

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP1273-2021

Radicación No. 55298

(Aprobado Acta No. 084)

Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por los apoderados de DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS, contra la sentencia de 16 de noviembre de 2018 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, mediante la cual confirma la proferida el 22 de noviembre de 2017 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Simití, que lo condenó a quinientos diez (510) meses de prisión por los delitos de homicidio agravado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado y lesiones personales, en concurso.

HECHOS

En la tarde del 18 de junio de 2011, Armando Guerrero Ortega, Didier Herney Vaca y Víctor Alfonso Hernández Lozano se encontraban ingiriendo licor en un taller de mecánica de propiedad del primero, ubicado en el barrio San Isidro del municipio de Santa Rosa del Sur (Bolívar). Al lugar arribó DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS cerca de las nueve de la noche.

A medianoche, acordaron hacer un aporte para la compra de licor y comida. DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS entregó un billete de diez mil pesos (\$10.000.00) a Armando Guerrero Ortega, quien por halarlo, lo rompió. Por lo sucedido, prometió reintegrar el billete por otro de igual denominación y asumió por completo los gastos. Sin embargo, DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS, ofendido, manifestó que no toleraría esa clase de humillaciones.

Luego de una corta discusión que, en apariencia, había culminado en buenos términos,

MEDINA ROJAS abandonó el lugar. Diez minutos después regresó en una motocicleta y con revolver en mano, disparó contra Armando Guerrero Ortega en la región infraclavicular. Al percatarse de lo sucedido, Víctor Alfonso Hernández Lozano se abalanza contra el agresor y forcejean hasta que recibe de aquel un disparo en la mano derecha.

ANTECEDENTES

El 27 de julio de 2014, en audiencia preliminar ante el Juzgado 73 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, la fiscalía formuló imputación a MEDINA ROJAS por los delitos de homicidio agravado (arts. 103 y 104 núm. 7 del C.P.), fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado (art. 365 núm. 1 C.P.) y lesiones personales (arts. 111 y 112 del C.P.), en concurso. De igual manera, le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

En audiencia del 11 de noviembre de 2014, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Simití (Bolívar) sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por su lugar de residencia¹.

El 19 de septiembre de ese año, la fiscalía radicó el escrito de acusación, en iguales términos que la imputación²; y, en audiencia del 8 de julio de 2015, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Simití, lo verbalizó.

El 8 de agosto de 2015 se llevó a cabo la audiencia preparatoria y la de juicio oral, en sesiones del 10 de septiembre, 20 de octubre, 24 de noviembre de 2015, 13 y 19 de julio de 2017, en esta última se anunció el sentido condenatorio del fallo.

El 22 de noviembre de 2017, el juez condenó a DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS a quinientos diez (510) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años. Le negó el mecanismo sustitutivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria³.

Apelado el fallo por la defensa técnica del sentenciado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena lo confirmó en sentencia del 16 de noviembre de 2018⁴.

Los defensores del condenado interpusieron el recurso extraordinario de casación y presentaron la respectiva demanda.

En auto del 6 de febrero de 2020 se admitió la demanda de casación y el 19 de junio siguiente, conforme lo dispuesto en el Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020, se corrió traslado a los demandantes y a los no recurrentes para que presentaran sus alegatos de sustentación y refutación por escrito.

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, el Fiscal Once Delegado ante la

Corte, la representante de la víctima y el defensor allegaron los escritos respectivos.

DE LA IMPUGNACIÓN

El libelista formula dos cargos, uno principal y otro subsidiario.

Cargo primero.

Con sustento en la causal 2ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurrente aduce como cargo principal que se vulneró el debido proceso, en punto de la defensa técnica.

Reprocha a su predecesor la pasividad en la etapa de indagación. Considera que debió inquirir en la prueba del ente acusador o manifestar que su representado tenía intención de presentarse al proceso para evitar la imposición de la medida de aseguramiento.

Señala que en la audiencia preparatoria el juez no interrogó al defensor sobre si tenía elementos probatorios por descubrir, al paso que este tampoco enunció ni solicitó prueba alguna que pretendiera hacer valer en el proceso, en su lugar, manifestó que controvertiría

la prueba del fiscal en la vista pública.

Acota que la defensa jamás fijó una estrategia defensiva. A su juicio, el profesional del derecho debió preferir los mecanismos de terminación anticipada del proceso “más cuando era consciente que no tenía cómo defender los intereses de su defendido”.

Afirma que su predecesor desconoció por completo las reglas del interrogatorio. Además, la fiscalía solicitó la incorporación de la entrevista de uno de los testigos, pero la defensa no se opuso. Tal fue su falta de experticia que, sumado a lo anterior, al resolver la apelación, el Tribunal le reprochó haber expuesto argumentos carentes de los más mínimos fundamentos.

Por lo expuesto, pide que se declare la nulidad desde la audiencia preparatoria para que se rehaga la actuación, esta vez, prevalido de un defensor idóneo.

Cargo segundo.

Con fundamento en la causal 1ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, a título subsidiario, el demandante considera que en el caso concreto no era aplicable la circunstancia agravante descrita en el numeral 1º del artículo 365 del C.P.

Afirma que el uso de la moto no potenció el riesgo del bien jurídico de la seguridad pública, dado que no fue utilizado como medida para asegurar el accionar del arma de fuego. Dicha circunstancia agravante, resalta, está prevista para los casos de fleteo o sicariato que, de acuerdo con los supuestos fácticos expuestos, no es el que concita la atención de la Corte.

Por lo expuesto, solicita se redosifique la pena sin la aludida agravante.

