

Proceso No 15237

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 069

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004).

VISTOS:

Se pronuncia la Corte sobre los recursos extraordinarios de casación interpuestos por los defensores de ALBEIRO CHILATRA OLAYA y WILSON ALARCÓN PEÑA, contra la sentencia proferida el 17 de marzo de 1998 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Soacha, mediante la cual se condenó a dichos procesados, en su orden, a la pena principal de 26 y 12 años y 6 meses de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 y 5 años, respectivamente, más el pago de los perjuicios, el primero como autor y el segundo como cómplice, del delito de homicidio simple.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los primeros ocurrieron hacia las diez de la noche del 3 de diciembre de 1996 en el puente que delimita la estación de Puerto Triunfo (El Colegio) y Viotá (Cundinamarca).

Esa noche, José Manuel Arias llegó a la tienda de su hermano José, en compañía de

ALBEIRO CHILATRA, y allí continuaron ingiriendo cerveza, pues a esa actividad se estaban dedicando desde horas antes en otro establecimiento abierto al público. En ese momento, WILSON ALARCÓN pasó en frente de dicho lugar, y según los testigos, tuvo un cruce agresivo de palabras con Manuel. De allí, Wilson se fue con Fernando Gámez y momentos más tarde hizo lo propio ALBEIRO, quedándose en el sitio José Niño y José Manuel Arias Niño.

Pasado un rato, regresaron a esa tienda ALBEIRO, Campos, Rodrigo y Fernando, suscitándose una discusión entre el primero y José Manuel, pues éste último se negó a venderle a aquél y a sus amigos cuatro cervezas que le pidió de mala manera. Se trenzaron a golpes con un palo del que ALBEIRO fue despojado en dos oportunidades, luego de lo cual los noctámbulos bohemios decidieron irse.

Entre tanto, Blanca Nelly Martínez Arias, la esposa de José, y cuñada de Manuel, junto con la menor Rosa Lucía Niño Arias, sobrina de aquél, le aconsejaban que esa noche se quedara a pernoctar en esa casa, pero no fueron escuchadas. Manuel decidió irse para su casa, y detrás salió la menor Rosa Lucía insistiéndole que no lo hiciera. En el trayecto, cuando iban llegando al puente de Puerto Triunfo y Viotá, vio venir a ALBEIRO, dirigiéndose a atacar a Manuel con un machete que le pasó Wilson. Su inmediata reacción fue devolverse a pedir ayuda, pero cuando los familiares de Manuel se hicieron presentes en el puente, éste ya se encontraba gravemente herido. Presentaba en el lado izquierdo de la cara, herida de 25 cms. de largo “con colgajo”, laceración y maceración a nivel de codo en miembro superior derecho, y otras en el miembro izquierdo a causa de las cuales murió antes de que se pudiera prestar atención médica.

Practicado el levantamiento del cadáver y escuchado en declaración José Niño Arias, quien manifestó que Héctor Sabogal dijo que Wilson Alarcón fue la persona que le pasó el machete al autor material del hecho, un “paisa” que hacía pocos meses había llegado a la región, y a quien se identificó como ALBEIRO CHILATRA OLAYA, en resolución del 4 de

diciembre de 1995 se abrió formalmente la investigación, y seguidamente fueron vinculados mediante indagatoria WILSON ALARCÓN PEÑA y ALBEIRO CHILATRA OLAYA. El primero se mostró completamente ajeno a los hechos, mientras el segundo tímidamente sostuvo que debió enfrentarse con la víctima con un palo, pues lo estaba agrediendo con el mismo elemento. Sin embargo, dijo desconocer quién pudiera ser el autor de las lesiones causadas con arma cortante a José Manuel Arias.

La situación jurídica de los encartados fue resuelta con medida de aseguramiento de detención preventiva en calidad de coautores del delito de homicidio simple y modificada posteriormente por el instructor, al pronunciarse sobre la solicitud de revocatoria elevada por la defensa, en lo que concierne a la situación de WILSON ALARCÓN PEÑA, respecto de quien precisó que su participación correspondía a una complicidad. De la misma manera, al surtirse el recurso de apelación contra esa determinación, un Fiscal Delegado ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca la confirmó con la modificación efectuada por el Fiscal de primer grado.

El 19 de febrero de 1996 se declaró el cierre de la investigación, proveído contra el que la defensa de CHILATRA OLAYA interpuso recurso de reposición que le fue negado.

Entre tanto, el instructor también hubo de resolver lo pertinente al recurso de reposición y apelación interpuesto por la defensa de ALARCÓN PEÑA, en relación con la resolución que negó la práctica de un reconocimiento médico a la menor Rosa Niño; la petición de nulidad que por violación al derecho de defensa presentó el apoderado de CHILATRA OLAYA en el que manifestaba, además, que el cierre del ciclo instructivo impidió que aquél se acogiera a la sentencia anticipada, pues ese era su deseo. También debió decidir los recursos de reposición y apelación interpuestos contra las providencias que negaron tales pretensiones.

Por su parte, una Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca,

confirmó las anteriores decisiones. Igual ocurrió con el pronunciamiento fechado el 10 de mayo de 1996, mediante el cual se confirmó la resolución acusatoria proferida el 27 de marzo de ese mismo año en contra de los implicados por el delito de homicidio, a ALBEIRO CHILATRA OLAYA, como autor, y a WILSON ALARCÓN PEÑA, como cómplice del mismo. Allí también, se confirmó la negativa a declarar la nulidad invocada por el defensor del primero de los sindicatos mencionados.

En la etapa del juicio, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Soacha decretó las pruebas solicitadas por las partes, y una vez culminada la audiencia pública profirió la sentencia de primer grado, la cual fue recurrida por los defensores y los procesados. Declarada desierta la impugnación vertical presentada por la defensa de CHILATRA OLAYA, quien no compareció a la audiencia de sustentación oral, en fallo del 17 de marzo de 1998 se pronunció el Tribunal sobre los argumentos expuestos por el apoderado de ALARCÓN PEÑA y ALBEIRO CHILATRA, en el sentido de impartir confirmación a la decisión de condena.

LAS DEMANDAS:

1. Demanda a nombre de ALBEIRO CHILATRA OLAYA

Un solo cargo propone el defensor de este sindicato. Con base en la causal tercera de casación, acusa la sentencia de segundo grado de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad por desconocimiento del debido proceso.

Explica que durante la fase instructiva y antes de que cobrara ejecutoria la resolución que ordenó el cierre de la investigación, ALBEIRO CHILATRA OLAYA, por intermedio de su defensor solicitó la aplicación del trámite previsto en el entonces artículo 37 del Decreto 2700 de 1997, esto es, la sentencia anticipada, pero la Fiscalía omitió pronunciarse al respecto. Aún así, en proveído del 6 de marzo de 1996, mediante el cual se negó una solicitud de nulidad por tal motivo, el instructor calificó de “extemporánea”, “salida

procesal” y “estrategia defensiva” la manifestación que hiciera de acogerse a dicho instituto.

Contrario a lo sostenido por la Fiscalía, para entonces, ya la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de abril de 1998 había decantado que la oportunidad máxima en la instrucción para tal manifestación se entendía hasta la ejecutoria del cierre de la investigación. Por ello, en este evento no podía afirmarse que la solicitud fue extemporánea, pues se elevó dentro de las oportunidades legales. Hacer caso omiso a la misma, desconoció el debido proceso y de contera, el principio de legalidad de la pena, pues de haberse llevado a cabo la sentencia anticipada, la sanción a imponer se habría disminuido en una tercera parte.

Se quebrantaron, entonces, los artículos 29 de la Carta Política, 1º y 37 del Decreto 2700 de 1991 y 323 del Decreto 100 de 1980.

Solicita, por tanto, se case el fallo impugnado y se decrete la nulidad de lo actuado desde el momento en que CHILATRA OLAYA solicitó la sentencia anticipada, hecho que ocurrió el 27 de febrero de 1996; y además, que se dicte fallo de reemplazo reconociéndole al sindicato una rebaja de la tercera parte en la pena a imponer.

2. Demanda a nombre de WILSON ALARCÓN PEÑA

Un cargo, también propone la defensa de este sentenciado, pero en este evento, se apoya en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, pues ataca la sentencia de segundo grado tachándola de ser violatoria de los artículos 323 del Código Penal y 327 del Código de Procedimiento Penal por aplicación indebida, y falta de aplicación del 247 (ibídem), debido a errores de hecho por falsos juicios de identidad.

Advierte, pues, que la participación de ALBERTO CHILATRA OLAYA en los hechos materia de investigación se dedujo del testimonio de la menor Rosa Lucía Niño Arias,

sobrina del occiso José Manuel Arias, quien refirió que aquél, encontrándose moribundo, dijo que “Wilson le pasó el machete al paisa”. En este sentido, el Tribunal apreció erradamente el dictamen Médico Legal para sostener que, no obstante la gravedad de las lesiones que presentaba la víctima en su rostro, la cual comprometía incluso el hueso maxilar, sí pudo hablar. Desconoció, así, las reglas de la sana crítica y la lógica, pues una lesión de esa magnitud le impide a la persona modular. Además, en este asunto no se practicó prueba técnica que “indicara, si tal como lo muestra el acta de levantamiento y el examen de necropsia sobre el cadáver del interfecto, era factible que se le entendiera al moribundo lo que estaba diciendo, concretamente en la sindicación. Tal prueba se imponía, como son las directrices del artículo 264 del estatuto procesal penal. De todas formas en la ambigüedad de la prueba y la falta de práctica de la otra, se cubre el fallo definitivo de una gran sombra de duda, sobre la que no se puede radicar responsabilidad penal”.

Asimismo, la declaración de la niña Rosa Lucía Niño Arias se recaudó sin el cumplimiento de los requisitos legales, toda vez que, siendo ella menor de 12 años, debió estar asistida por su representante legal o una persona mayor de edad, como lo mandaba el artículo 282 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente. La versión inculpativa de ésta, contrasta con la de otras personas que sostuvieron que el sindicado no se encontraba en el lugar de los hechos.

Tales inconsistencias, le permiten concluir que no se tiene conocimiento cierto sobre la presencia de su defendido en el sitio en que se cometió el homicidio, y desde luego, de su participación en ese delito, pues “la explicación y la conclusión que saca el Tribunal sobre la certeza de la declaración de la víctima, no tiene ningún respaldo profesional, legal o racional, amén de basarse en una conclusión apriorística y más allá del espectro cognoscitivo del sentenciador”.

Expone algunas consideraciones sobre la duda, reiterando lo expuesto en precedencia e

insiste que en este caso la tergiversación en que incurrieron los falladores de instancia con respecto al dictamen de Medicina Legal, condujo a que se le otorgara credibilidad a quienes dijeron haber escuchado la sindicación que en contra de WILSON ALARCÓN PEÑA hiciera la víctima antes de morir, e incluso se le restara credibilidad a la indagatoria del propio CHILATRA OLAYA.

Se violaron, pues, los artículos 254, 264, 288 y 294 del Código de Procedimiento Penal, normas que sirvieron de medio para la transgresión del 445 y 247 ibídem, 24 y 323 del Código Penal.

Reproduce jurisprudencia de la Sala sobre la técnica para atacar la duda en casación, y solicita se case el fallo impugnado y se dicte uno de reemplazo absolviendo a WILSON ALARCÓN PEÑA.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL (e):

1. Demanda a nombre de ALBEIRO CHILATRA OLAYA

Para el Ministerio Público, esta censura debe prosperar. Al casacionista le asiste la razón en su planteamiento sobre el debido proceso y el derecho de defensa originados en la negativa de la Fiscalía a dar trámite a la solicitud de sentencia anticipada elevada en la instrucción por el sindicado ALBEIRO CHILATRA OLAYA.

En efecto, en este proceso se cerró la investigación mediante resolución del 19 de febrero de 1996, determinación contra la cual protestó el abogado de CHILATRA OLAYA, pues aduciendo la vulneración al derecho de defensa pidió la nulidad de la actuación, al tiempo que anexó copia de escrito fechado el 27 del mismo mes y año con sello de la cárcel Modelo, mediante el cual el sindicado expresaba su deseo de acogerse a la

sentencia anticipada. Adicionalmente, contra tal proveído, el mismo profesional y el apoderado del otro sindicato interpusieron recurso de reposición insistiendo el primero en los argumentos dados para sustentar la nulidad, pues pretendía que se revocara el cierre del ciclo instructivo para dar aplicación al artículo 37 del Decreto 2700 de 1991.

En resolución del 5 de marzo siguiente, tales pretensiones se resolvieron adversamente, puntualizándose frente a la sentencia anticipada que solo se intentó cuando había precluido la oportunidad legal para hacerlo. Lo pertinente a dicha decisión fue recurrido en apelación por el defensor de CHILATRA OLAYA, y en interlocutorio del 10 de mayo, una Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá y Cundinamarca avaló el criterio del funcionario de primer grado en este sentido. Posteriormente, se profirió resolución acusatoria en contra de los vinculados a este asunto.

Sin embargo, sobre el momento hasta el cual se extiende en la instrucción la oportunidad para pedir la aplicación de la sentencia anticipada, precisa que varias han sido las interpretaciones que se la han dado al precepto legal, pues mientras el criterio mayoritario de la Corte entiende que debe ser hasta la ejecutoria de la resolución que ordena el cierre de la investigación, otros, basados en una interpretación también teleológica y sistemática, han sostenido que esa manifestación del procesado debe hacerse antes de que se profiera tal determinación.

De todas maneras, y una vez cotejados los razonamientos en torno a una u otra postura, concluye, que conforme al criterio mayoritario de la Corte, en este caso se debió tramitar la solicitud de sentencia anticipada hecha por el sindicato antes de que cobrara ejecutoria el cierre de la investigación, y deslindarla “de las demás pretensiones a las cuales se adjuntó -impropiamente y antitécnicamente por la defensa-, que en vez de plantearla autónomamente, la adosó a las nulidades y demás reparos, que nada incidirían por la falta de cobro de ejecutoria de la resolución -al tenor de la doctrina de la Corte-”.

Solicita, por tanto, se case el fallo impugnado y se declare la nulidad de lo actuado a partir del cierre del ciclo instructivo a fin de que el Fiscal se pronuncie sobre la petición de sentencia anticipada que en su momento elevó el procesado.

No obstante lo anterior, aclara que en este evento no es dable dictar fallo de reemplazo por cuanto la evacuación de tal diligencia implica la posibilidad de ampliar la indagatoria y practicar pruebas, “atribuciones que por la asignación de funciones en las etapas de la acción penal, sin embargo el principio de economía procesal, éstas corresponden a la instancia, y la segunda, por cuando la irregularidad invalidante del debido proceso toma la actuación al punto en que sea dable su subsanación”.

2. Demanda a nombre de WILSON ALARCÓN PEÑA

Para el Ministerio Público la demanda es anfibológica, porque finalmente no concreta si el yerro se originó en la valoración del dictamen de Medicina Legal o en la declaración de Rosa Lucía Niño Arías, cuya credibilidad se fundamentó en la prueba técnica. A la postre, el desarrollo de la censura se traduce en un debate probatorio propio de las instancias.

La duda para condenar, cuya aplicación en beneficio del sindicado reclama el demandante no aparece demostrada frente a la apreciación probatoria del sentenciador, pues no se acreditó el juicio de identidad aducido.

De la misma manera, al argumento del censor subyace una crítica a la credibilidad que mereció el testimonio de la menor Rosa Niño, el cual considera mendaz. Si tal afirmación fuera cierta una vez analizado bajo las reglas de la sana crítica, así lo debió demostrar.

En el mismo orden, tampoco es cierto que se le hubiera dado mayor alcance al dictamen de Medicina Legal, porque el fallo se fundamentó en la presencia de varias versiones

en el mismo sentido, “que extrayendo las conclusiones pertinentes del texto de Medicina Legal no aparece en buen sentido que las lesiones sufridas hayan impedido la modulación de palabras al herido, ya que no sufrió daño la lengua o la boca”.

Tal hipótesis, es lo que conforme a la jurisprudencia de la Corte constituye disparidad de criterios, pues se enfrenta al ejercicio discrecional del fallador para, acorde con las reglas de la sana crítica, darle veracidad a unas pruebas y negárselo a otras.

De ahí que, “Si -hipotéticamente- fuese imposible que el occiso hubiese pronunciar palabra alguna, tal aserción ha debido respaldarse adecuada (sic) (entiéndase técnicamente), para justificar el pretendido error, pero por la vía de la revisión (por prueba falsa como sustento del fallo). Entretanto, lo que el censor opine sin respaldo legal es inane”.

Por último, considera un desacierto del demandante la cita que hace de los artículos 445 y 247 del Código de Procedimiento Penal, como normas fin, pues esta condición la tiene la norma sustantiva objeto de la imputación.

Con base en lo anterior, solicita no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES:

1. Demanda a nombre de Albeiro Chilatra Olaya

El único cargo propuesto por el apoderado de este sindicado encontró eco en el concepto del Procurador Delegado, quien solicita a la Corte declare su prosperidad casando el fallo recurrido, por haberse violentado el debido proceso al desatenderse la petición de sentencia anticipada elevada por la defensa del sindicado antes de que cobrara ejecutoria la resolución de cierre de la investigación.

Así las cosas, lo primero que corresponde dejar en claro es que defensor y Procurador fundamentan la pretensión casacional en un sofisma de petición de principio, pues dichos sujetos procesales dan por demostrado aquello que, precisamente, debía corresponder a la sustentación del ataque.

En efecto, demandante y Delegado dan por descontada la voluntad de CHILATRA OLAYA de acogerse a la sentencia anciticipada, cuando ello no es así. En efecto, no obstante el memorial que en fotocopia aportó el defensor del sindicato cuando impetró la nulidad del cierre del ciclo instructivo, en el presente asunto no existe elemento de juicio que permita inferir que en algún momento del desarrollo procesal el sindicato hubiese estado dispuesto a allanarse a los cargos que en su contra se formularon como autor del delito de homicidio simple en el proveído mediante el cual se le afectó con medida detentiva.

Para comenzar, debe recordarse, que como pocas actuaciones, la aceptación de cargos por cuenta del sindicato, constituye el ejercicio de disposición de un derecho personalísimo, en tanto que representa la renuncia a la presunción de inocencia, el agotamiento del proceso en las fases normales de instrucción y juzgamiento, al igual que a la controversia probatoria. Por eso, la jurisprudencia de la Sala ha sido reiterativa en sostener que en estos eventos prevalece la manifestación del sindicato frente a la del defensor, pues sólo quien debe afrontar las consecuencias de una tal decisión es el legitimado, autorizado y facultado para hacerlo. De ahí que, en estos casos, la realización de diligencia de formulación de cargos con miras a sentencia anticipada procede, por expreso mandato legal únicamente a iniciativa del procesado, pues de aprobarse por el juez, la decisión no puede ser distinta a la de condena. Así lo establecía el artículo 37 del Decreto 2700 de 1991 y se mantuvo en reforma efectuada a dicha preceptiva con el artículo 11 de la Ley 365 de 1997, y se regula en términos sustancialmente idénticos en el inciso primero del artículo 40 de la Ley 600 de 2000.

Así las cosas, frente al caso concreto resulta pertinente dejar en claro varias circunstancias a saber:

a. En la diligencia de indagatoria rendida el 5 de diciembre de 1996, ALBEIRO CHILATRA OLAYA se remitió a sostener que el único enfrentamiento que tuvo el 3 de diciembre con José Manuel Arias fue con un palo y que después de ese episodio se fue corriendo para su casa. Del autor de la muerte de su contrincante, dijo no saber nada.

b. En la solicitud de nulidad del 27 de febrero de 1996, elevada por la defensa una vez proferido el cierre del ciclo instructivo, se hizo énfasis en que días antes el defensor contractual del encartado había renunciado al mandato y que, en términos generales hubo desatención de los profesionales a quienes se les encomendó la representación de ALBEIRO CHILATRA. Además, que dicha determinación se adoptó justo el día en que al nuevo letrado se le reconoció personería jurídica.

Agrego este profesional, que recibió el poder el 16 de febrero de 1996, fecha en la que igualmente el sindicato le hizo manifiesta su voluntad de acogerse a la sentencia anticipada. Por eso, le pidió a la Fiscal, “pronunciarse conforme a derecho, decretando la NULIDAD DEL AUTO DEL CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN, permitiendo así el ejercicio de la defensa técnica de acéfala para mi protegido hasta el pasado 16 de febrero fecha en la cual asumí representación; cabe agregar que solicito desde ya dar aplicación al art. 37 del C.P.P. señalando fecha para llevar a cabo ampliación de indagatoria”(F. 196, C.1).

