

Proceso No 16370

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No. 98

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Bogotá, D. C., veintinueve de agosto del dos mil dos.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de noviembre de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar condenó al procesado FEDERMAN ASLEY LOPEZ a la pena principal privativa de la libertad de 26 años de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Hechos y actuación procesal:

El 9 de mayo de 1997, en las horas de la noche, Federman Asley López y su primo Albeiro López Urrego asistieron a una fiesta de cumpleaños que se celebraba en la casa del señor José Manuel Alvarez Villadiego, ubicada en el barrio Candelaria del Sur de la ciudad de Valledupar. En el transcurso de la reunión se encontraron con Elkin Romero Vásquez, a quien Albeiro López Urrego identificó como uno de los sujetos que días antes lo había atracado en el barrio Boliche, y con un grupo de amigos de éste, entre quienes se encontraban Devannis Sarmiento Castrillón, Eliécer Polo, Nibaldo Enrique Gamboa Vega y Nacson Urdaneta.

La fiesta concluyó alrededor de la una de la mañana. Camino a sus casas, Federman Asley López decidió enfrentar a Elkin Romero Vásquez por haber atracado a su primo Albeiro, inicialmente de manera verbal, y después con un arma de fuego tipo escopeta (chopo) que guardaba en su casa, y que disparó a distancia en su contra, sin alcanzarlo. En vista de ello, Devannis Sarmiento Castrillón, quien era conocido del agresor, trató de calmarlo, sin conseguirlo. Otro tanto hizo Teotilde Beatriz Castrillón Mendoza (madre del anterior, quien se había levantado a abrirles), también con resultados negativos. La actitud agresiva de Federman molestó a Nacson Urdaneta, quien resolvió encararlo verbalmente, obteniendo por respuesta un disparo, sin consecuencias.

Como Federman y Albeiro no tenían más munición, decidieron salir corriendo, siendo perseguidos durante un buen trayecto por Elkin y Nacson. Al regresar éstos, la señora Teotilde Beatriz les sugirió que se fueran a dormir, y así lo hicieron, quedando en el sitio su hijo Devannis Sarmiento Castrillón, su marido Lázaro Junco Puerta (quien también se había levantado), y Eliécer Polo. Varios minutos después (20 o 30 aproximadamente) se escuchó sorpresivamente un nuevo disparo, que causó heridas a los tres, siendo las de mayor gravedad las recibidas por Lázaro Junco Puerta, quien falleció en el hospital del lugar horas más tarde. Los testigos aseguraron haber visto a Federman conversando con los celadores del sector después de haber sido perseguido por el grupo, y tener el convencimiento de haber sido ellos que lo proveyeron de munición (fls.3, 62, 82, 91-95, 117, 119-124 del cuaderno No.1).

Esa misma noche, la policía, con la colaboración de Nibaldo Enrique Gamboa Vega, logró la captura de Federman Asley López y Albeiro López Urrego, cerca del lugar de los hechos (fls.4, 8/1). Escuchados en indagatoria, aceptaron haber enfrentado al grupo del cual hacía parte Elkin Romero Vásquez, por las razones ya precisadas, y haber realizado un disparo al aire con un escopeta hechiza avancarga que el primero guardaba en la casa, para responder a uno efectuado por ellos (a quienes califican de pandilleros), pero no ser los autores del disparo letal. Explicaron que el arma que portaban solo tenía

capacidad para un disparo, y que al hacerlo, quedaron desarmados, siendo perseguidos por el grupo. Varias cuadras adelante escucharon tres detonaciones, y minutos mas tarde, cuando se disponían a hacer una llamada telefónica, fueron detenidos por la policía. Aseguran que el arma la abandonaron en la huida, y que Federman era quien la portaba (fls.17, 20/1).

En el curso de la investigación se practicaron varias pruebas, siendo imperativo destacar los testimonios de Teotilde Beatriz Castrillón Mendoza (fls.66/1), y de su hijo Devannis Sarmiento Castrillón (fls.114/1), quienes hacen un completo relato de lo ocurrido. Preguntados por el autor del último disparo, manifiestan no haber visto quién lo realizó, pero afirman estar seguros de haber sido Federman Asley López, por ser el único que tenía motivos para hacerlo. Clausurado el ciclo investigativo, la Fiscalía, mediante decisión de 15 de septiembre de 1997, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación para ambos implicados, por los delitos de homicidio consumado, doble homicidio tentado, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls.182-190/1). Esta decisión causó ejecutoria en dicha instancia el 24 de septiembre siguiente (fls.190 vuelto).

Por auto de 22 de febrero de 1998, el Juzgado de conocimiento decretó la nulidad de la resolución de acusación respecto del procesado Albeiro López Urrego, por ambivalente, y dispuso continuar el juicio en relación con Federman Asley López (fls.234-236/1). En el curso de la audiencia pública se recibieron varios testimonios, entre ellos el de Marcelo Alejandro Cotes Castro, presunto celador del lugar, quien manifestó que la noche de los hechos escuchó inicialmente un disparo de “chopo”, y al devolverse pudo observar que dos personas, entre las que se encontraba Federman, subían. Después, pasados 15 o 20 minutos, escuchó dos tiros más de revólver 38 largo (fls.289 del cuaderno No.1).

Mediante sentencia de 10 de agosto del mismo año, el juzgado condenó al procesado a la pena principal privativa de la libertad de 26 años de prisión, y la accesoria de interdicción

de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor responsable de los delitos de homicidio en Lázaro Junco Puerta, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. En relación con el doble homicidio tentado, decretó la nulidad de lo actuado a partir de la clausura del ciclo investigativo, por error en la calificación jurídica, e incompetencia, pues consideró que se estaba frente a una contravención especial de lesiones personales (fls.315-352/1).

Apelado este fallo por el procesado y la defensa (fls.353 vuelto, 357/1), el Tribunal Superior, mediante el suyo de 12 de noviembre de 1998, que ahora recurren en casación el Procurador Judicial Penal y el defensor, lo confirmó en todas sus partes (fls.4-26 del cuaderno del Tribunal).

Las demandas:

1. De la defensa:

Violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de hecho por falsos juicios de existencia y falsos juicios de identidad en la apreciación de las pruebas, que llevaron a los juzgadores a condenar al acusado sin existir en el proceso certeza de su responsabilidad.

Como normas violadas relaciona los artículos 417, 445 y 254 del Código de Procedimiento Penal, 35 del Código Penal, y 28 y 33 de la Constitución Nacional.

Asegura que el fallo impugnado se sustenta en los siguientes indicios: (1) presencia del acusado en el lugar de los hechos; (2) existencia de motivos para cometer el delito; (3) posesión de elementos aptos para obtener el resultado; y (4) mala justificación. Empero, en la apreciación de las pruebas, se cometieron varios errores, que sumados llevaron equivocadamente a los juzgadores a adquirir la certeza de su responsabilidad, siendo la prueba insuficiente para llegar hasta dicho estadio conceptual, con vulneración de los

principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo.

En primer lugar se incurrió en error de existencia por suposición, puesto que los juzgadores dieron por cierto que los vigilantes le suministraron al procesado la munición con la cual hizo el último disparo, sin existir en el informativo prueba fehaciente que lo acredite, ya que lo único que se sabe es que dialogaron con él. A su vez, ignoraron el testimonio de Alejandro Cotes Castro, celador del sector, quien manifestó no haber suministrado munición al implicado. Esta prueba fue tachada “de falsa” por el a quo, e ignorada totalmente por el Tribunal, no obstante su importancia, con violación del artículo 254 del estatuto procesal penal. De no haber incurrido en estos errores, los juzgadores habrían concluido que Federman no fue el autor del hecho, porque al haber quedado sin munición, no tenía forma de hacer el disparo.