SUSTENTACIÓN ESCRITA

1. Apoderado del procesado.

Radica su disentimiento, en primer lugar, en que la “absurda” pasividad del entonces apoderado de MEDINA ROJAS, en particular, desde la audiencia preparatoria, afectó el debido proceso en punto al derecho de defensa técnica del sentenciado, a causa de una indebida comprensión del tipo penal, la teoría del caso y las técnicas del contrainterrogatorio en juicio por parte del profesional.

Afirma que el deficiente desempeño de su predecesor impidió que se obtuviera un mejor

resultado, por medio de una terminación negociada del proceso, en condiciones favorables al interesado.

Según el libelista “el sentido común enseña que se debe propender por un preacuerdo con el ente acusador” y que “si bien es cierto es una decisión autónoma del acusado, aquí no ocurrió por una ausencia total de la defensa técnica”.

Resalta que la trascendencia de la afectación en las garantías fundamentales del procesado radica en que no tuvo “oportunidades reales de comparecer en igualdad de armas ante los Jueces” ni pudo “optar por un camino distinto menos lesivo”. Aunado a que el juzgador de primer grado, ante tal situación, se abstuvo de garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.

Dice que, ante el abrumador arsenal probatorio de la Fiscalía, el defensor prefirió no solicitar pruebas para, en su lugar, manifestar que contrainterrogaría a los testigos de cargo con el propósito de demostrar la no responsabilidad de su defendido. Sin embargo, en juicio oral, el abogado dirigió a los testigos preguntas directas para explicar o ratificar lo expuesto, en lugar de acudir a las sugestivas, cerradas o dirigidas, siendo éstas propias del interrogatorio cruzado para refutar en todo o en parte lo que contestó el testigo, según el artículo 393 del C.P.P.

Cuestionó el abogado que haya permitido la incorporación de entrevistas previas así como de los informes de policía judicial, sin aducir ningún reparo y pese a que los declarantes acudieron personalmente a deponer en estrados.

Con fundamento en lo expuesto, solicita se reconozca la afectación al derecho de defensa técnica y, como consecuencia de ello, se declare la nulidad del proceso desde el inicio de la audiencia preparatoria, inclusive.

De otra parte, asevera el demandante que los falladores de instancia incurrieron en error in iudicando al tener por demostrada la circunstancia agravante de que trata el numeral 1º del artículo 365 del C.P.

Afirma que la descripción fáctica es insuficiente para imponer la agravante en comento. El que DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS se haya transportado en una motocicleta, llevando consigo un arma de fuego no potencializó el ataque al bien jurídico de la seguridad pública.

El acusado no tuvo “encaletada” el arma ni el rodante fue utilizado como medio para asegurar el uso de aquella. Considera que esta circunstancia se aplica cuando la motocicleta está asociada a determinada actividad delictiva, como el fleteo, sicariato o paseo millonario.

Por lo expuesto, insiste en su solicitud subsidiaria de que se case parcialmente la sentencia y se dicte fallo de reemplazo, esta vez, sin la circunstancia agravante.

2. No recurrentes.

1. Fiscalía.

Con respecto al cargo principal, el Fiscal Tercero Delegado considera que el recurrente no cumplió con la exigencia de acreditar la irregularidad sustancial de la supuesta ausencia de defensa técnica. Se abstuvo de acreditar cómo un proceder distinto habría garantizado los derechos fundamentales del sentenciado, en particular cuando nunca estuvo inclinado a aceptar cargos.

Al respecto, resalta que el procesado manifestó expresamente que no deseaba asistir a las audiencias, es decir que fue su voluntad no comparecer y descansar su defensa en el apoderado de confianza. Como el uso de los mecanismos de terminación anticipada es facultativo, que el interesado no haya querido acogerse a ellos y prefirió no acudir a las diligencias, lo que se observa es un desdén por la administración de justicia.

Afirma que las audiencias preliminares cumplieron su finalidad, cual era informar al procesado de los cargos y la posterior imposición de la medida de aseguramiento, conforme al principio de instrumentalidad.

Considera que, atendiendo las características del caso, no existían mayores elementos probatorios para aducir. Sumado a que el demandante no manifestó cuáles fueron las pruebas que se dejaron de solicitar ni cuál hubiese podido ser una adecuada estrategia defensiva.

En conclusión, la fiscalía considera que la sentencia atacada no vulneró el debido proceso ni la defensa técnica del procesado.

De otro lado, coincide con el planteamiento del cargo subsidiario. Refiere que según providencia de radicado 45266, proferida por esta Corporación, debe demostrarse que el automotor fue utilizado con conocimiento y voluntad de que facilitaría la consumación del verbo rector, como nexos causales. En este caso, considera que el uso del automotor fue circunstancial, dado que no aumentó la efectiva lesión del bien jurídico ni ayudó a asegurar la consumación del ilícito o de la huida.

En esos términos solicita casar la sentencia, pero por el cargo subsidiario.

2. Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal comparte el cargo principal, en los términos como fue planteado.

Considera que el entonces defensor del sentenciado no hizo descubrimiento probatorio ni solicitó pruebas. Tampoco fue claro en sus pretensiones, en el contrainterrogatorio ni hizo preguntas encaminadas a demostrar la inocencia del procesado. Solo hasta los alegatos de conclusión aclaró cuál sería su estrategia defensiva.

Coincide en que el defensor también debió procurar una rebaja de pena en favor del imputado.

Sin embargo, no apoya el cargo subsidiario.

Estima que el agravante en comento no fue dispuesta únicamente para grupos organizados, por el contrario, este busca que las personas transiten y convivan tranquilamente en el espacio público.

Refiere que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, el procesado debe tener el conocimiento y voluntad de portar el arma sin papeles y aun así, transitar en la moto, aunque decida, finalmente, no accionar el arma.

Con fundamento en lo expuesto, solicita casar el fallo refutado, pero por el cargo principal.

3. Representante de la víctima.

Con respecto al primer reparo afirmó que no existió violación del derecho de defensa ni del debido proceso, dado que el sentenciado contrató su propio abogado y si este limitó el ejercicio defensivo a contrainterrogar a los testigos de cargo, es porque no contaba con elementos probatorios para controvertir los aducidos por el ente acusador.

Destacó que el procesado, en el ejercicio de sus derechos, prefirió no asistir a las audiencias y guardar silencio, mientras que estuvo en detención domiciliaria, desde la audiencia de acusación y durante toda la etapa del juicio oral.

Con respecto al segundo cargo, refirió que el arma utilizada por el sentenciado fue transportada en la motocicleta, de manera que existió una relación de causalidad entre ambas conductas y, por ello, debe conservarse la circunstancia agravante.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Aclaración previa. Prescripción de la acción penal de los delitos de lesiones personales y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

agravado.

De acuerdo con la acusación, los hechos jurídicamente relevantes por los cuales es juzgado DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS tuvieron lugar el 18 de junio de 2011. Con ocasión de los sucesos ocurridos ese día se le enrostró al procesado la comisión de los delitos de homicidio agravado (arts. 103 y 104 núm. 7 del C.P.), fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado (art. 365 núm. 1 del C.P.) y lesiones personales (arts. 111 y 112 del C.P.).

En lo que interesa en este acápite, atinente al delito de lesiones personales, DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS fue acusado y condenado a partir de lo dispuesto en los artículos 111 y 112, inciso 1º del C.P., que señala pena de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses de prisión, cuando la incapacidad para trabajar o enfermedad no supera los 30 días.

Sobre el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, descrito en el artículo 365 del Código Penal, numeral 1º, es del caso precisar, que el artículo en comento fue modificado por la Ley 1142 de 2007, para disponer pena prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. Asimismo, en su inciso segundo señaló que en el evento de que la conducta se hubiere cometido utilizando medios motorizados, la pena mínima se duplicaría.

Con posterioridad, la Ley 1453 de 2011 modificó el artículo 365 en comento, en el sentido

de incrementar la pena en nueve (9) y doce (12) años, y en precisar que las circunstancias agravantes enumeradas en el ahora inciso 3º duplicarían la pena -sin limitar el aumento a la pena mínima-. Esta ley, según su artículo 111, entró a regir al momento de su promulgación, es decir, el 24 de junio de 2011 con la inserción en el Diario Oficial.

Quiere decir lo anterior que los falladores de instancia no debieron tener en consideración la modificación introducida por la Ley 1453 de 2011 para el delito de fabricación, tráfico o porte de armas agravado, dado que no estaba vigente para el 18 de junio de 2011, día de los hechos.

Por consiguiente, aplicando el artículo 365 del C.P., modificado por la Ley 1142 de 2007, tendríamos que el delito en comento, agravado, prescribiría en 8 años, siendo este el máximo de la pena imponible.

Formulada la imputación el 27 de julio de 2014, se interrumpe el término prescriptivo, según el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, el cual comienza a correr de nuevo por un lapso igual a la mitad del previsto en el artículo 83 del Código Penal, sin que en ningún caso pueda ser inferior a tres (3) años.

Aplicadas las anteriores reglas y teniendo en cuenta las penas máximas señaladas, en este asunto la acción penal prescribía en tres (3) años para las lesiones personales, y en cuatro (4) años para el punible agravado descrito en el artículo 365 del Código Penal, modificado

por la Ley 1142 de 2007.

Luego, el fenómeno extintivo de la acción penal operó el 27 de julio de 2017 para las lesiones personales, fecha para la cual no se había proferido la sentencia de primera instancia, que tuvo lugar el 22 de noviembre de 2017. Mientras que para el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado sucedió el 27 de julio de 2018, antes de emitirse el fallo de segunda instancia el 16 de noviembre de 2018.

En tales circunstancias, las sentencias cuestionadas son emitidas cuando el Estado, por el transcurso del tiempo, había perdido el ejercicio de la potestad punitiva, lo cual impone cesar de oficio parcialmente la sentencia para declarar la prescripción de la acción penal seguida contra MEDINA ROJAS, por los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado y lesiones personales, cesar el procedimiento con respecto a esos punibles y proceder a redosificar la pena⁵.

2. Cargo primero

2.1. En el presente asunto el recurrente formula como cargo principal la violación del derecho a la defensa técnica, dada la inactividad del abogado que asistió a DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS durante el proceso penal, en especial, en la audiencia preparatoria del 10 de agosto de 2015 y en las sesiones de juicio oral subsiguientes, en tanto que su

proceder estuvo demarcado por una excesiva pasividad, incompatible con el sistema penal adversarial.

De la defensa técnica.

El artículo 29 de la [Constitución Política](#) consagra el derecho del sindicado a la defensa, a estar asistido por un profesional del derecho, escogido por él o de oficio, letrado y cualificado que propenda por el respeto de sus garantías fundamentales y de la concreción de sus intereses, durante la investigación y juzgamiento. A su vez, la letra e) del artículo 8º de la Ley 906 de 2004, hace eco de esta prerrogativa fundamental, al señalar que, una vez adquirida la condición de imputado, le asiste el derecho a ser representado por un abogado, de confianza o nombrado por el Estado.