Como prueba de su afirmación, anexó al memorial, fotocopia informal de un escrito dirigido al Fiscal 39 Delegado de Soacha y firmado por ALBEIRO CHILATRA OLAYA, en el que manifiesta su deseo de acogerse a la sentencia anticipada.

c. Aún así, y pese a que en criterio de la Fiscalía esa solicitud no era procedente por encontrarse cerrada la investigación, iniciada y culminada la etapa del juicio no se

solicitó la nulidad de la actuación por ese motivo, y tampoco se reiteró la petición de sentencia anticipada. En tales circunstancias, la secuencia del proceso permite inferir que tal alternativa fue concebida temporalmente como una estrategia de defensa por el abogado que asistió al sindicato entre el cierre de la investigación y el inicio del juicio.

d. Y si lo anterior ocurrió con quien asesoraba legalmente al sindicato, qué no decir de la actitud asumida por ALBEIRO CHILATRA OLAYA en adelante. En la ampliación de indagatoria rendida en la audiencia pública terminó por reconocer su autoría en el homicidio de José Manuel Arias, pero tratando de ampararse en una legítima defensa, pues adujo que fue la víctima quien lo persiguió con la peinilla haciéndole expresa su intención de matar. Por eso, agregó, no tuvo alternativa distinta a la de desarmarlo y defenderse con ese mismo elemento, ya que de lo contrario el muerto hubiera sido él. Ese, también fue tema central de los alegatos del defensor. Es más, en la sustentación oral del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado, el sindicato ALBEIRO CHILATRA OLAYA insistió en su versión sobre la legítima defensa.

Las anteriores circunstancias, claramente verificables en esta actuación, son más que ilustrativas para colegir que, a la postre, nunca hubo una real disposición por parte del sindicato para acogerse a la sentencia anticipada, no obstante la solicitud elevada en tal sentido por el mismo en la fase instructiva, en escrito que a pesar de tener los sellos de la asesoría jurídica de la Cárcel Modelo (f. 203), nunca llegó al proceso en original, conociéndose tan solo la copia aportada por la defensa como prueba de la nulidad que petitionó en su oportunidad.

En tales condiciones, entonces, no es dable sostener que se vulneró el derecho de defensa del procesado por no haberle dado trámite a una actuación que estaba orientada a que éste aceptara unos cargos que durante todo el proceso rechazó. Eso, precisamente, es lo que explica que tal situación no le causara la menor inquietud a

CHILATRA OLAYA y por consiguiente, no persistiera en él el interés de acogerse a dicho instituto de terminación anormal del proceso, pues su comportamiento procesal denota un decidido empeño por ser absuelto y no condenado.

El cargo no prospera.

2. Demanda a nombre de WILSON ALARCÓN PEÑA

Razón le asiste al Ministerio Público en este evento, en las críticas de orden técnico que formula a este libelo. Efectivamente, el desarrollo de la única censura propuesta no apunta seriamente a poner de presente errores de juicio del fallador en el proceso apreciativo de la prueba, sino a exponer el peculiar criterio valorativo del demandante en relación con el testimonio de la menor Rosa Lucía Niño Arias y el protocolo de necropsia.

En efecto, no obstante que el censor concreta el yerro fáctico en un falso juicio de identidad, a la hora de ocuparse del contenido de la versión jurada de la menor Rosa Lucía Niño Arias, sostiene de manera equívoca y contrario a lo probado en el proceso y a lo expuesto al respecto en la sentencia, que la condena de su representado se fundamentó en tal testimonio. Por el contrario, cierto es que tal deponencia tuvo cierta importancia en la reconstrucción procesal de los hechos, pero eso no significa que la prueba de cargo en contra de ALARCÓN PEÑA se agote en ella. Tanto el Juez como el Tribunal sopesaron todos y cada uno de los diferentes elementos de juicio acopiados en la investigación y a partir de ellos concluyeron que lo manifestado por Rosa Lucía es creíble, y por consiguiente, corresponde a la verdad de lo ocurrido.

Obsérvese, entonces, lo que sobre el particular dijo el Tribunal:

“Respecto a la dotación del machete o peñilla o instrumento corto –contundente de parte de WILSON ALARCÓN a ALBEIRO CHILATRA las pruebas de cargo determinantes

proviene de ROSA LUCÍA NIÑO ARIAS, MARÍA ROSA ARIAS DE NIÑO, JOSÉ NIÑO, BLANCA NELLY MARTÍN (sic) y ELIDÍ NIÑO MARTÍN, quienes no obstante corroborar la controversia que se desencadenó entre la familia y WILSON ALARCÓN por el pago de una arena, lo cierto es que marginaron del insuceso, para dar cuenta pormenorizada de lo realmente acontecido la noche del 3 de diciembre de 1995.