Argumenta que el Tribunal se equivoca también al avalar la afirmación que hace el Juez en el sentido que el procesado fue el autor del hecho porque el disparo se produjo sin que se sepa que hubiera otra persona armada en el lugar. Afirmar que esta inferencia es ilógica y que los juzgadores incurren también en un error de hecho por falso juicio de identidad, por cercenamiento de los testimonios de Teotilde Castrillón y Devannis Sarmiento, pues omiten tener en cuenta los apartes de sus versiones donde informan de la presencia en el sector de los celadores, de quienes se sabe andaban armados con escopetas. Si lo hubieran hecho, la conclusión habría sido distinta, porque el indicio de presencia y la posesión de armas capaces de generar el resultado, sería también predicable de los celadores.

Ignoró también el Tribunal la siguiente afirmación que hace la testigo Teotilde Castrillón, al referirse al comportamiento del grupo al cual pertenecía Elkin Romero: “quiero decir que como jóvenes y por lo que se sabe de ellos que han cometido varias travesuras, han quitado algo que no es de ellos”. Aquí incurre en un error de “existencia”, que de no haberse presentado, habría llevado a concluir que los celadores también tenían motivos

para cometer el delito, pues se trataba, como lo afirmó el procesado en indagatoria, de un grupo de “pandilleros”. Y si se sigue escudriñando la declaración de la testigo, se encuentra que su hijo Devannis es un delincuente, que se encontraba detenido para la fecha de su testimonio por el delito de homicidio.

Hasta aquí queda claro que los indicios deducidos jamás podrían generar grado de certeza. Pero existe además el indicio de mala justificación, el cual, no puede ser deducido en un sistema garantista como el nuestro. A esta conclusión se llega si se toma en cuenta que el procesado “tiene en la indagatoria un medio de defensa, que por ello se le escucha sin juramento, pues está legitimado para mentir, en ninguna parte dice que si el sindicado miente en su injurada esto sería tomado como un indicio en su contra, pues a contrario sensu se le estaría conminando a ser veraz en su injurada, y por ende estaría eventualmente obligado a declarar en su contra, de suerte que la construcción de este indicio no solo resulta ilegal, sino inconstitucional, pues viola el artículo 33 de la Carta, de ahí que el error de hecho (sic) en este caso en particular del indicio sensurado (sic), sea por falso juicio de legalidad”.

Finalmente, afirma discrepar del relato que los juzgadores hacen de los hechos, puesto que especula en detrimento de los intereses del procesado. Dice no estar probado, por ejemplo, que éste hubiese manifestado en la fiesta, arma en mano, que si se acababa levantaba la casa a plomo. Considera que Federman dice la verdad cuando sostiene que se desprendió del arma, puesto que al ser capturado no la tenía, y que no resulta lógico que al disparar no advirtiera que Elkin Romero ya no hacía parte del grupo. Resulta también “sensurable” (sic) la forma como el Juez tacha de falso el testimonio de Marcelo Cotes Castro, “pues aunque está tiznado de opiniones personales, también posee los elementos suficientes para darle credibilidad”.

Consecuente con estos planteamientos, solicita a la Corte casar parcialmente el fallo impugnado, y absolver al procesado en relación con el delito de homicidio.

1. De la Procuradora Judicial Penal:

Violación indirecta de la ley sustancial, por errores de hecho por falsos juicios de identidad, derivados de una apreciación indebida del alcance de las pruebas allegadas legalmente al proceso, que llevaron a los juzgadores a condenar al implicado como autor responsable del delito de homicidio, no existiendo prueba de ello en el informativo. Como normas violadas relaciona los artículos 254, 294, 302, 303 y 320.1 del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene que el funcionario instructor, y los juzgadores, omitieron considerar las condiciones personales y morales de los testigos de cargo, principalmente de Devannis Sarmiento Castrillón, quien tiene “un amplio récord delincuencial”. Esto hacía sospechosos sus dichos, pues de su personalidad se infiere “que no existe en ellos la voluntad de decir la verdad”. Y agrega: “La cualidad personal que despierta sospecha es la calidad de delincuentes de los testigos, condición reveladora de la pérdida de sentido moral, esto es, la pérdida de obstáculos en la conciencia para decir mentiras”.

Si los juzgadores se hubieran detenido en el estudio de estas condiciones, habrían concluido que las afirmaciones de los testigos no responden exclusivamente al fruto de sus percepciones, sino también, a sus experiencias anteriores, “ya que los hechos aprehendidos se constituyen en patrones o modelos con los que se compararon los estímulos recibidos, permitiendo al deponente una mayor riqueza descriptiva en su relato y crear acomodadamente la realidad”. Esto acontece no solo con el testimonio de Devannis, sino también de Teotilde Beatriz Castrillón, quien encubre la conducta de su hijo y de sus amigos delincuentes, a quienes llama muchachos “traviesos”, y de quienes dice “han cometido varias travesuras, han quitado algo que no es de ellos”. “Que manera

tan fina de llamar a una persona ladrón o atracador”.

Otro de los motivos de inidoneidad que concurre en los testigos de cargo es el desafecto que abrigan contra los inculcados, lo cual se convierte en un motivo de descrédito, que debilita sus dichos, en cuanto se trata de compañeros de faenas delictivas, interesados en defender los intereses personales que tienen en juego, y también su condición de pandilleros. De suerte que, con fundamento en estos testimonios, no es dable inferir la responsabilidad del acusado en los hechos.

Los juzgadores también omitieron valorar frente a los principios de la sana crítica el testimonio de Víctor Raúl Rodríguez López, yerno de Teotilde Castrillón, quien comentó que a las seis de la mañana del día de los hechos su suegra llegó a su casa llorando y diciendo que habían matado a Lázaro, y que al ser preguntada por su hija de cómo había sido la pelea, y quién había sido el autor, respondió que no supo por la oscuridad, pero que momentos antes ellos habían tenido un problema con Federman. Y que al preguntarle si lo había visto, manifestó que no, por lo oscuro que estaba el sector.

Tampoco fueron valoradas conforme a los principios de la sana crítica las afirmaciones del celador Marcelo Alejandro Cotes Castro, quien aporta elementos de convicción importantes. Si bien no estuvo presente cuando se presentó el disparo letal, “sí logró escuchar los disparos y por el conocimiento que tiene de éstos logró establecer que el primero que escuchó corresponde a un arma hechiza (chopo), y que pasados 10 o 15 minutos escuchó dos disparos más, que eran de un arma de largo alcance, un 38”. También afirma que la oscuridad era inmensa. Por tanto, de habersele dado a esta última manifestación el alcance que merece, la conclusión habría sido que las condiciones de visibilidad no permitían identificar con claridad las personas que utilizaban armas de fuego.

Apoyada en estas consideraciones solicita a la Corte absolver al procesado por el delito

de homicidio, y las tentativas de homicidio, y mantener la decisión por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal solicita a la Corte declarar la nulidad del trámite casacional cumplido en relación con la demanda presentada por la Procuradora 175 Judicial Penal, desde cuando se la declaró ajustada a las prescripciones de orden formal, pues afirma que la impugnante carece de interés para recurrir, por no haber impugnado el fallo de primera instancia.

Asegura que la Corte, en diferentes pronunciamientos, ha dejado en claro que los sujetos procesales no pueden guardar silencio frente a la decisión de primer grado, y después alegar agravio frente a la del superior que la confirma, porque ello implicaría desconocer el carácter preclusivo de las instancias, y los más elementales presupuestos de la lógica, toda vez que con el silencio la parte ha demostrado conformidad con la decisión (Cfr. Sentencias de 24 de febrero del 2000, Magistrado Ponente Dr. Gómez Gallego; y 17 de enero del 2002, Magistrado Ponente Dr. Pinilla Pinilla). En cuanto la solución del yerro, afirma que responde también al criterio de la Corte, reiterado, entre otras decisiones, en la sentencia de 17 de enero del año en curso, con ponencia del doctor Pinilla Pinilla.

En relación con la demanda presentada por el defensor del procesado, solicita desestimar las propuestas de ataque que contiene, por las siguientes razones:

1. Error de hecho por omisión del testimonio de Alejandro Cotes Castro. Afirma que este yerro no existió porque los falladores lo apreciaron en el análisis que hicieron de la prueba, y que el demandante lo que hace es cuestionar su valoración, con lo cual está aceptando que lo analizaron. Agrega que los fallos de instancia forman una unidad jurídica inescindible cuando son coincidentes, y que el citado testimonio fue ampliamente

analizado por el Juez de primera instancia, como lo demuestran las transcripciones que en seguida hace del contenido del fallo.

2. Error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de los testimonios de Devannis Sarmiento y Teotilde Castrillón. Sostiene que este cargo también resulta infundado, porque los juzgadores tuvieron en cuenta la referencia que los testigos hicieron sobre presencia de los celadores en el lugar, y que lo planteado por el casacionista no es más que una discrepancia de criterios en torno a la valoración que hicieron de la prueba indiciaria, soportada en simples especulaciones, como cuando sostiene que “los celadores pudieron haber disparado, porque también tenían motivos para hacerlo”.

Agrega que las pruebas enunciadas como omitidas, no constituyen en sí medios desconocidos, sino que corresponden a conclusiones, hipótesis y suposiciones del libelista, que considera deben ser tomados de preferencia sobre los del juzgador, lo cual resulta improcedente, porque cuando lo planteado es una simple confrontación de criterios, priman los del último, por estar precedidos de la doble presunción de acierto y legalidad.

3. Falso juicio de legalidad en la construcción del indicio de mala justificación. Asegura que tanto el ataque como su desarrollo resultan desacertados. En primer lugar, porque el falso juicio de legalidad se configura cuando el juzgador al apreciar una determinada prueba le otorga validez porque considera que cumple las exigencias legales de incorporación al proceso, sin llenarlas, o se la niega porque entiende que las reúne, cumpliéndolas; presupuestos que no se pueden aplicar a la construcción del indicio, puesto que esta prueba es de creación del juzgador.

En segundo lugar, porque las motivaciones en que se sustenta, relativas a que jurídicamente no es posible deducirlo porque el procesado está autorizado para mentir,

son equivocadas, pues el censor olvida que la indagatoria no es solo un medio de defensa, sino fuente de pruebas, y como tal, puede dar lugar a que se deriven de ella otras, como la confesión, testimonios e indicios. Y si bien es cierto el imputado al rendir la indagatoria se encuentra en libertad de explicar su conducta como mejor considere, incluso faltando a la verdad, también lo es que si recurre a ella, y su coartada es desvirtuada por otros medios, no puede eludir su responsabilidad aduciendo tal garantía, porque el derecho a la defensa no puede ser entendido como derecho a la impunidad.

SE CONSIDERA:

1. Demanda de la defensa.

1.1. Errores de hecho por falso juicio de existencia. Asegura el casacionista que los juzgadores incurrieron en un error de existencia por suposición, al dar por demostrado que los celadores suministraron al procesado la munición con la cual hizo el último disparo, sin existir prueba de ello en el proceso; y, en uno de existencia por omisión, al ignorar el testimonio de Marcelo Alejandro Cotes Castro (celador), quien negó tal hecho.

Este doble reparo carece de fundamento. Las afirmaciones del Tribunal, relacionadas con la forma como Federman habría conseguido la nueva carga para su escopeta, las obtuvo de relacionar tres hechos, de los cuales dan cuenta en el proceso los testigos Devannis Sarmiento Castrillón y Teotilde Beatriz Castrillón Mendoza : (1) el agotamiento de la munición; (2) la conversación que el acusado mantuvo minutos después con los celadores; y (3) la producción del nuevo disparo. Se trata, por tanto, de una inferencia lógica, construida a partir de situaciones acreditadas con pruebas que obran materialmente en el informativo, y no de la declaración de hechos de los que

supuestamente informan pruebas que no hacen parte del mismo, como lo plantea el casacionista.

Ahora bien. Si consideraba que la inferencia lógica resultaba equivocada, o carecía de la consistencia probatoria necesaria para llegar a la afirmación del hecho controvertido, debió plantear, no error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, sino de raciocinio por desconocimiento de las reglas de la sana crítica, y demostrar, adicionalmente, su trascendencia, es decir, que de no haberse presentado la equivocación, las conclusiones del fallo habrían sido distintas, pero el censor no incursiona en este campo, y tampoco se advierte de qué manera la falta de demostración del hecho afirmado por el Tribunal (que los celadores facilitaron la carga para el tercer disparo), excluiría al acusado de responsabilidad en el hecho.

La otra afirmación del casacionista, consistente en que los juzgadores incurrieron en un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión en relación con el testimonio de Marcelo Alejandro Cotes Castro (celador), tampoco es cierta. Del estudio de los fallos de instancia se establece que el Juez a quo se refirió in extenso a dicha prueba, y que después de un análisis serio y razonado de su contenido, concluyó que debía ser descartada como medio de convicción, por ser mentirosa, y estar orientada a darle consistencia a una coartada que prima facie resultaba inverosímil, ordenando, inclusive, la expedición de copias para investigar penalmente al testigo por falso testimonio (pgs.22 y 23 del fallo).

Lo que ocurre es que el demandante parte de una premisa equivocada, como es considerar que por no haber hecho el Tribunal referencia expresa a esta prueba, se estructuró el error denunciado. Esta apreciación es inexacta. Las sentencias de primera y segunda instancia, ha sido dicho por la Corte, conforman una unidad jurídica, o cuerpo jurídico integrado en todos los aspectos en los cuales son coincidentes, de suerte que sólo cuando en ambas ha sido omitido considerar una determinada prueba que hace

materialmente parte del proceso, es dable afirmar la estructuración del error de existencia por omisión, situación que, como se deja visto, no se presentó en el caso sub judice.

1. 2. Error de hecho por falso juicio de identidad. En opinión del casacionista, los juzgadores incurrieron también en un error de hecho por falso juicio de identidad y/o de existencia, al dejar de apreciar apartes de los testimonios de Teotilde Beatriz Castrillón Mendoza y Devannis Sarmiento Castrillón en los cuales afirman la presencia de los celadores en el sector, y en los que la primera se refiere al comportamiento “travieso” de los muchachos que integraban el grupo de su hijo. Asegura que de haber sido dichos segmentos apreciados, los juzgadores habrían concluido que los indicios de presencia y de posesión de armas capaces de generar los resultados investigados eran igualmente predicables de los celadores, y que ellos tenían también motivos para atentar contra el grupo, por ser sus integrantes pandilleros.

Este cargo también resulta infundado. En ambos fallos los juzgadores se refirieron repetidamente a los aspectos que el impugnante afirma ignorados. La presencia de los celadores en el sector fue reconocida expresamente en las dos decisiones, y en ambas se transcriben inclusive los apartes del testimonio de Devannis Sarmiento Castrillón donde se refiere a ese hecho, y a la conversación que mantuvieron con el procesado antes de producirse el último disparo (pags.15 del fallo de primera instancia y 19 de la sentencia del Tribunal), siendo claro, en consecuencia, la inexistencia del yerro, pues los juzgadores no solo apreciaron la prueba en los aspectos destacados por el casacionista, sino que aceptaron los hechos de los cuales el testigo daba cuenta: presencia de los celadores en el sector del insuceso y conversación con el acusado.

Igual acontece con las afirmaciones de la testigo Teotilde Beatriz Castrillón Mendoza, relacionadas con el comportamiento social indeseable del grupo del cual hacía parte su hijo Devannis. En ambos fallos se ventiló este aspecto, pero en particular en el de

primer grado, donde se hace expresa referencia a lo sostenido por la testigo Castrillón Mendoza en tal sentido, como a lo dicho en relación con el mismo punto por otros declarantes. Para mayor ilustración, veamos lo que se dijo al respecto:

“En el otro grupo, se encontraban NIBALDO GAMBOA, ELKIN ROMERO, NACKSON URDANETA, ELIECER POLO, DEVANNIS SARMIENTO, WALFRAN CASTRO Y LEIDIS LAURA LAGUNA. Que este grupo era de jóvenes indeseables y peligrosos, no hay duda, así lo dijo el dueño de la casa donde estaba la fiesta (véase folio 50) y lo reconoció la propia madre de DEVANNIS SARMIENTO CASTRILLON, señora TEOTILDE B. CASTRILLON cuando dijo que esos muchachos, entre ellos su hijo, eran traviesos (véase folio 285)”.

“...el abogado defensor ha tratado de demostrar que estos hechos los pudo haber realizado cualquier persona, distinta a su defendido FEDERMAN ASLEY LOPEZ, puesto que estos jóvenes poseían una serie de sindicaciones que los mostraban como peligrosos, y que por ende, tenían muchos enemigos que los querían ultimar; esto puede ser cierto, ya que implícitamente así se puede deducir de lo que dijo la señora TEOTILDE B. CASTRILLON cuando reconoció que estos jóvenes eran traviesos y que no eran bien vistos; pero como ella bien lo dice, en esos momentos, el único que había llegado borracho, alterado, armado y desafiante fue FEDERMAN ASLEY LOPEZ...” (pags. 8, 9, 24 y 25 del fallo).

Se descarta, por tanto, que los juzgadores hubiesen incurrido en el error de hecho por falso juicio de identidad por cercenamiento del contenido fáctico de los testimonios de Devannis Sarmiento Castrillón y Teotilde Beatriz Castrillón Mendoza, que el casacionista plantea, pues como viene de ser visto, los aspectos que se afirma ignorados, no solo fueron apreciados, sino aceptados por ciertos en los fallos de instancia. Y la crítica que simultáneamente el actor hace a la valoración de los juzgadores a la prueba indiciaria, carece de virtualidad para remover la decisión impugnada, no sólo por fundarse

en afirmaciones indemostradas, sino en razón de la doble presunción de acierto y legalidad de que se encuentran amparadas las conclusiones probatorias del fallo.

3. Error de derecho por falso juicio de legalidad. Afirma también el censor que la deducción del indicio de mentira y mala justificación es ilegal, porque el imputado está legitimado para mentir, y al permitirse su deducción, se le estaría conminando a ser veraz, con violación de lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Nacional, que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Lo primero que debe decirse es que la vía escogida por el casacionista para denunciar este supuesto yerro, es equivocada. El error de derecho por falso juicio de legalidad surge cuando el juzgador se equivoca en la apreciación de los requisitos de forma requeridos para que la prueba sea jurídicamente válida (requisitos antecedentes, concomitantes o subsiguientes a su producción), análisis que solo puede ser realizado frente a pruebas materiales, es decir, de aquellas que son susceptibles de ser físicamente incorporadas al expediente, no de las inmateriales o críticas, como los indicios, que son producto de elaboraciones racionales, y que no están ni pueden estar sometidas a formas específicas de incorporación o aducción, por no ser tangibles.

Si el libelista consideraba que la deducción del indicio de mentira y mala justificación devenía ilegal, porque la normatividad vigente lo prohibía, o resultaba contrario a sus previsiones, como lo sostiene, debió orientar el ataque por la vía del error de derecho por falso juicio de convicción, que se presenta cuando el juzgador desconoce las normas que tasan el valor de la prueba, o determinan su eficacia probatoria, o introducen límites al principio de libertad probatoria, situación esta última que vendría a ser la que en últimas plantea.

Aparte de esta inconsistencia técnica, el casacionista carece de razón. La Corte ha dicho que el derecho a la no autoincriminación, no presupone el derecho a mentir. Solo implica que el procesado no puede ser constreñido, de ninguna manera, a decir la verdad, y por esta razón se le exime de juramento, pero esto no quiere decir que si falta a ella, su actitud no pueda ser tenida como indicio de responsabilidad en el hecho investigado cuando se cumplen las exigencias de orden fáctico y jurídico en su deducción (Cfr. Casación de 6 de febrero del 2001, Magistrado Ponente Arboleda Ripoll). Olvida así mismo el demandante que la indagatoria, además de ser un instrumento de defensa, es también un medio de prueba, del que pueden ser derivadas consecuencias probatorias favorables y desfavorables al procesado, como acertadamente lo destaca la Delegada en su concepto.

4. Al finalizar la demanda, el actor manifiesta que no comparte el relato que los juzgadores hicieron de los hechos, como tampoco las razones que expusieron para desestimar el testimonio del celador Marcelo Alejandro Cotes Castro, pues sostiene que “aunque está tiznado de opiniones personales, también posee los elementos suficientes para darle credibilidad”. Mas como quiera que no plantea error alguno en concreto, ni se ocupa de su demostración, la Corte se abstendrá de dar respuesta a las afirmaciones que hace en este sentido.

El cargo no prospera.

1. Demanda de la Procuradora Judicial Penal.

El Procurador, en concepto, solicita a la Corte declarar la nulidad del trámite casacional cumplido en relación con esta demanda, por carecer la casacionista de interés para recurrir, pues advierte que no impugnó el fallo de primer grado, y que esto la inhabilitaba para acceder en casación.

La Delegada tiene razón. La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en sostener que para recurrir en sede extraordinaria es necesario que la parte que lo intenta haya apelado la decisión de primera instancia, porque si guarda silencio frente a ella, debe entenderse que ha renunciado al interés para recurrir, y después no puede pretender hacer uso de una oportunidad que ya tuvo, y dejó voluntariamente precluir. También ha dicho que esta exigencia no tiene aplicación en tres casos: (1) cuando la decisión que dejó de ser impugnada es consultable; (2) cuando ha sido objeto de modificación por el superior; y, (3) cuando la impugnación extraordinaria versa sobre nulidades (Casación de 16 de julio del 2001, Magistrado Ponente Arboleda Ripoll; Casación de 17 de enero del 2002, Magistrado Ponente Pinilla Pinilla, entre otras).

En el caso sub judice la Procuradora Judicial Penal dejó transcurrir los términos de ejecutoria del fallo de primera instancia sin protestar la decisión tomada, y aunque alegó como sujeto no recurrente, esto no la habilitaba para recurrir después en casación, pues no es la alegación en condición de no impugnante, sino la expresión de inconformidad con la decisión a través de la apelación, lo que mantiene vigente el interés para acceder en sede casacional. Excepcionalmente podía hacerlo en las hipótesis que vienen de ser señaladas, pero ninguna de ellas concurre en el presente caso, siendo evidente, en consecuencia, la ausencia de interés, y la improcedencia del estudio del libelo.

La Sala no comparte, sin embargo, la propuesta de solución planteada por la Delegada, de decretar la nulidad del trámite casacional cumplido en relación con dicha demanda. Este correctivo resultaría inevitable si la representante del Ministerio Público fuese recurrente única, pues en dicho evento, no podría ser dictado fallo de casación. Pero como existe otro impugnante, al cual debe darse respuesta, nada se opone a que al interior del mismo fallo se desestime la demanda irregularmente admitida, por ausencia de interés, solución que resulta además consecuente con el principio de residualidad que debe presidir la declaratoria de nulidades en materia penal, de acuerdo

con el cual solo debe acudir a la invalidación de lo actuado cuando no exista otro medio procesal idóneo para la corrección del vicio.

El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad se pronunciará en forma definitiva sobre la dosificación de la pena realizada por el Juez de primera instancia con motivo de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal (fls.7 del cuaderno de la Corte), teniendo en cuenta que la impuesta en el fallo de segundo grado no sufrirá modificaciones con ocasión de la casación.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Primero Delegado (e), administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

1. Desestimar la demanda de casación presentada por la Procuradora Judicial Penal.
2. NO CASAR la sentencia impugnada.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. CUMPLASE.

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS CARLOS A.
GALVEZ ARGOTE

JORGE A. GOMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR NILSON PINILLA PINILLA

Teresa Ruiz Nuñez

SECRETARIA