Garantía fundamental que se exalta en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el literal d), numeral 3º del artículo 146, así como en los literales d) y e) del numeral 2º de la cláusula 8ª de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷, incorporados al ordenamiento interno en las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente.

Sobre la defensa técnica, la Corte Constitucional ha precisado que “...la posibilidad de defenderse en cualquiera de los escenarios mencionados no se satisface con una participación formal en el proceso de decisión que le afecta al individuo. Por el contrario, presupone disponer de una asistencia técnica que permita a los sujetos comprender la naturaleza del trámite que están adelantando y hacer valer de manera oportuna y eficaz sus

argumentos y elementos de prueba. Es en este ámbito donde entra a jugar un papel esencial el abogado, ya sea aquel designado por confianza o asignado por el Estado, por cuanto, será quien, desde su formación jurídica, asuma la defensa técnica de los intereses de su prohijado y, en efecto, le garantice el acceso a la administración de justicia.”.8

Esta Corporación ha sostenido, de antaño, que el derecho de defensa técnica, como garantía mínima fundamental, es intangible por su carácter irrenunciable, pues si el procesado no designa un abogado, el Estado debe designarle uno de oficio; real o material, porque se requieren actos positivos de gestión defensiva, que van más allá de la mera presencia del profesional, al punto que se desconoce por el absoluto estado de abandono del abogado a la encomiable tarea de asistir al procesado con sus conocimientos y, permanente, porque debe garantizarse durante todo el trámite, sin ninguna limitación.9

Sobre el rol del defensor en el sistema penal acusatorio, en comparación con la Ley 600 de 2000, la Sala ha precisado:

Pero, en un sistema con tendencia acusatoria, adversarial, en el que la verdad acerca de los hechos no es monopolio del Estado, sino que debe construirse entre las partes, a las que se garantiza la igualdad de armas, y quienes llegan con visiones distintas de lo sucedido a debatirlas en un juicio regido por los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración y el respeto a las garantías fundamentales, con el fin de convencer al juez, tercero imparcial, de su posición jurídica, no es siempre acertado sostener que la defensa técnica se desarrolla en forma válida, efectiva y eficaz con una actitud de inercia, de simple complacencia o indiferencia ante la acusación de la Fiscalía.».

(CSJ, SP 11 jul 2007, Rad. 26827).

De esta manera, más allá de la estrategia o táctica adoptada por el abogado, si esta es silente o propositiva, en el sistema penal de tendencia acusatoria es importante que éste procure ejercer una labor defensora de los intereses y garantías fundamentales del procesado, a la vez que contendora de la postura del ente acusador, para convencer al juez, tercero imparcial, de su posición jurídica.

Para desempeñar de manera idónea tan encomiable rol, sin duda, se requiere que el profesional esté dotado de la capacidad, la experiencia y los conocimientos necesarios del sistema con tendencia acusatoria adversarial, para controvertir la acusación, en igualdad de armas, con respecto a la fiscalía.

Siendo este el punto de divergencia principal aducido por el recurrente, para la Sala resulta imperativo constatar, en lo pertinente, la actuación del abogado predecesor, en orden a establecer la alegada transgresión del derecho de defensa técnica y, si en realidad, su vulneración, por trascendente, conduce a la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria.

Caso concreto.

En audiencia preparatoria, luego de identificadas las partes, el juez concedió la palabra a la fiscalía para que hiciera el descubrimiento probatorio, realizado éste, el apoderado de confianza del procesado de ese momento, manifestó que no objetaría la exhibición del ente acusador¹⁰.

Acto seguido el juez precisó que no interrogaría al acusado sobre la posible aceptación de los cargos, dado que manifestó por escrito su deseo de no asistir a ninguna de las audiencias¹¹.

A continuación, convenida como única estipulación probatoria la plena identidad del procesado, la fiscalía solicitó pruebas, mientras que la defensa, llegado su turno, señaló que “contrainterrogará y controvertirá los testimonios y los testigos del fiscal, con el propósito de demostrar la no responsabilidad de mi defendido”¹², al paso que manifestó no tener reparos con la admisión de las peticiones probatorias elevadas por el ente acusador¹³.

El 10 de septiembre de 2015, en sesión inaugural de juicio oral, el abogado del procesado no presentó teoría del caso¹⁴.

Culminado el interrogatorio por parte de la fiscalía a Didier Herney Vaca, testigo directo de los hechos, intervino el defensor quien encauzó el contrainterrogatorio a precisar cuál era la relación o vínculo que existió entre el procesado y el causante, así como las circunstancias en las que sucedieron los hechos, en particular, la distancia en la que se encontraba uno

respecto del otro, la cantidad de disparos producidos y las condiciones en las que ocurrió el forcejeo entre su compañero, Víctor Alfonso Hernández Lozano y el acusado.¹⁵

Al cabo de las declaraciones, por petición del ente acusador, fueron incorporadas las entrevistas rendidas por los testigos ante policía judicial. El defensor no hizo manifestación alguna al respecto¹⁷.

En audiencia de juicio oral del 20 de octubre de 2015, rindió declaración Edison Alexander Jaramillo Cubillos, funcionario de policía judicial que suscribió el informe ejecutivo FPJ-3 sobre la inspección técnica a cadáver del 19 de junio de 2011. Llegado el momento de contrainterrogar, el abogado defensor le preguntó si logró establecer con qué arma se produjo el homicidio. El declarante manifestó que esas diligencias habían sido realizadas por los otros compañeros de la UBIC de Santa Rosa Sur de Bolívar, de manera que no tenía conocimiento al respecto.¹⁸

Culminada su intervención, el juez accedió a la incorporación de los informes ejecutivos suscritos por el funcionario en mención, previa solicitud de la fiscalía¹⁹. Acto seguido, el defensor solicitó al juez que, por su intermedio, se procurara la conducción de los testigos de cargo que no habían concurrido.