Obligado resulta, entonces, referirnos a la atestación de ROSA LUCÍA NIÑO, quien si bien no fue categórica en todas sus afirmaciones precisamente por sus escasos trece años de edad y por las limitaciones socio culturales propias de nuestra gente de campo, la intensidad del impacto, y particularmente porque la fijación de algunos detalles en la memoria de los niños dura poco tiempo y lo cierto es que su exposición no fue desmentida. Por otro lado, ROSA LUCÍA goza de integridad anatómica, mental y funcional, que permiten deducir que dijo la verdad. Ahora, sus manifestaciones en lo substancial revisten connotación de espontáneas, coherentes y desprevenidas, al punto que afirmó haber superado la oscuridad de la noche gracias al alumbrado artificial de una cancha de tejo cercana y a la luz de la luna que le permitieron distinguir las características que individualizan a los partícipes del hecho, a quienes conocía de meses atrás.

...

Además, no debemos pasar por alto que ROSA LUCÍA expresó que al advertir que CHILATRA -El Paisa- esgrimió la peinilla en forma amenazante contra su tío, optó por salir corriendo a reclamar auxilio, actitud que fue confirmada por BLANCA NELLY MARTÍNEZ, quien expuso: 'LA LA NIÑA REGRESÓ GRITANDO LO VAN A MATAR. NOSOTROS CORRIMOS hacia dondo (sic) estaba él y lo encontramos ya machetiado en el piso.

...

El episodio referenciado, ligado a las expresiones 'JOSÉ VENGA QUE ME DAÑARON'

vertidas por MANUEL ARIAS y escuchadas, entre otros, por los hermanos GÓMEZ y CAMPO ELÍAS TORRES, quienes se hallaban apostados a diagonal de la tienda de la familia NIÑO, sin visibilidad hacia el puente como lo manifestaron y se acreditó en la inspección judicial (ver fotografías fls. 158 y 159), permiten deducir que el hecho se desencadenó en ese sitio – tal y conforme lo apreció la menor- y no varios metros adelante como lo pretende hacer creer el procesado ALBEIRO CHILATRA, porque, de haber sido cierta su versión, definitivamente estos tres deponentes NO habrían podido escuchar tan nítidamente las voces de auxilio que clamaba la víctima, máxime si tenemos en cuenta el plano que levantó el perito (164 cdo. 2) y, se insiste, las fotografías de los folios 158, 159 y 160 del cuaderno # 2, en las que se aprecia la distancia y lo frondoso de la vegetación una vez cruzado el puente. En otros términos las condiciones expuestas configurarían obstáculos insalvables para referenciar la apreciación auditiva en mención”.

Frente a esa labor de ponderación que hiciera el Tribunal del acopio probatorio, el demandante no solo omite identificar en que sentido o en qué afirmaciones el sentenciador distorsionó, mutiló o complementó la declaración de Rosa Lucía haciéndole decir lo que objetivamente no se aprecia en su contenido material, sino que, en forma incoherente, antitécnica y contraria a la verdad, agrega que fue acopiada de manera ilegal, pues se incumplieron los requisitos para escuchar mediante juramento a un menor de 12 años, cuando lo cierto es que en el acta contentiva de cada una de las intervenciones de aquella se dejó especificado que su edad era, entonces, de 13 años. Además, de ser cierta una tal apreciación, el yerro correspondía plantearlo como error de derecho por falso juicio de legalidad.

De la misma manera, tampoco es acertado sostener como lo hace el recurrente, que el Tribunal decidió darle credibilidad a la menor Rosa Lucía con base en el protocolo de necropsia, no obstante que allí se describe la gravedad de la lesión, cuya naturaleza, a juicio del demandante, le impedía modular palabra a José Manuel cuando se

encontraba moribundo. Lo primero, porque, como se aprecia en el aparte transcrito en precedencia, es un hecho que la capacidad suatoria de la declaración de la niña Rosa Lucía, no se hizo depender del protocolo de necropsia. Y lo segundo, porque en este sentido el argumento de la defensa apunta a descalificar la apreciación hecha de la última prueba mencionada, pero no para acreditar un error de identidad, sino uno de raciocinio que a la postre, simplemente dejó enunciado.

Según la lógica del censor, no es posible que se le otorgara veracidad a lo manifestado por Rosa Lucía porque la descripción que se hiciera de la herida en la necropsia, impediría admitir que en tales condiciones, la víctima estuviera en capacidad de hablar, como para haberle relatado a la niña quiénes fueron los autores de las lesiones que finalmente le ocasionaron la muerte. Si a esa conclusión apuntaba ese cuestionamiento, lo que correspondía era derrumbar científicamente la apreciación de la misma naturaleza en que se apoyó el sentenciador para concluir, que no obstante la magnitud de la herida, José Manuel no estaba impedido para expresarse verbalmente. Al respecto, atinados resultan los planteamientos del juez colegiado, pues sostuvo que:

“La censura relativa a que la entidad de las lesiones sufridas por JOSÉ MANUEL, no le permitieron articular alguna palabra no puede prosperar, porque además de que todos los deponentes aseguraron haber escuchado de sus labios ‘JOSÉ VENGA QUE ME DAÑARON’, de la diligencia de necropsia se extracta que presenta herida de 25 centímetros con colgajo lado izquierdo que compromete tejido subcutáneo músculo y hueso ‘molar’ (sic) ‘..fractura de molar (sic) izquierdo (f. 136 cdo. 1); de ahí que cotejada la anterior descripción con las fotografías tomadas al cadáver y particularmente con la distinguida con el número 032-05 (fl. 45 cdo. 2) encontramos que no presenta heridas en boca (fl. 136 vto. cdo. 1, cc. fl. 7 cdo.1). Del mismo modo, viene al caso traer a cita la diligencia de inspección del cadáver en la que la Fiscal anota, entre otras, la presencia de ‘herida con bordes regulares de 25 centímetros en hemicara izquierda. Se aprecia restos óseos’.

Ahora bien, consultado el Manual de 'Medicina Legal y de Técnica criminalística' de RICARDO ABDALAR (págs. 29 y 30), así como el texto 'Medicina Legal, Criminalística y Toxicología para Abogados' de ROBERTO SOLÓRZANO NIÑO (págs, 34, 44, 81 y 110) encontramos que la fractura que se le ocasionó a JOSÉ MANUEL ARIAS le afectó el hueso que conforma el pómulo izquierdo, conocido también como zigomático o malar y no molar (sic. fl. 136) que se halla ubicado debajo de la región infraorbitaria, cuya fractura abierta presenta una gran hemorragia por la ruptura de vasos sanguíneos y de tejidos adyacentes sin que podamos predicar que hubo lesión del aparato de fonación porque no se trata de lesión en la boca y mucho menos en la lengua que es la que produce este tipo de consecuencias".

Adicionalmente, la glosa del recurrente, relativa a que en este asunto se debió ordenar una prueba técnica que analizara la posibilidad de establecer si de acuerdo a las características de la lesión que presentaba la víctima en su rostro, era posible, que momentos antes de morir, pudiera hablar y se le entendiera lo que pronunciaba, no es más que un desatinado y aislado comentario, que no guarda coherencia con la naturaleza del yerro alegado, y que de comprender el fundamento de un ataque casacional, la causal bajo la cual sería procedente intentar tal reparo, sería la tercera y no la primera, en tanto que una tal situación comportaría desconocimiento del principio de investigación integral.

En conclusión, el cargo es insustancial y los errores de juicio que pretendió demostrar se quedaron en simples enunciados carentes de un desarrollo serio y acorde a la técnica casacional.

Por último, debe la Sala hacer claridad en lo que concierne a la apreciación del Delegado, según la cual "si -hipotéticamente- fuese imposible que el occiso hubiese podido pronunciar palabra alguna ha debido respaldarse adecuada (entiéndase técnicamente), para justificar el pretendido error, pero por la vía de la revisión (por

prueba falsa como sustento del fallo..)".Este comentario, referido a las críticas del demandante sobre la veracidad del testimonio de la menor Rosa Lucía Niño Arias, es desacertado, pues lo que ha pretendido el censor es desvirtuar el contenido incriminatorio de tal testimonio a partir de lo acreditado con otros medios legalmente aportados al proceso, claro está, como consecuencia de errores en la apreciación probatoria, tema que visto así, no se aproxima a ninguna de las causales de revisión.

El cargo no prospera.

Casación oficiosa

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que en relación con el procesado ALBEIRO CHILATRA OLAYA se presenta una violación al derecho de defensa, como elemento integrante del debido proceso, pues no obstante que en la resolución acusatoria se le llamó a responder en juicio por el delito de homicidio voluntario, sin imputarle causal alguna de agravación, ni específica ni genérica, al momento de dosificar la pena, el fallador de primer grado, en decisión que contó con la anuencia del Tribunal, dijo partir del mínimo punitivo señalado en la ley, el cual incrementó en un año por la concurrencia de la causal prevista en el artículo 7º. del artículo 66 del Código Penal anterior, esto es, por obrar con la complicidad de otro.

En efecto, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, el criterio interpretativo en punto de entender como exigencia inexcusable la necesidad de que, en el pliego acusatorio se precise de manera clara e inequívoca la imputación, no solo desde el punto de vista de la denominación jurídica del tipo penal, sino de las circunstancias que lo agraven o atenúen, bien sean éstas específicas o genéricas, objetivas o subjetivas, a partir del pronunciamiento del 23 de septiembre de 2003, la Sala abordó de nuevo la discusión que en torno a esta temática se venía planteando de tiempo atrás, precisando que frente a la actual realidad normativa, no hay alternativa que permita al

Juez agravar la sanción con base en circunstancias no atribuidas en la resolución acusatoria, pues:

“...en el campo punitivo dentro del código actual, las circunstancias genéricas de agravación, tienen una repercusión importante, tanto cualitativa como cuantitativa en la pena, que en el régimen anterior podría no tener la misma connotación, dada la discrecionalidad concedida al juez para aumentar la pena dentro de los límites de la norma que tipificaba el tipo y la pena aplicables. Empero, conforme al artículo 61 actual, el ámbito punitivo puede moverse hasta los cuartos medios y aun al cuarto máximo, cuando sólo concurren circunstancias de mayor punibilidad, lo cual eleva considerablemente la pena cuando por la naturaleza de la conducta punible, la pena principal es significativamente alta. Por esta razón, la acusación debe ser lo suficientemente explícita, cuando al concretar al autor alude a circunstancias tales como la posición distinguida, el motivo abyecto, los móviles de intolerancia o discriminación o cualquiera otro de los mencionados en el artículo 58, pues estas no surgen de la discrecionalidad, puesto que para que cumplan sus efectos, deben estar supeditadas a la apreciación probatoria y, sobretodo, a la discusión, contradicción y debate” (M.P. Dr. Herman Galán Castellanos, rad. 16.320).

