

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

AP3517-2019

Radicación n°53778

(Aprobado acta n°. 209)

Bogotá, D.C., veinte (20) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala si es procedente admitir la demanda de casación presentada por el defensor de Carlos José Geliz Zapata contra la sentencia dictada el 4 de julio de 2018, por el Tribunal Superior de Cúcuta, que confirmó la emitida por el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad y condenó al procesado como autor del delito de homicidio agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS

El Tribunal resumió la cuestión fáctica, conforme fue descrita en la sentencia de primera instancia:

Respecto a la forma como ocurrieron los hechos que originaron la acción penal, se deduce de las pruebas incorporadas al juicio, que aproximadamente a las tres de la tarde del día 7 de junio de 2011, se encontraban las víctimas frente a la casa de cambio denominada EL CALVO, ubicada en el Corregimiento de La Parada, municipio de Villa del Rosario (Norte de

Santander), cuando llegaron tres individuos, quienes abrieron fuego contra un vehículo automotor que estaba desocupado y que no se veía que lo estaba y al rato llegó en el que se desplazaban las víctimas abriendo fuego contra el mismo, ante lo cual el conductor pretendió huir, desplazamiento logrado durante unos pocos metros, dada la congestión vehicular existente en el momento, procediendo entonces los delincuentes a llegar hasta el lugar donde debieron detenerse y seguir disparando, para obtener como resultado la muerte de todos ellos, producto de las heridas producidas en sus humanidades, iniciándose en consecuencia las labores investigativas correspondientes, dentro de las cuales fueron referenciados por los testigos sus autores con los alias de EL CALEÑO, EL PAISA y EL GUAJIRO, señalado éste último como CARLOS JOSÉ GELIZ ZAPATA”¹.

ACTUACIÓN PROCESAL

2. El 29 de mayo de 2012, ante el Juzgado 2º Penal Municipal con función de control de garantías ambulante de Cúcuta, se llevó a cabo audiencia de legalización de captura, formulación de imputación por el delito de homicidio agravado en concurso homogéneo, y en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y concierto para delinquir agravado, cargos que no aceptó Carlos José Geliz Zapata quien fue afectado con medida de aseguramiento intramural².

3. El 13 de septiembre siguiente se radicó el escrito de acusación por las mismas conductas punibles, previstas en los artículos 103, 104-7, 365 y 340-2 del Código Penal³ y su formulación verbal tuvo lugar el 22 de abril de 2013, bajo la dirección del Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado con funciones de conocimiento de la misma ciudad⁴.

4. La audiencia preparatoria se realizó los días 18 y 31 de octubre siguientes⁵ y el debate oral se desarrolló en varias sesiones que iniciaron el 26 de septiembre de 2014⁶ y culminaron el 5 de marzo de 2018, fecha en que se anunció sentido de fallo condenatorio en relación con el homicidio agravado y absolutorio respecto de las demás conductas

punibles⁷ .

5. El 27 de abril de 2018, el despacho dictó el fallo de rigor, por cuyo medio condenó a Carlos José Geliz Zapata como autor del delito de homicidio agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, a la pena de cuatrocientos sesenta (460) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años, sin derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni a la prisión domiciliaria.

Lo absolvió de los punibles de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y concierto para delinquir agravado⁸.

6. El 4 de julio de 2018, el Tribunal Superior de Cúcuta, al desatar el recurso de apelación incoado por la defensa del procesado, confirmó en su integridad la decisión del A quo⁹.

LA DEMANDA

La libelista, tras reseñar los hechos y la actuación procesal e identificar la sentencia impugnada, formula un cargo con sustento en la causal segunda de casación, por desconocimiento del debido proceso, cuya protección se pretende como finalidad del presente recurso.

En concreto, reprocha que la sentencia condenatoria fue proferida en un juicio viciado de nulidad, porque la Fiscalía realizó el descubrimiento probatorio en la audiencia preparatoria, sorprendiendo al juez y a la defensa, con solicitudes que desbordan su trámite normal.

Con sustento en jurisprudencia de esta Corporación (cita la sentencia dictada el 29 de junio de 2007, rad. 27608), destaca que lo ocurrido en este caso vulnera la garantía al debido proceso pues, el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, señala que dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de

pruebas y compele a la Fiscalía General de la Nación que así lo haga, y el canon 346 de la misma normativa determina las sanciones que conlleva la falta de ese descubrimiento.

En este caso, el juez de conocimiento acertadamente rechazó los dos elementos probatorios solicitados tardíamente por la fiscalía, en la audiencia preparatoria, pero lamentablemente la sala mayoritaria del Tribunal los aceptó, sin atender al salvamento de voto de uno de los magistrados.

Enseguida, concreta así las anomalías ocurridas:

1. El 22 de abril de 2013, la fiscalía dio lectura del escrito de acusación, sin descubrir a la defensa los testigos que se hallaban bajo reserva de identidad.
2. El 18 de octubre siguiente, en plena audiencia preparatoria, la fiscalía adicionó el escrito de acusación, alegando que descubría los nombres de los testigos bajo reserva de identidad, al haberse percatado que no habían sido revelados, siendo ellos, Edinson de Jesús Rodríguez López y José Gustavo Vélez López, quienes declararían en el juicio oral.
3. Sin embargo, el Tribunal Superior de Cúcuta decretó las pruebas en mención, pese a que en la etapa preparatoria es a la defensa a la que legalmente le corresponde revelar sus evidencias con las que controvertirá las del ente instructor.

Esa situación generó dos yerros ostensibles pues, no haber conocido oportunamente los testigos bajo reserva de identidad, impidió preparar la refutación de manera adecuada, porque se hacía necesario saber las características de la personalidad de los testigos y si existía algún tipo de animadversión o relación con alguna de las partes, lo que repercutiría en la imparcialidad de un juicio justo y objetivo, en igualdad de armas, en garantía del debido proceso que cobija a todo acusado.

La estructura de la actuación también se vio afectada al habersele permitido al delegado

instructor realizar adiciones al escrito de acusación en sede diferente a la preestablecida en el procedimiento, situación que traduce desventaja, pues no solo se sorprende a las partes e intervinientes, en especial a la defensa, con elementos probatorios nuevos, sino que le cierra la posibilidad de buscar nuevas evidencias o elementos materiales probatorios para restarle credibilidad a los testigos que, de manera tardía, descubrió la Fiscalía y que alteró el trámite de la audiencia preparatoria.

En punto de los principios que rigen las nulidades, el Ad quem desacertó a señalar que como la defensa pudo contrainterrogar a los testigos bajo reserva de identidad, ello convalida la actuación, pues la doctrina ha dicho que cuando se afecte el derecho fundamental a la defensa, no es posible aplicar esta clase de principios para sanear el proceso.

En orden a concretar la trascendencia del yerro, repite que, en este caso, se alteró el trámite legalmente establecido, mediante la extemporánea e ilegal solicitud de la Fiscalía, ratificada en su momento por la sala mayoritaria del Tribunal, y luego en el fallo de segunda instancia se dice que el salvamento de voto es un simple criterio jurídico que avalaba el rechazo del juzgador. Por consiguiente, se trata de una flagrante violación al debido proceso.

Soporta lo anterior con jurisprudencia constitucional y penal y precisa que el yerro causó un perjuicio al procesado, quien ahora debe purgar una alta condena, lo que incidió en el ejercicio de la defensa al no permitírsele adelantar su labor referente a la contradicción, controversia y refutación de los testigos bajo reserva de identidad, descubiertos en la fase preparatoria, cuando ya no contaba con términos procesales para investigar por las características personales, interés o carencia de imparcialidad de los mismos.

Aduce como normas vulneradas los artículos 29 de la Carta Política y 6°, 356 y 457 de la Ley 906 de 2004 y solicita se case la sentencia recurrida, decretando la nulidad de lo

actuado desde la audiencia preparatoria, cuando el juez rechazó las pruebas solicitadas por la Fiscalía y se desarrolle el juicio oral conforme a la ley procesal vigente.

CONSIDERACIONES

1. En el contexto de la regulación consagrada en la Ley 906 de 2004, la admisión de una demanda está sometida al cumplimiento de determinados requisitos formales orientados a demostrar el acaecimiento de ostensibles errores judiciales que ameriten la intervención de la Corte, porque no se trata de un espacio procesal semejante al de las instancias, que permita prolongar un debate ampliamente superado.

Con ese propósito, se debe comprobar que el fallo de casación es indispensable para alcanzar alguna de las finalidades consagradas en el artículo 180 de la citada normativa¹⁰, con observancia de los presupuestos de lógica y debida argumentación inherentes a cada causal y el respeto a las reglas que rigen la impugnación extraordinaria.

De manera que, si el censor carece de interés jurídico para recurrir, o no se señala el motivo en que se apoya la pretensión, o deja de fundamentar los cargos de manera clara y precisa, surge incuestionable la inadmisión del libelo, salvo que la Sala advierta la necesidad de un pronunciamiento de fondo para alcanzar alguno de los objetivos del recurso, caso en el cual, superará los defectos de la demanda, tal como lo ordena el artículo 184 ejusdem.

2. A la luz de las anteriores precisiones, el libelo que se examina será inadmitido porque sin dificultad se constata la ausencia de los mínimos requisitos para la viabilidad del recurso.

Lo primero que importa mencionar es que cuando se acude a la causal segunda de casación, para demandar el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes, es imperativo atender a unas determinadas exigencias para su admisión.

En ese entendido, al casacionista le corresponde identificar el yerro protuberante que presenta el fallo y evidenciar su ocurrencia a través de una argumentación lógica y explicativa de las razones por las cuales no es posible mantener vigente su estructura jurídica.

Para un completo y suficiente planteamiento del cargo, además de identificar el motivo sobre el cual gira la irregularidad denunciada, así como la causal de nulidad que se configura, las normas que se exhiben vulneradas y el momento procesal a partir del cual se debe invalidar la actuación, también debe atender a los principios que gobiernan el instituto, haciendo ver que no hay otra manera de superar el daño o perjuicio causado por la incorrección, toda vez que el recurso no se puede fundamentar en simples hipótesis.

3. En el único cargo que postula la actora, pregonar el desconocimiento del debido proceso, pero los fundamentos que ofrece no evidencian el acaecimiento de un tal desafuero, cuya demostración debe partir por identificar el acto irregular y la manera como éste afectó la integridad de la actuación o vulneró las garantías procesales.

Lo anterior porque, al pregonar que la Fiscalía realizó el descubrimiento probatorio en la audiencia preparatoria, sorprendiendo al juez y a la defensa con solicitudes que desbordan su trámite normal y en desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, es nítido que intenta prolongar la misma discusión que en su momento fue resuelta de manera adversa por el Tribunal, al desatar el recurso de apelación formulado por el delegado instructor, contra la decisión de la juez de conocimiento, de rechazar los testimonios con reserva de identidad.

Ilustrativo resulta traer a colación la mayor parte de dicho pronunciamiento, emitido por la colegiatura el 15 de enero de 2014:

Es claro entonces, que el legislador al momento de desarrollar lo que el constituyente implementó mediante el acto legislativo 03 de 2002, consideró que los únicos momentos

procesales que tiene la Fiscalía General de la Nación, de forma imperativa y perentoria, son; inicialmente en el escrito de acusación y su complemento en la respectiva audiencia de formulación de acusación, claro está sin perjuicio del breve descubrimiento que se debe hacer para sustentar las solicitudes de legalización de captura, formular imputación e imposición de medida de aseguramiento. Además de la posibilidad de solicitar pruebas de forma excepcional como prueba sobreviniente, pero siempre y cuando no se haya tenido conocimiento de ellas en las etapas procesales pertinentes para su descubrimiento.

Para el caso de estudio, se tiene que el día 13 de septiembre del año 2012 la Fiscalía General de la Nación por medio de su delegado, presentó ante el centro de servicios administrativos escrito de acusación donde discriminó todos y cada uno de los elementos materiales probatorios y evidencia física que tenía a su disposición, con los cuales formularía acusación; posteriormente el día 22 de abril del presente año se realizó la audiencia de formulación de acusación, donde se dio lectura de forma taxativa al escrito de acusación.

Al inicio de la audiencia preparatoria celebrada el 18 de octubre de 2013, el señor Fiscal solicita el uso de la palabra para hacer las aclaraciones correspondientes, indicando que la audiencia de acusación no fue realizada por él, que es encargado de llevar el caso, sino por su compañera Fiscal, la doctora Cecilia Gómez de Luna, quien no supo explicar lo relacionado en los ítem 21 y 22 del acápite de testigos, elementos materiales probatorios y evidencia física, donde se trata es de dos testigos bajo reserva de identidad, sin revelar los nombres de los mismos, pero para ello hizo énfasis en la declaración jurada bajo reserva del 23 y 24 de agosto de 2011. Aduce de igual manera, que se omitió el nombre de los testigos, con el fin de preservar su humanidad e integridad, toda vez que se trata de un caso grave de alta connotación, máxime cuando son de personas que fueron testigos presenciales de los hechos.

Por su parte la señora Juez Segundo Penal del Circuito especializado, al momento de decretar las pruebas solicitadas por las partes no aceptó los testimonios de los testigos bajo

reserva de identidad cuyos nombres corresponden a los señores Edinson Jesús Rodríguez López y José Gustavo Vélez López, con el argumento de que al acceder a la pretensión del señor Fiscal, se estaría violando la igualdad de armas que rige el sistema penal acusatorio, por lo cual el señor Fiscal y el Ministerio Público interponen recurso de apelación en contra de dicha decisión.

Por lo anterior, desde ya la Sala indica que no comparte lo decidido por la señora Juez de instancia, toda vez que se pudo verificar, tanto en el CD de la audiencia, como en el escrito de acusación aportado, sin atenernos a los formalismos, que la Fiscalía descubrió de forma oportuna los testimonios rechazados, aunado a ello la señora defensora el 08 de Agosto del año que avanza recibió el traslado de 164 folios del contenido de los elementos materiales probatorios y evidencia física con que contaba la Fiscalía en ese momento, donde aparece la declaración jurada bajo reserva de identidad que rindieron esos testigos (folios 192 a 196 y 197 al 200).

Ahora bien, lo que se puede apreciar es que el Ente Persecutor Penal al no dar a conocer los nombres de los testigos bajo reserva de identidad, lo que quiso fue advertir fue velar por su protección, con el único fin de salvaguardar su integridad personal ya que se trata de unas personas que fueron testigos directos de los hechos, “pues presenciaron cómo el acá acusado y dos personas más dispararon contra los ocupantes del vehículo y luego huyeron del lugar de los hechos¹¹, amparado en el numeral 4 del artículo 345 de la ley (sic) 906 de 2004, norma que para esta Sala se ajusta al caso concreto, y por ello el Ente Fiscal se limitó a descubrir las declaraciones juradas bajo reserva de identidad, reservando los nombres de esos testigos, solo con el fin de que se generara un perjuicio para la investigación, pues para nadie es un secreto que estas personas deben ser protegidas para evitar que sean víctimas de agresiones contra su integridad, con el fin de que no comparezcan a juicio a deponer sobre lo ocurrido.

En este orden, la reseña procesal anterior acredita que la defensa con posterioridad a la

audiencia de formulación de acusación hasta la fase preparatoria, conoció con suficiencia los elementos materiales probatorios y evidencia física detallados en el escrito de acusación, descubiertos en las actuaciones pertinentes, entre los cuales se hallaban las declaraciones juradas bajo reserva de identidad que corresponden a los señores Edinson Jesús Rodríguez López y José Gustavo Vélez López, de manera que ninguna violación de la fiscalía al descubrimiento probatorio se confirma.

Así las cosas, se tiene que para el caso concreto, la Fiscalía cumplió con la tarea o carga procesal dilucidada en líneas atrás, al descubrir bajo los preceptos del numeral 4 del artículo 345 del C.P.P., las declaraciones juradas de Edinson Jesús Rodríguez López y José Gustavo Vélez López, razón suficiente para que la decisión impugnada sea revocada y estos últimos sean aceptados¹².

La anterior transcripción muestra que la demandante quebranta el principio de corrección material, que impone fundamentar los ataques en total correspondencia con la realidad procesal, toda vez que se sustrae de controvertir la descripción de lo ocurrido en torno a los testigos con reserva de identidad y que condujo al Ad quem a establecer que esa pretensión probatoria sí había sido descubierta oportunamente, pues se hallaba consignada en los numerales 21 y 22 del escrito de acusación, el cual fue leído textualmente en la audiencia de formulación. Tampoco menciona en su escrito, lo reseñado por la colegiatura, referente al traslado que obtuvo de los 164 folios, contentivos de los elementos materiales probatorios y evidencia física de la Fiscalía, por lo cual pudo conocer, con posterioridad a la audiencia de acusación y hasta la fase preparatoria, el contenido de las declaraciones juradas rendidas por los testigos tantas veces mencionados.

La censorsa se cuida de hacer comentario alguno al respecto y solo destaca los aspectos formales que sirven a su pretensión, para hacer ver que en la audiencia preparatoria, sede diferente a la legalmente establecida, el instructor adicionó su escrito de acusación alegando que descubriría los nombres de los testigos bajo reserva de identidad, cuando,

según quedó visto, el escrito de acusación ya aludía a los mismos pero, como el Ad quem lo puso de presente, la reserva de sus nombres obedeció a la necesidad de brindarles protección.

Además, carece de utilidad aludir al salvamento de voto de uno de los integrantes de la sala de decisión que ordenó aceptar los testimonios bajo reserva de identidad porque, tal manifestación no hace parte de la decisión adoptada.

De otra parte, en cuanto al perjuicio que pretende acreditar, aduce la demandante que no haber conocido oportunamente a los testigos bajo reserva de identidad le impidió preparar la refutación de manera adecuada, porque se hacía necesario saber las características de la personalidad de los testigos y si existía algún tipo de animadversión o relación con alguna de las partes.

Al respecto importa señalar que, al revisar las diligencias tales argumentos se quedan sin respaldo, porque adicional a lo expuesto, en el sentido que la defensa sí pudo conocer con antelación al juicio, los nombres y el contenido de las declaraciones juradas rendidas por los testigos con reserva de identidad, también se puede añadir que si la Fiscalía dio a conocer los nombres de los testigos con reserva de identidad desde el 25 de septiembre de 2013, según adición al escrito de acusación radicado en esa fecha¹³, no se entiende la razón por la cual no adelantó tales verificaciones, siendo que, a partir de ese momento, transcurrió un año para la iniciación del juicio oral, cuya primera sesión se adelantó el 26 de septiembre de 2014¹⁴.

La Sala también constata, que la aludida refutación fue un acto que la defensa agotó frente al único testigo con reserva de identidad que compareció al juicio, al momento del contrainterrogatorio, como igualmente lo expuso el Tribunal en la sentencia, en estos términos:

Al verificar el proceso en su integridad, dio inicio del juicio oral, luego se llevó a cabo el

debate probatorio a cargo de la Fiscalía, donde se construyeron las pruebas de cargo, sometidas a los principios rectores de Contradicción, Inmediación y Publicidad, específicamente en el caso del testigo EDINSON DE JESÚS RODRÍGUEZ LÓPEZ (testigo bajo reserva de identidad), la señora defensora realizó el contrainterrogatorio, oportunidad en la que además reprochó su credibilidad y censuró apartes de la versión rendida en juicio oral, empleando los mismos testigos de cargo, como el perito balístico, como explicaremos más adelante (subrayas originales)¹⁵.

El conocimiento de la personalidad de los testigos, para establecer la existencia de animadversión o relación con alguna de las partes, termina por ser un pretexto para obtener una revaluación del asunto, distinta a la adoptada en las instancias, pues, en definitiva, no le dio desarrollo ni demostración a la causal de nulidad propuesta.

4. De todo lo anterior, se concluye que no es procedente admitir la demanda para un pronunciamiento de mayor fondo, y tampoco se encuentran causales ostensibles de nulidad ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales.

5. Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Corte desde el año 2005, en CSJ AP, 12 dic.2005, rad. 24322 y precisadas en AP-3481-201416.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda formulada a nombre de Carlos José Geliz Zapata.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con el artículo 184, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folios 6 y 7 Cuaderno del Tribunal.
- 2 Folios 36 y 37 Cuaderno original 1.
- 3 Folios 14 a 19 lb.
- 4 Folio 62 lb.
- 5 Folios 75, 76, 79 y 80 lb.
- 6 Folio 100 lb.
- 7 Folio 22 Cuaderno original 2.

- 8 Folios 38 a 46 lb.
- 9 Folios 6 a 28 Cuaderno del Tribunal.
- 10 La efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.
- 11 Apartes de la intervención del señor Fiscal en la audiencia del 31 de octubre de 2013, al momento de sustentar el recurso de apelación [cita inserta en el texto original].
- 12 Folios 19 a 22 Cuadernillo del Tribunal.
- 13 Folio 73 Cuaderno original 1.
- 14 Folio 100 lb.
- 15 Folio 18 Cuaderno del Tribunal.
- 16 Radicado 42597.