En continuación de juicio oral del 24 de noviembre de 2015, rindió declaración el perito

médico, doctor Teodocio Segundo García Mozo, quien acudió para dar cuenta de la necropsia médico legal practicada al cuerpo de la víctima mortal, Armando Guerrero Ortega. En su declaración precisó que el cadáver presentaba una sola herida por arma de fuego, que perforó el pulmón y dificultó la respiración, lo que pudo ser la causa de muerte. El defensor lo contrainterrogó para precisar si fue posible establecer la distancia en la que fue accionada el arma de fuego, la causa del deceso, en qué consiste la asfixia pulmonar y en qué parte del cuerpo impactaron los proyectiles.²⁰

A continuación, el médico general Oscar José Camacho Tarazona, quien atendió por urgencias a Víctor Alfonso Hernández Lozano, precisó en su declaración que el paciente arribó a causa de una herida por arma de fuego en mano derecha y que él le comentó que recibió el impacto intentando detener a “un señor Darwin” de seguir disparando. El defensor preguntó cuándo había realizado la valoración médica, frente a lo cual, el galeno contestó que el 19 de junio de 2011. También fueron escuchados en juicio Lucy Esther Mendoza Ortiz, funcionaria de policía judicial y Diego Andrés Mora Parra, patrullero, a quienes el abogado defensor no contrainterrogó.

Culminado el debate probatorio, en sesión de audiencia del 17 de julio de 2017 fueron escuchadas las alegaciones de conclusión. El defensor intervino en el sentido de solicitar la aplicación del principio de in dubio pro reo en favor de su representado, dado que, en su sentir, el ente acusador no logró demostrar que DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS fue el autor material del homicidio de Armando Guerrero Ortega.

En sustento de su pretensión, afirmó que la fiscalía no abordó otras hipótesis investigativas

más aproximadas a la realidad y que hubieran resultado favorables para el acusado. En ese sentido señaló que otra explicación probable de los hechos consistía en que los disparos se presentaron durante el forcejeo suscitado entre él y Víctor Alfonso Hernández, dado que este último, militar activo, se encontraba de permiso el día en cuestión, de manera que pudo llevar consigo el arma de dotación y accionar el artefacto bélico durante la reyerta.

A propósito de lo anterior y para reforzar la supuesta duda sobre la responsabilidad del procesado, el defensor cuestionado resaltó que el arma no fue sometida a los protocolos de cadena de custodia ni sobre ella se tomaron huellas dactilares para establecer quiénes la manipularon y si, entre ellos, se encontraba Víctor Alfonso Hernández.²¹

El ente acusador replicó los alegatos y dijo que las afirmaciones de la defensa carecían de respaldo probatorio, pues la hipótesis que planteó no fue demostrada en juicio, por ello consideró que la teoría del caso propuesta por la fiscalía debía predominar sobre las invenciones del abogado. Aclaró que no es obligación de la fiscalía investigar lo favorable para el procesado, aunque puede solicitar la absolución o la preclusión en su favor. El abogado defensor insistió en sus manifestaciones iniciales.

Con fundamento en lo demostrado por la fiscalía, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Simití condenó a DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS a quinientos diez (510) meses de prisión y a inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años, al paso que, le negó el mecanismo sustitutivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Inconforme con lo decidido, el abogado defensor del momento interpuso apelación. Radicó sus reparos en los siguientes aspectos: i) Víctor Alfonso Hernández Lozano era quien portaba el arma, dada su condición de militar activo, en permiso; ii) no se registró fotográficamente el arma; iii) la fiscalía tenía el deber de investigar lo favorable y lo desfavorable para el acusado, pero no lo hizo; iv) no se tomaron las huellas dactilares del arma y, por ello, v) no se puede afirmar que MEDINA ROJAS la accionó, dado que vi) hubo un forcejeo con Víctor Alfonso Hernández Lozano, en curso del cual se produjeron los disparos.

La Sala Penal del Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena resolvió confirmar la condena, tras considerar que la fiscalía es autónoma para direccionar la investigación, con el fin de acreditar la autoría y la responsabilidad del procesado, por cualquier medio probatorio. Asimismo, descartó la hipótesis propuesta por el recurrente con fundamento en las pruebas practicadas en juicio, a partir de las cuales tuvo por contundente la responsabilidad de DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS en los delitos imputados.

Con fundamento en el expuesto devenir procesal, considera la Sala que en manera alguna hubo ausencia absoluta de defensor ni este obró con desidia en la gestión en ninguna etapa del proceso. Por el contrario, DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS estuvo asistido de su apoderado de confianza, quien desempeñó la labor objeto del mandato judicial conferido, desplegando las actuaciones suficientes para concluir que hubo una adecuada defensa técnica, en tanto participó activa y propositivamente en el contrainterrogatorio a los testigos de cargo, presentó de manera razonable y adecuada alegatos de clausura e impugnó con argumentos admisibles el fallo condenatorio de primer grado.

Ahora, con respecto a los reparos del libelista relativos a que su predecesor no atendió con rigidez determinados conceptos técnicos en el ejercicio del contrainterrogatorio para refutar en todo o en parte el dicho de los testigos, es del caso acotar que en reiteradas oportunidades esta Corporación ha señalado que las reglas que rigen los interrogatorios y contrainterrogatorios apenas constituyen una técnica encaminada a modular en mejor manera el ejercicio probatorio, por tanto, no deben seguirse de manera rigurosa ni apartarse de las mismas reviste irregularidad sustancial o grave.²²

Sumado a ello, para concluir que las falencias en la ejecución del contrainterrogatorio trascienden al punto de afectar el derecho de defensa, es menester que el demandante exponga, de manera objetiva, cómo un adecuado contrainterrogatorio habría permitido que los testigos hicieran manifestaciones relevantes para modificar el panorama probatorio que fue valorado por las instancias como fundamento de la condena. En otras palabras, no basta con que el libelista exponga cuál debió ser, a su parecer, el desarrollo del interrogatorio cruzado, sino cuál habría sido el resultado del mismo, de haberse abordado la labor en otro sentido.

Exigencia que no se cumplió en el caso concreto, pues el recurrente en casación resaltó los errores en los que incurrió su predecesor al confrontar a los testigos, pero omitió exponer cómo la intervención del profesional sin las anotadas falencias habría derruido la contundencia de los deponentes en juicio sobre la ocurrencia de los hechos y la autoría del procesado en ellos.

Es así como, contrario a lo aseverado por el recurrente, considera la Sala que el interrogatorio cruzado del abogado predecesor a los testigos de cargo estuvo dirigido a precisar las circunstancias en las que ocurrió el hecho, en aspectos tan puntuales como las horas en las que se reunieron, si existió discusión entre los intervinientes, el momento en el que regresó el procesado luego de salir airado del lugar, la ubicación del arma antes y después de los disparos, el desarrollo de la reyerta entre él y Víctor Hernández, entre otros.

Faena que, sin duda, realizó con el fin de advertir alguna brecha de contradicción o incoherencia entre los deponentes, que forjara un atisbo de duda en la responsabilidad del procesado. Sin embargo, tal fue la solidez de las versiones y la contundencia en las declaraciones de los testigos de cargo que su labor resultó infructuosa.

En esa línea es preciso destacar que los falladores sustentaron la condena, principalmente, en lo narrado por Didier Herney Vaca y Víctor Alfonso Hernández Lozano, quienes dieron cuenta, bajo el interrogatorio directo, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, por haber presenciado la acometida mortal.

Al respecto, el juzgado de primera instancia, resaltó que las exposiciones hechas por los testigos en mención dan cuenta del ataque repentino e injusto, por parte del acusado en contra de Armando Guerrero Ortega, que produjo su fallecimiento. Suceso que fue confirmado por la prueba pericial según la cual, el deceso de la víctima fue causado por herida de proyectil de arma de fuego que generó una lesión pulmonar y hemotórax masivo, que devino en asfixia pulmonar.

“En un hecho indiscutible la presencia del acusado en la escena del crimen, pues según viene demostrado en la actuación, arribó al lugar de los hechos como a las 9:00, donde departió con el óbito y amigos de éste, presentándose como a eso de la medianoche, la situación que desencadenó en el hecho luctuoso; dándose igualmente que fue quien accionó el arma en varias oportunidades, impactando en el cuerpo del fallecido y en la mano derecha de la otra víctima, ello, según lo acreditan los testimonios de cargos y las demás probanzas incorporadas al debate probatorio por la Fiscalía Delegada”.²³

Por su parte, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena ratificó la condena, tras descartar los reparos expuestos por el entonces defensor al concluir que los testigos de cargo fueron contundentes y coherentes en relatar que DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS, de manera inopinada y sin ninguna explicación razonable, segó la vida de Armando Guerrero Ortega y lesionó a Víctor Hernández cuando este pretendió detener el ataque:

“Tocante a la supuesta falta de demostración de la existencia del arma homicida dígame que no pasa de ser una afirmación carente de los más mínimos fundamentos en la medida en que tal hecho fue informado con lujos de detalles por los testigos presenciales de los sucesos, señores Didier Herney Vaca y Víctor Hernández, quienes coincidieron en señalar que el arma disparada contra el par de víctimas quedó en la escena, de donde fue recogida por la policía. Al respecto, dijo Didier Herney Vacca que: «Darwin a lo que lo forzaron se botó al suelo, él salió corriendo, dejó la moto y el revolver tirado. (...) El arma quedó donde

ocasionó los tiros, quedó ahí tirada y nadie la tocó. Igual que la motocicleta DT, quedaron ambas cosas ahí”. Por su parte, el testigo Víctor Hernández declaró que: “Fue un disparo, me pegó sobre la mano derecha, pues no fue, solamente, no me dañó la mano, pero sí fue una herida en la mano con el cartucho y así en sí mismo cogió, dejó la moto prendida frente al taller, dejó el arma tirada en el piso y salió huyendo”.

Además de lo anterior, ambos testigos reconocieron el arma al momento en que le fue puesto a su vista el álbum fotográfico elaborado por la policía judicial, donde quedó fijada la imagen del artefacto al momento de su recolección y aseguramiento.

(...)

Ahora bien, la defensa pretende introducir la idea de que para establecer quién accionó el arma era absolutamente necesario cotejar las huellas dejadas en esta con la de las personas que se encontraban en el lugar de los hechos, pues a falta de tal probanza se anima a postular una duda en ese sentido. Sin embargo, por ese sendero, pierde de vista que la Fiscalía es autónoma en definir con qué tipo de medios de conocimiento prueba los distintos tópicos que interesan a su teoría del caso.

No cabe duda que la prueba echada de menos, por su carácter científico, ofrecía datos de gran valía en punto a determinar quien había manipulado el arma, pero de allí no se sigue que su ausencia impida determinar quién la disparó, pues el tema relacionado con la autoría

se puede acreditar con cualquier medio probatorio que resulte idóneo. En este caso, el ente acusador estimó satisfecha esa arista del delito, cosa que comparte esta sala, con el par de versiones recogidas en entrevistas que más tarde se materializaron en testimonios en la etapa del juicio, elección esta que no conduce a ningún déficit en el plano demostrativo dado que la contundencia de los datos ofrecidos por los testigos presenciales lleva a la conclusión que el arma fue disparada por Darwin.”²⁴

De otra parte, es evidente que tanto el juez como los sujetos procesales, entre ellos, el abogado que para ese entonces representaba los intereses del procesado, dieron un tratamiento inadecuado a las entrevistas rendidas por los testigos de cargo, al incorporarlas como prueba documental en el juicio oral. Ello porque el artículo 374 del C.P.P. expresamente consagra la posibilidad de utilizar las declaraciones anteriores al juicio, pero para refrescar la memoria del testigo o para impugnar su credibilidad, en manera alguna como pruebas autónomas.

Aunque existen eventos en los que las declaraciones anteriores al juicio oral pueden ser incorporadas como medios prueba, estos son, i) cuando el testigo no se encuentra disponible, en los supuestos del artículo 438 del C.P.P. adicionado por el artículo 3º de la Ley 1652 de 2013 que habilita la prueba de referencia y ii) como testimonio adjunto, cuando el testigo comparece a juicio para cambiar su versión anterior o retractarse de la misma. (CSJ SP, 25 ene 2017, rad. 44950, reiterado en CSJ SP, 12 feb 2020, Rad, 55957), se advierte que tales supuestos no fueron analizados por el juez ni aducidos por las partes para incorporar

las entrevistas como pruebas.

En todo caso, como del contenido de los fallos reseñados surge que dichas declaraciones previas no fueron valoradas por las instancias ni constituyeron el sustento de la condena, siendo este, como se resaltó, las declaraciones vertidas en juicio por los testigos directos, resulta intrascendente la falencia acotada.

El libelista también resaltó como falencia de su antecesor que haya afirmado en las alegaciones de conclusión y en el recurso de apelación que era deber de la fiscalía investigar lo favorable y desfavorable al procesado, como si el principio de investigación integral que regía para la Ley 600 de 2000, perviviera en la Ley 906 de 2004.

Vale aclarar, sobre el punto, que la intervención del profesional del derecho en los dos escenarios procesales en comento, no se limitó a la incorrección denunciada. También defendió el abogado su hipótesis consistente en que los disparos ocurridos la noche del 18 de junio de 2011 y que causaron el deceso de Armando Guerrero Ortega, fueron producto del forcejeo que existió entre el procesado y Víctor Alfonso Hernández Lozano, quien portaba el arma, dada su condición de militar activo en permiso.

Asimismo, postuló una duda sobre la responsabilidad de su representado en los delitos imputados, al referir que no hubo registro fotográfico del arma, sumado a que tampoco se tomaron huellas dactilares sobre esta para establecer si MEDINA ROJAS la portó o utilizó en

algún momento.

Ello demuestra que el alegato sobre la ausencia de investigación integral por parte de la Fiscalía, no fue el único argumento que sustentó la apelación del defensor y, por ende, por inadecuada que resulte su postulación en el marco del sistema penal acusatorio, no conlleva a pregonar una ausencia de defensa técnica, ya que la alzada abordó otros cargos razonablemente admisibles.

Con todo, esta Corporación ha sostenido que si la deficiencia consiste en la falta de dominio del sistema procesal penal, como afirma el recurrente, es necesario demostrar que el descuidado y negligente proceder del defensor tuvo injerencia cierta y efectiva en la sentencia que se reprocha, al punto que solo la invalidación de lo actuado permitiría restablecer la garantía afectada²⁵. Labor que no hizo el demandante.

En su lugar, al resaltar la trascendencia, esto es, la incidencia de los yerros denunciados en las decisiones cuestionadas, el libelista señaló que ante el abrumador arsenal probatorio de la fiscalía, “el sentido común enseña que se debe propender por un preacuerdo con el ente acusador” y que “si bien es cierto es una decisión autónoma del acusado, aquí no ocurrió por una ausencia total de la defensa técnica”. Resaltó que ese debió ser el camino por seguir “más cuando (el abogado) era consciente que no tenía cómo defender los intereses de su defendido”. Postura que acompañó el agente del Ministerio Público.

Quiere decir lo anterior que el fundamento de la postulación de nulidad radica, según el demandante, en que el procesado no pudo convenir un preacuerdo con la fiscalía, pese a la contundencia de las pruebas de cargo, a causa del deficiente desempeño de su predecesor. Argumentación que se advierte insuficiente, por demás, errónea, para sustentar la trascendencia de la pretensión invalidante.

En efecto, a voces del artículo 348, inciso 1º del C.P.P., la fiscalía y el procesado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación anticipada del proceso, es decir, que aun si en gracia a discusión, DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS hubiese manifestado su voluntad de llegar a un acuerdo, ello en manera alguna obligaba al ente acusador a obrar de conformidad. Al respecto, esta Corporación ha sostenido:

“En el fiscal recae el deber de ejercer la acción penal (art. 250 inc. 1º de la Constitución). La posibilidad de negociar con el procesado -siempre con presencia de su defensor- los términos de una eventual alegación de culpabilidad preacordada frente al juez de conocimiento implica, entonces, una potestad para que, a cambio de la aceptación de responsabilidad, el fiscal presente ante el juez -como contraprestación- una acusación que conduzca jurídicamente a la asignación de una consecuencia punitiva aminorada.

Por ende, ningún derecho le asiste al procesado a que el fiscal negocie con él los términos en que ha de ser acusado. No. En tanto dueña de la acusación, la Fiscalía está facultada para convocar a juicio a quien investigó en los términos fácticos y jurídicos que ella estime apropiados -siempre y cuando se den los presupuestos normativos para ello, desde luego-. Si es de su interés, podrá optar por una acusación preacordada, al margen de que la

iniciativa sea motu proprio o que provenga del imputado. Mas las propuestas de éste podrán entenderse, apenas, como ofertas que el fiscal puede atender para buscar una negociación o simplemente desechar, sin que en manera alguna sean vinculantes ni obliguen al dueño de la acusación a justificar o motivar su rechazo o admisión.” (CSJ AP, 29 ago. 2018, Rad. 48.414)

Agréguese a lo expuesto que es el procesado en quien recae la facultad exclusiva de renunciar a sus derechos de no autoincriminarse, y a ser vencido en juicio para, en su lugar, aceptar su responsabilidad. Sin embargo, en el caso concreto, DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS decidió no asistir a ninguna de las audiencias, se abstuvo de manifestar interés alguno en aceptar los cargos imputados y prefirió confiar, por completo, su representación y defensa al abogado defensor.

Bajo tales premisas, los reproches enunciados por el censor de ninguna manera configuran vicios de garantía que conlleven a la nulidad de lo actuado y carecen de trascendencia para acceder a la invalidación del trámite desde la audiencia preparatoria, por lo que la pretensión principal será desestimada.

3. Sería del caso pronunciarse sobre el cargo subsidiario, de no ser porque, como se aclaró de manera preliminar, el delito sobre el cual versa el reparo, este es, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado prescribió antes de la sentencia de segunda instancia.

4. Redosificación de la pena.

La prescripción de la acción penal por los delitos de lesiones personales y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, impone excluir de la decisión de condena los incrementos punitivos realizados a la dosificación del homicidio agravado, considerado por las instancias como el punible más grave.

Revisados los fallos de instancia, se establece que los juzgadores, por los delitos que se declaran prescritos, realizaron un incremento de 60 meses sobre la pena dosificada para el delito de homicidio agravado, que servía de base. Por tanto, disminuido este monto de la pena impuesta (510 meses), se obtiene un total de 450 meses (37 años y 6 meses), que será la pena de prisión que debe pagar DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. No casar la sentencia por razón de la demanda.
2. Casar parcialmente, de oficio, el fallo impugnado.
3. Declarar prescrita la acción penal por los delitos de lesiones personales y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, y disponer la cesación de todo procedimiento en contra de DARWIN ANTONIO MEDINA ROJAS, por los referidos punibles.
5. En lo demás, la sentencia impugnada permanece incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 19 del cuaderno principal del Juzgado Promiscuo del Circuito de Simití.

2 Folios 1 a 5 ibidem.

3 Folios 196 a 206 ibidem.

4 Folios 18 a 27 del cuaderno del Tribunal.

5 CSJ SP. 21 ago. 2013, Rad. 40587; CSJ SP. 13 nov. 2013, Rad. 40009; CSJ SP. 9 mar. 2016, Rad. 46632 y CSJ AP. 8 jun. 2017, Rad. 48090, entre otras.

6 “Art. 14. (...) 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste de tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; (...)”.

7 “Art. 8. Garantías judiciales. (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; (...)”.

8 CC. Sentencia C-542 de 2019.

9 CSJ, SP 18 ene 2017, Rad. 48128, CSJ, SP 11 jul 2007, Rad. 26827, CSJ. SP
19 oct 2006. Rad. 22432, entre otras.

10 Cd. 5. Audiencia preparatoria del 10 de agosto de 2015. Minuto: 00:19:52
a 00:20:02

11 Ibidem. Minuto: 00:20:03 a 00:20:57

12 Ibidem. Minuto: 00:32:27 a 00:32:53.

13 Ibidem. 00:43:02 a 00:43:04.

14 Cd 6. Audiencia de juicio oral del 6 de septiembre de 2015. Minuto: 00:14:00
a 00:14:08

15 Ibidem. Minuto: 00:44:42 a 00:47:42

16 Ibidem. Minuto: 01:08:10 a 01:16:05

17 Ibidem. Minuto 00:47:47 a 00:50:01 y minuto 01:16:29 a 01:17:28

18 Cd 3. Audiencia de juicio oral del 20 de octubre de 2015. Minuto: 00:29:17
a 00:30:18

19 Ibidem. Minuto: 00:30:40 a 00:36:16

20 Cd 1. Sesión de audiencia de juicio oral del 24 de noviembre de 2015. Minuto:
00:18:08 a 00:21:15

21 Cd 8. Sesión de audiencia de juicio oral del 17 de julio de 2017. Minuto:

00:22:45 a 00:25:03.

22 CSJ AP, 20 feb. de 2013, Rad. 40672; CSJ AP, 29 ago. 2018, Rad. 49350; CSJ AP, 8 may. 2019, Rad. 54685, entre otras

23 Folio 199 del cuaderno del Juzgado Promiscuo del Circuito de Simití.

24 Folios 23 a 25 del cuaderno del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

25 CSJ SP, 4 feb. 2009, Rad. 30363; CSJ AP, 23 may. 2012, Rad. 38810; CSJ SP, 16 ago. 2017, Rad. 46388, entre otras.

26 CSJ SP, 16 may. 2002, Rad. 12.892; CSJ AP, 16 oct. 2003, Rad. 19.743; CSJ SP, 17 sep. 2019, Rad. 55929.