Tal criterio, ha sido reiterado en lo que va corrido de este año, entre otras, en los fallos de casación proferidos el 5 y 11 de febrero (rad. 21.942 y 14.342, respectivamente), con ponencia de los Magistrados, Dres. Mauro Solarte Portilla y Yesid Ramírez Bastidas, y más recientemente, en sentencia del 7 de mayo en la que fungió como ponente el Magistrado, doctor Alfredo Gómez Quintero (rad. 20.642).

Ahora bien, como en este evento el criterio en que se amparó el Juez de primer grado para no imponer el mínimo de pena señalado en la ley para el delito objeto de la imputación, no fue otro que el de la concurrencia de la causal genérica de agravación que él, motu proprio resolvió deducir en la sentencia, le corresponde ahora a la Corte, en

ejercicio de la facultad conferida en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, casar oficioso y parcialmente el fallo recurrido retirando tal consideración como argumento dosificador y en consecuencia, individualizar la sanción teniendo en cuenta los parámetros actualmente señalados en el artículo 103 de la Ley 600 de 2000, por favorabilidad, los cuales son en su mínimo y máximo, muy inferiores a los de la Ley 40 de 1993, aplicada en este asunto por ser la vigente para la fecha en que se dictaron los fallos de instancia.

En cuanto, a los métodos dosificadores de la pena, desde el punto de vista de que la que correspondería imponer, para este caso, la mínima legal, cualquiera de los dos sistemas resulta indiferente, pues sea que se aplique el del artículo 61 del Código Penal de 1980, o el sistema de cuartos regulado también en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, al excluirse las circunstancias que impidió aplicar el mínimo, no podría dicho guarismo fijarse por encima de dicho tope.

Así las cosas, y siendo que se trata de un homicidio simple, en el cual, según la calificación hecha en la resolución acusatoria no concurre ninguna causal de agravación, la pena que corresponde aplicar es la mínima del artículo 103 del Código Sustantivo, esto es, 13 años de prisión.

Lo anterior, conlleva a la Sala a ocuparse de la situación de WILSON ALARCÓN PEÑA, únicamente para efectos de determinar punitivamente los efectos que por favorabilidad le reporta la Ley 599 de 2000, que prevé, como se dijo, una sanción inferior para el delito de homicidio, por el que éste sindicado también fue condenado en calidad de cómplice.

En tales condiciones, y siendo que en relación con este procesado el Juez de primer grado, en decisión que contó con la aprobación del Tribunal, le impuso la pena mínima que correspondería al cómplice, idéntico criterio será el que se considere en este

evento.

Por tal razón, al igual que ocurrió en el caso anterior, resulta indiferente el método a aplicar para la individualización de la sanción. Esto significa, que al estar fijada en el artículo 103 de la vigente normatividad sustantiva la pena mínima para el delito de homicidio en 13 años de prisión, la cual, en razón al grado de participación bien puede disminuirse de una sexta a parte a la mitad como lo autoriza el inciso segundo del artículo 30 ibídem, en este evento la que corresponde imponer a WILSON ALARCÓN PEÑA, es de 6 años y 6 meses de prisión, término al que igualmente deberá ajustarse la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

Ahora bien, importa dejar en claro, que si bien durante el trámite de este recurso, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19 transitorio de la Ley 599 de 2000, en auto del 22 de agosto de 2001, el Juez Primero Penal del Circuito redosificó la pena de los dos sentenciados (f. 138 cuad. Corte), tasándola para ALBEIRO CHILATRA OLAYA en 16 años de prisión y para WILSON ALARCÓN PEÑA en 6 años y 6 meses, la decisión que ahora se adopta en relación con este particular es de carácter definitivo.

De igual manera, y como quiera que en el proveído anterior el Juez de primer grado le otorgó a ALARCÓN PEÑA la libertad provisional por pena cumplida, puesto que a esa fecha, el tiempo de privación efectiva de la libertad, más el redimido por trabajo arrojaban un total de 6 años 8 meses y 3 días, habrá de declararse que, por virtud de esta sentencia, la libertad de que goza este sindicado es de carácter definitivo.

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

RESUELVE:

1. Desestimar las demandas presentadas a nombre de los procesados ALBEIRO

CHILATRA OLAYA y WILSON ALARCÓN PEÑA.

2. Casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de condenar al procesado ALBEIRO CHILATRA OLAYA a la pena principal de trece (13) años de prisión como autor del delito de homicidio simple, con carácter definitivo.
 3. Condenar a WILSON ALARCÓN PEÑA definitivamente a la pena principal de 6 años y 6 meses de prisión y por el mismo tiempo a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.
 4. Declarar que la libertad que goza WILSON ALARCÓN PEÑA por virtud de la otorgada provisionalmente por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Soacha, es definitiva a partir del proferimiento de esta sentencia.
3. En lo demás queda incólume el fallo impugnado

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

HERMÁN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO
PÉREZ PINZÓN

ÁLVARO

ORLANDO

MARINA PULIDO DE BARÓN
QUINTERO MILANÉS

JORGE

LUIS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria