.

2. La Fiscal Séptima Delegada ante la Corte (E) expresó que el cargo no está llamado a prosperar porque es evidente que el fallador de segunda instancia no realizó una lectura equivocada del testimonio de Marisol Gaviria, no le agregó aspectos no contenidos en su dicho y las premisas con las que edificó su decisión respetaron la genuina expresión de la declarante.

Dicha funcionaria contradijo al recurrente indicando que en la recepción de ese testimonio la Fiscalía sí hizo uso del interrogatorio re directo, pese a que en la audiencia el censor hubiera sostenido lo contrario.

También consideró que las aparentes inconsistencias aludidas por el defensor carecen de trascendencia en casación, pues no pueden excluir lo dicho en conjunto por la testigo, en quien no media un ápice de retractación o de contradicción.

Por todo lo anterior, solicitó a la Corte no casar el fallo recurrido.

3. Por último, la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal se sumó a la solicitud de la Fiscal, por considerar que no existió la tergiversación denunciada, ya que lo que el tribunal consideró como dos escenarios diferentes fueron dos momentos distintos del acontecer fáctico.

En resumen, por considerar inexistente el yerro alegado, solicitó a la Corte no casar el fallo demandado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala ha precisado que el error de hecho por falso juicio de identidad consiste “(...) en el manifiesto desconocimiento del contenido de la prueba fundante de la sentencia, ya sea por adición, tergiversación o cercenamiento”. Así mismo, que “(...) la comprobación del vicio es relativamente sencilla porque se reduce a verificar la relación de discordancia entre el conocimiento objetivamente expresado por el medio y el declarado por la sentencia”. (CSJ AP4282-2017, 5 jul. 2017, rad. 49919).

Aunque tales no fueron los vicios denunciados por el casacionista, no sobra anotar que un cotejo del testimonio rendido por la señora Marisol Gaviria (recogido en medio audio visual) con los apartes citados por el tribunal y los hechos que tuvo como acreditados con ese medio de prueba, permite constatar que ese sentenciador no lo adicionó ni lo cercenó, es decir, no le agregó ni le quitó elementos.

Circunscrito, entonces, el asunto por dilucidar a la acción de tergiversar, cabe acotar que por tal debe entenderse, según el Diccionario de la Real Academia Española: “Dar una interpretación forzada o errónea a palabras o acontecimientos”.

La interpretación que el tribunal hizo del testimonio de Marisol Gaviria, cuya credibilidad fue impugnada por la defensa alegando la existencia de contradicción con manifestaciones anteriores de la declarante, fue la siguiente:

No existe -entonces- contradicción alguna en la versión de la testigo MARISOL GAVIRIA, ya que su afirmación de haber visto a los agresores con el rostro descubierto, se refiere a ese posterior momento, en tanto que la comunicación que le hizo su esposo OLMEDO, y que ella transmitió en las oportunidades señaladas, tenía que ver con el instante en que fue lesionado con arma de fuego por aquellos, y en el cual, según el dicho del señor OLMEDO, los mismos llevaban la cara cubierta.

De acuerdo con lo analizado, es evidente que se equivocó el señor juez, en este aparte de su valoración probatoria, al desestimar el testimonio de la señora MARISOL GAVIRIA, con el

argumento que había afirmado en el juicio oral, que los agresores estaban con la cara descubierta, pero que en la noticia criminal y en una petición elevada ante Acción Social ‘indicó que los agresores estaban con sus rostros cubiertos’, ya que no diferenció que cada una de tales afirmaciones, se refería a instantes diversos, tanto en el tiempo como en el espacio del acontecer delictuoso, como se ha puesto de presente en acápites anteriores: el primero, cuando fue herido el señor OLMEDO, en el que no estuvo presente la señora MARISOL, quien solo afirmó lo que le contó su esposo, esto es, que los agresores estaban encapuchados, y el segundo, momentos después, cuando ella tuvo oportunidad de ver a los hoy acusados ‘bajar’ detrás de su esposo ya herido, que fue el instante en el cual ella se refirió para señalar que vio a los citados, con la cara descubierta (fol. 289 vto. y 288).

Pues bien, un testimonio es una narración o relato circunstanciado de hechos, que puede constar de uno o más episodios. En el mismo es posible distinguir la existencia de circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como la existencia de una trama que se desenvuelve desde su génesis hasta su terminación, vale decir: inicio, desarrollo y desenlace.

Y la declaración de la señora Marisol Gaviria no es una excepción. En tal sentido obsérvese que:

Inició con la mención de un viaje, esto es el desplazamiento de un punto de partida a uno de destino, bajo unas coordenadas de tiempo y espacio. En horas de la mañana del 9 de abril de 2014, los esposos Marisol Gaviria y Olmedo Jiménez salieron de su casa y tomaron un camino que los conducía a su sitio de trabajo (récord 52:42 en adelante, archivo 1). Al paso de la declarante, ordinariamente se demoraban una hora en cubrir ese trayecto (récord 00:17 a 00:50, archivo 2).

Luego, los caminantes se separaron: ella se detuvo a darle alimento a unos peces (unas truchas que tiene en un lote), mientras que Olmedo Jiménez siguió adelante, con una “bestia

cargada” (récord 52:42 en adelante, archivo 1). Como el señor Olmedo Jiménez prosiguió su marcha mientras que Marisol Gaviria se detuvo en un punto específico y se ocupó en el cumplimiento de una labor que le demandaba cierto tiempo, es obvio entender que se produjo un distanciamiento material entre los esposos y que a partir de allí cada uno se encontró en un escenario diverso, entendido éste como lugar en el espacio.

Transcurrido un tiempo, Marisol Gaviria escuchó disparos y, como ella y Olmedo estaban amenazados, pensó en su esposo y salió en su busca. Se produjo entonces el reencuentro: “(...) cuando lo encontré ya él bajaba herido (...)”. En ese momento, “(...) me dijo que le habían disparado pero que se les había acabado la munición (...) y detrás de él venían los tres señores aquí presentes (...)” (archivo 1, récord 52:42 a 54:10).

De acuerdo con lo anterior, es obvio entender que Marisol Gaviria no estaba junto a Olmedo Jiménez en el momento en que éste fue impactado por proyectiles de arma de fuego. Aunque escuchó los disparos, se hallaba en otro lugar.

Por otra parte, el tiempo empleado por Marisol Gaviria en su desplazamiento, transcurrido desde la percepción auditiva de los disparos hasta el reencuentro con su esposo, así como la acción de movimiento implícita en la expresión “bajaba herido”, indican una separación temporal y espacial entre dos episodios: el de los disparos y el de la reunión de los esposos. Entre ellos medió la huida de Olmedo Jiménez. Y ello quedó aún más claro gracias al contra interrogatorio:

Defensor: ¿Usted presenció cuando ellos lo agredían, a su esposo?

Marisol Gaviria: No señor, yo los encontré cuando ellos bajaban detrás de él, ya él bajaba herido.

Defensor: ¿O sea que usted no vio si ellos le disparaban a él?

Marisol Gaviria: No señor. (Archivo 2, récord 10:14 a 10:42).

Entonces, se cae de su peso entender que sí existieron los dos diferentes momentos o escenarios referidos por el tribunal: (1) el de la agresión o percusión de los proyectiles de arma de fuego contra el hoy occiso; y, (2) el del encuentro de Marisol Gaviria tanto con su esposo como con quienes “bajaban detrás de él”.

Así mismo, es indudable que la información suministrada por la testigo provino de dos fuentes diferentes: (1) el dicho de su esposo y, (2) su propia percepción, puramente auditiva en el caso de los disparos y por medio de todos sus sentidos a partir del encuentro con Olmedo Jiménez y quienes “bajaban detrás de él”. Así lo evidenció la propia declarante al responder el interrogatorio re directo:

Fiscal: ¿Igualmente y en las declaraciones que la defensa le ha colocado en sus manos usted denunció estos hechos por manifestaciones que su esposo le hizo?

Marisol Gaviria: En base a las manifestaciones que él me hizo y lo que yo miré porque yo presencié lo que estaba pasando. (Archivo 2, récord 24:31 a 25:03).

En este orden de ideas, no constituye tergiversación del dicho de la declarante entender que cuando ella, al formular la denuncia, afirmó “(...) mi marido dijo que ellos estaban encapuchados (...)”, esa circunstancia del ocultamiento del rostro fue previa o concomitante a los disparos y que no persistía cuando Marisol Gaviria se encontró con quienes “bajaban detrás” de su esposo y los percibió tan directa y frontalmente que: (i) los reconoció; (ii) resultó lesionada por la pedrada que le lanzó uno de ellos; y, (iii) los obligó a huir blandiendo la peinilla que llevaba consigo:

Marisol Gaviria: (...) detrás de él venían los tres señores aquí presentes... Entonces ellos se sorprendieron... ah, cuando bajaban ellos bajaban con armas, cuando ellos me miraron a mí se sorprendieron y el señor Guamanga (lo señala) me pegó una pedrada (...). (Archivo 1,

récord 52:42 a 56:03).

Fiscal: ¿Es decir que usted ya conocía estas tres personas con antelación a la muerte del señor Olmedo?

Marisol Gaviria: Si señor.

Fiscal: ¿Usted, como lo ha referido en esta declaración, nos podría indicar entonces cuáles fueron las personas que para el 9 de abril de 2014 segaron la vida del señor Olmedo Jiménez Guamanga y, pues si las mismas se encuentran presentes en esta audiencia, señalarlas?

Marisol Gaviria: Claro que sí señor. El señor Hugo Guamanga, el que está de camisa a rayas. Camilo, camisa rosada. Y Raúl, de camisa azul. (Archivo 2, récord 08:20 a 09:06).

Defensor: ¿Ellos tenían sus rostros tapados?

Marisol Gaviria: No señor.

Defensor: ¿Ellos no tenían nada en la cara?

Marisol Gaviria: No señor. (Archivo 2, récord 11:20 a 11:35).

Por tanto, al no existir contradicción entre lo testificado por Marisol Gaviria en el juicio oral y lo expuesto por ella en “Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías” (artículo 403-4 de la Ley 906 de 2004), no erró el tribunal al no acoger la impugnación de credibilidad planteada por el defensor.

A propósito de ello, debe recordarse la precisión efectuada por la Corte en el sentido que la impugnación de la credibilidad del testigo “(...) es una técnica del interrogatorio que puede ser empleada por las partes e intervinientes durante el juicio para hacer ver al juez de

conocimiento la incongruencia de los relatos, en los términos del artículo 403 de la Ley 906 de 2004 (...)", pero que "(...) en estricto sentido, no corresponde a ninguna regla de valoración del testimonio, sino, se recaba, a un mecanismo de confrontación probatoria propia del debate oral" (CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40058).

Por ende, si bien quien impugna debe cumplir unos pasos, que en el esquema más simplificado corresponden a confirmar o comprometer, acreditar y confrontar, aún producido el agotamiento de los mismos, e incluso si la contra parte no hizo uso de la posibilidad de rehabilitar al testigo (que no fue lo acontecido en este caso, pese a lo afirmado por el casacionista), ello no significa que automáticamente quede destruida la credibilidad del deponente, pues al juez le corresponde realizar la apreciación de su declaración y en tal labor podrá determinar, v.gr., si en verdad existe la contradicción alegada y si ésta recae o no sobre un aspecto esencial. De ahí que la doctrina advierta a los litigantes:

En un sistema de libre valoración, en cambio, esto no es así en absoluto: la única pregunta relevante para los jueces es si en verdad creen que el testigo esté mintiendo por este cambio de versión, o si creen que dicho cambio no alcanza a restar solidez a su testimonio. Entonces, sólo en aquellos casos en donde las declaraciones actuales cambien en forma importante la versión de los hechos en una porción de los mismos que es relevante, este mecanismo será efectivo. En el resto de los casos es mejor utilizar otras herramientas del contra examen y no perder el tiempo demostrándole al tribunal cuestiones irrelevantes para el juzgamiento final del caso. El procedimiento para manifestar inconsistencias constituye una promesa muy fuerte al tribunal de que algo serio ha ocurrido. La mejor forma de defraudarlo es ocuparlo para inconsistencias irrelevantes: es como abrir fuego con un cañón de salva, que después del primer disparo ya no asusta a nadie. (BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. LITIGACIÓN PENAL. Juicio oral y prueba. Fondo de Cultura Económica. México, 2005. Pág. 272).

Ahora, como el tribunal, según se vio al inicio de estas consideraciones, no adicionó el testimonio de Marisol Gaviria es totalmente infundado el reproche del demandante en el sentido que irrumpió en el terreno propio de las partes mediante la “aclaración” del dicho de la testigo, porque cumplió la actuación que le correspondía a la Fiscalía y lo privó de la oportunidad de re contra interrogar.

En efecto, el tribunal no le agregó nuevas manifestaciones al dicho de Marisol Gaviria. Trabajó con las proposiciones que arrojó la actividad probatoria de las partes. Por tanto, no aclaró el dicho de la testigo sino que lo captó en su cabal sentido.

Por otra parte, no es cierto que el Fiscal se hubiera abstenido de emplear el interrogatorio re directo ni que el defensor no hubiera agotado el último turno del examen cruzado de la testigo, pues lo contrario consta en el archivo 2, de récord 23:45 a 26:38.

Finalmente, en relación con la declaración que Marisol Gaviria rindió ante Acción Social para reclamar ayuda por desplazamiento forzado, la testigo se adelantó a la impugnación del defensor, aclarando lo siguiente:

Defensor: ¿Para que le dieran esa ayuda en Acción Social usted les informó algo acerca de cómo ocurrieron los hechos?

Marisol Gaviria: Claro que sí, una declaración, una pequeña declaración y, pero a esa declaración no le anexé nombres sino que dijo la señora que me recibía la declaración, que le anexáramos la copia de la denuncia, de la que usted me hizo acabar de leer. (Archivo 2, récord 18:30 a 19:31).

Y la reacción del Fiscal no se hizo esperar, pues le inquirió a la deponente en qué calidad había rendido esa declaración, a lo que ésta respondió que como desplazada. Con esto indudablemente el acusador quiso significar que esa exposición no tenía por propósito la persecución penal de los homicidas, lo que sí suponía su identificación.

En conclusión, tal como lo sostuvieron las representantes de la Fiscalía y del Ministerio Público en la audiencia de sustentación, el cargo formulado por el casacionista es infundado y, por tanto, no está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

1. No casar la sentencia demandada, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala de Decisión Penal, de fecha 28 de marzo de 2017, por medio de la cual condenó a los señores Hugo Hernán Guamanga Jiménez, Juan Camilo Jiménez Guamanga y Raúl Antonio Giraldo Londoño como coautores de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

2. Devolver la actuación al tribunal de origen.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria