

Proceso No 17252

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente

HERMAN GALÁN CASTELLANOS Aprobado acta No. 011

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil
cuatro

(2004).

Conoce la Corte del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado WALTER ADOLFO BETANCUR CANO contra la sentencia proferida el 7 de diciembre de 1999 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado 19 Penal del Circuito de esa ciudad, mediante la cual lo condenó a la pena principal de 31 años y 8 meses de prisión, como autor responsable del concurso de delitos de homicidio, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones pública por un periodo de 10 años, así como, al pago de los perjuicios causados con la infracción.

HECHOS

A eso de las 3:10 de la madrugada del 29 de noviembre de 1998, en la agencia distribuidora del periódico “El Colombiano” ubicada en la calle 44 número 80-86, en la ciudad de Medellín, irrumpieron 6 individuos quienes procedieron a intimidar con las armas de fuego que portaban a los vigilantes ROBERTO TABARES e HIPÓLITO VALLEJO,

despojándolos de sus escopetas cartuchos y municiones, luego, uno de los asaltantes se dirigió hasta la reja de acceso a la puerta de entrada al momento en que JHON JAIRO JARAMILLO ARBOLEDA cerró la puerta con fuerza y rapidez, impidiendo el acceso a los intrusos, pero uno de los asaltantes, colocado frente a ella, disparó repetidamente a través de la misma causándole heridas a JHON JAIRO JARAMILLO que le originaron su deceso; las detonaciones fueron escuchadas por agentes de la policía, quienes motorizados se desplazaban por el sector, por lo cual hicieron presencia inmediata, originándose un enfrentamiento con los asaltantes quienes lograron huir del lugar, excepto WALTER ADOLFO BETANCUR CANO quien fue capturado con el arma que momentos antes había tirado al suelo.

ACTUACIÓN PROCESAL

La diligencia de inspección de cadáver de JHON JAIRO JARAMILLO ARBOLEDA fue practicada por la Fiscalía 100 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Medellín, adscrita a la Unidad de Reacción Inmediata, el 29 de noviembre de 1998 y en la misma fecha fue puesto a disposición de la Fiscalía el capturado WALTER ALDOLFO BETANCUR CANO

La investigación fue iniciada por la Fiscalía 170 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito, el 2 de diciembre de 1998 (fl. 13 c # 1), siendo vinculado mediante indagatoria BATANCUR CANO, quien negó su participación en los hechos, arguyendo, en términos generales, que se encontraba en el sector dedicado a la ingestión alcohólica (fl. 49 c # 1). El 7 de diciembre de 1998, se le revolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el concurso de delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fl. 65 c # 1).

Oído en declaración el encargado de la distribución del periódico “El Colombiano” HUGO MARIO HERRERA ÁLVAREZ quien se encontraba en el lugar de los hechos,

expresó, entre otras afirmaciones, “Como yo estaba adentro de la reja, y tiramos la puerta se limitaron a disparar adentro de la puerta, osea (sic) que el que estaba disparando no se dio cuenta si mató o no mató a nadie, porque tiramos la puerta, en la puerta quedaron los huecos, creo que la puerta la iban a cambiar” (fl. 111 c # 1)

Según el protocolo de necropsia la causa de la muerte de JARAMILLO ARBOLEDA se produjo a consecuencia de las heridas penetrantes a cráneo, tórax y abdomen con proyectiles de armas de fuego, teniendo 5 orificios de entrada, 1) en la región occipital medio; 2) escapular derecho; 3) en el décimo espacio intercostal izquierdo con línea escapular interna; 4) cuadrante inferior externo del glúteo derecho, y; 5) cuadrante inferior externo del glúteo derecho.

Una vez fueron recibidos numerosos testimonios, se clausuró la etapa instructiva el 16 de febrero de 1999 (fl. 193 c # 1) y luego de surtido el traslado de ley, la Fiscalía 86 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito, adscrita a la Unidad 2ª de Vida de Medellín calificó su mérito mediante resolución acusatoria de fecha 18 de marzo de 1999, imputándole al procesado BETANCUR CANO la coautoría en el concurso de delitos por el cual le fue resuelta la situación jurídica.

Recibido el proceso por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín, el 23 de abril de 1999 se avocó su conocimiento ordenando iniciar el trámite inherente a la causa, llevándose a cabo la diligencia de audiencia pública (fl. 254), dando paso a la sentencia de primer grado de fecha 19 de octubre del mismo año (fl. 275), cuyas determinaciones fueron consignadas precedentemente.

Recurrida por WALTER ADOLFO BETANCUR CANO la anterior sentencia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la confirmó el 7 de diciembre siguiente. Contra ésta, el mismo procesado manifestó su inconformidad al momento de la notificación personal consignando que “Apelo” (fl. 881 vto), razón por la

cual el magistrado sustanciador, interpretó el querer del sentenciado como el de interponer el recurso extraordinario de casación, que le fue concedido por auto del 1 de febrero de 2000.

LA DEMANDA

Contra la sentencia de segundo grado, el defensor del procesado recurrente BETANCUR CANO presenta 2 cargos, el primero al amparo de la causal primera por violación directa de la ley sustancial y, el segundo, soportado en 3 reproches, 2 de los cuales los hace consistir en el error de hecho por falso juicio de existencia y, el último, por falso juicio de identidad.

1.- Cargo primero, causal primera por aplicación indebida del artículo 23 del Código Penal (coautoría impropia).

Considera que los juzgadores de instancia, dieron aplicación al artículo 23 del Código Penal anterior, a partir de la estructuración de una institución inexistente en el ordenamiento jurídico llamado “coautoría impropia”. Luego de hacer referencia a algunas teorías sobre la autoría del hecho, concluye que autor no solo es quien tiene capacidad para interrumpir la acción punible, sino, además, el que decide el sí y el cómo del hecho. Lo anterior es claro atendiendo a que la capacidad de interrupción en ciertos casos puede también ser predicable de terceros ajenos al hecho, por ejemplo, la fuerza pública.

Refiere que la asunción de este criterio, salvaguarda el artículo 24 del Código Penal, que regula la complicidad como forma de participación punitivamente atenuada, pues de lo contrario todos los eventos de complicidad quedarían resueltos en la “coautoría impropia” con lo cual se llegaría a la derogación tácita de la figura de la complicidad.

Coautor, entonces, es la persona o personas que dominan conjuntamente el hecho con

los demás intervinientes, en consecuencia, el conocimiento global del todo, implica el conocimiento de los límites del hecho punible, esto es, el conocimiento del plan, sobre el cual se dirige la voluntad de actuar conforme a él.

Agrega que, se equivocan los falladores cuando hacen depender la calificación de coautor de un hecho punible, solo sobre la convicción de un plan o acuerdo previo entre un grupo de personas, porque ésta no basta para sostener que, por sí sola, otorgue co-dominio sobre el hecho, pues, claramente, la categoría de la complicidad se sustenta en acuerdos previos o concomitantes al hecho punible, por lo que cualquier acuerdo posterior estaría en los límites denominados como encubrimiento. De acuerdo con ello, si el artículo 24 del Código Penal consagra la complicidad como una forma de participar en el hecho punible, se está de antemano reconociendo que el acuerdo previo no constituye el único criterio sobre el cual se haga depender una calificación a título de coautoría, pues la complicidad también requiere de previo acuerdo para su configuración.

Con base en transcripciones parciales de las sentencias de instancia, afirma que los juzgadores reconocieron que WALTER ADOLFO BETANCUR no fue quien disparó contra JHON JAIRÓ JARAMILLO aceptando que el arma homicida (pistola 9 mm) no correspondía al revólver de cuyo porte se acusa al procesado (calibre 38 largo); en consecuencia, se descarta que el procesado hubiera tenido el dominio de la conducta homicida. No obstante, en caso de que hubiere existido tal acuerdo, ello no permite imputar a BETANCUR CANO la coautoría de un homicidio de cuya realización a todas luces no mantuvo el dominio ni medió su contribución objetiva.

Por lo anterior, concluye en la indebida aplicación del tipo penal de homicidio, pues si el procesado, como se admite en la sentencia, “con su arma de fuego no le arrebató la vida a JHON JAIRÓ JARAMILLO” ni realizó ninguna conducta inequívocamente dirigida a acabar con la vida de la persona de cuya muerte se le condena, el fallador no podía

enmarcar su conducta dentro de la descripción típica del artículo 323 del Código Penal, de ahí que la aplicación de la norma resulta lesiva del derecho sustancial.

Señala que dar aplicación jurisprudencial a una forma de coautoría que excede los marcos previstos en el artículo 23 del Código Penal y que de manera expresa no ha sido regulada por la ley, según el principio de legalidad, es incurrir en su flagrante desconocimiento, pues en materia penal la interpretación judicial no puede alejarse del norte de la ley, porque cuando ello ocurre se propicia una violación del principio de legalidad.

Solicita, en consecuencia, casar la sentencia impugnada en relación con el cargo de homicidio y, en su defecto, se reemplace el fallo por uno de carácter absolutorio, tasando nuevamente la pena de acuerdo a la sustancial rebaja que implicaría desechar el cargo.

2.- Segundo cargo, causal primera violación indirecta de la ley sustancial falso juicio de existencia al omitir la apreciación del testimonio de HUGO MARIO HERRERA ÁLVAREZ y falso juicio de identidad en la valoración de otros medios de prueba.

Asegura el censor que la sentencia viola indirectamente una norma de derecho sustancial, por errores de hecho por falso juicio de existencia al omitir parcialmente la apreciación del testimonio de HUGO MARIO HERRERA ÁLVAREZ y la diligencia de reconocimiento en fila de personas y falso juicio de identidad al tener en cuenta los testimonios de CARLOS JAIME SALAZAR SALAS, HIPÓLITO VALLEJO, VÍCTOR HUGO PARRA ARANGO, JORGE ALBERTO COSGUEN CASTILLO y LUIS FERNANDO DÍAZ PÉREZ.

2.1.- Apoyado en lo afirmado por el testigo HERRERA ÁLVAREZ, en sentido de que “Como yo estaba adentro de la reja, y tiramos la puerta se limitaron a disparar adentro de la puerta, ósea que el que estaba disparando no se dio cuenta si mató o no mató a nadie porque tiramos la puerta, en la puerta quedaron los huecos...” (sic todo el texto) sostiene que éste demuestra que el homicidio de JHON JAIRO JARAMILLO, no solo estaba por fuera

del plan de los intervinientes o constituía un exceso de uno de los partícipes, sino que, además, ni siquiera era conocido por quien lo ejecutaba mucho menos por los demás protagonistas. Los obstáculos que existían entre el autor y la víctima no permitían ninguna visibilidad, por ello, quien realizaba los disparos podría estar lanzándolos sin objetivo alguno.

Considera que de acuerdo a lo afirmado por HERRERA ÁLVAREZ hay un alto grado de probabilidad de que ni el mismo ejecutante tuviera conocimiento que estaba ocasionando lesiones a la humanidad de JHON JAIRO JARAMILLO, por lo que, mucho menos puede argumentarse que el procesado BETANCUR CANO estuviera actuando conforme a este conocimiento. Para el censor resulta extraño que no se hubiera valorado quizá lo único importante que pudo afirmar el referido testigo, ya que el mismo señaló que no tuvo conocimiento sobre el desarrollo de los hechos, porque “una vez llegaron los agresores se limitó a encerrarse con JHON JAIRO JARAMILLO y no salió de allí hasta que se finalizaron los hechos”

Asegura que la valoración del aparte transcrito del testimonio de HERRERA ÁLVAREZ, es trascendental para demostrar la comisión del homicidio. Disparar a ciegas, agrega, contra una reja no garantizaba que las personas que se encontraban adentro procedieran a abrirla, lo cual era necesario para apoderarse del dinero, que era el fin perseguido por los asaltantes; tampoco era una acción idónea para matar a otro, en la medida en que no se sabía la ubicación que podrían asumir las personas dentro del espacio de la bodega.

Dice que de haberse tenido en cuenta esta prueba, el fallador habría reconocido como verdad procesal lo que naturalísticamente era obvio: que el homicidio de JHON JAIRO JARAMILLO no hacía parte del plan inicial de los asaltantes y que se debió a una conducta excesiva de uno de los partícipes y que por lo tanto solo a él le era imputable.

2.2.- En relación con la diligencias de reconocimiento en fila de personas, refiere que el testigo TABARES MORENO no señaló al procesado cuando se le solicitó que indicara la persona que participó en los hechos. El no reconocimiento de WALTER ADOLFO BETANCUR CANO por parte de este testigo le resta firmeza a su declaración según la cual el procesado estaría presente para el momento en que se ultimaba a JARAMILLO ARBOLEDA y, además, desvirtúa su participación en el asalto a la bodega de "El Colombiano", pues ningún otro testigo ni medio probatorio establece el vínculo entre el procesado y los hechos.

Asegura que dicha apreciación violó la ley sustancial al aplicar indebidamente a título de coautor su supuesta participación en el delito de homicidio cuando ni siquiera existía certeza acerca de la presencia de WALTER ADOLFO BETANCUR en el momento y lugar en que se ultimaba a JHON JAIR JARAMILLO, como tampoco de su participación en el asalto.

2.3.- En lo atinente al falso juicio de identidad refiere que de ese grupo de declarantes, los falladores concluyeron que coadyuvaban la responsabilidad de WALTER ADOLFO BETANCUR CANO, dando calidad de prueba directa a una que en su mayoría fue indirecta y, por lo tanto, un alcance que no tenían.

Refiere que a JAIME SALAZAR SALAS conductor del furgón, no se le puede tener como testigo presencial porque solo pudo percibir auditivamente algunos de los sucesos ocurridos el 29 de noviembre de 1998, sin que observara algún hecho que diera claridad a la investigación, sobre todo en lo que tiene que ver con el homicidio y la responsabilidad del procesado.

Del testimonio de HIPÓLITO VALLEJO dice que fue considerado por el juez de primera instancia como la persona que corroboró la versión de TABARES MORENO y, el Tribunal, adujo que fue la persona que enfrentó al procesado realizando éste tres disparos

contra su humanidad; sin embargo, considera que efectivamente el declarante tuvo un enfrentamiento con uno de los asaltantes pero no afirma que haya sido con el que resultó capturado, por lo tanto, no se puede extraer que fue WALTER ADOLFO BETANCUR quien realizó los tres tiros a los que se refiere el Tribunal Superior de Medellín, dándole un sentido totalmente diverso a la prueba. Aún más, afirma que esta interpretación contraviene todas las afirmaciones de las demás declaraciones que indican que el procesado se escondió en una caseta de teléfonos, mientras los demás intervinientes huían por el callejón en sentido contrario a la ubicación de BETANCUR CANO.

Sobre la declaración de VÍCTOR HUGO PARRA ARANGO, refiere que en efecto, éste afirma haber presenciado el enfrentamiento entre HIPÓLITO VALLEJO y uno de los asaltantes, pero que el Tribunal desconoce que en su declaración dijo que no pudo ver nada relacionado con la captura del procesado, porque se encontraba en un lugar distante de la producción de la misma.

Concreta el falso juicio de identidad en que el fallador de segunda instancia no puede asumir que dicha prueba se sume a las que predicen la responsabilidad de BETANCUR CANO, por el contrario, “el declarante reafirma que entre el lugar de la ocurrencia del homicidio, del enfrentamiento entre el señor HIPOLITO VALLEJO y uno de los asaltantes, había una distancia considerable con relación a la posición en la que se encontraba WALTER ADOLFO BETANCUR CANO a quien ni siquiera quiso distinguir luego de producirse su captura.”

De otra parte, precisa que el Tribunal toma la declaración del agente JORGE ALBERTO COSGUEN CASTILLO como una de las pruebas contundentes para predicar la responsabilidad de BETANCUR CANO, pero según manifiesta este declarante no tuvo conocimiento directo de los hechos porque una cuadra antes de llegar a El Colombiano ya se encontraba herido.

Al referirse a la declaración del agente intendente LUIS FERNANDO DÍAZ PÉREZ, en la que el Tribunal soporta la responsabilidad del acusado, señala su fugaz presencia en el lugar de los hechos y el conocimiento indirecto que tuvo de los mismos a través de sus compañeros.

En criterio del recurrente quedó demostrado que de las pruebas relacionadas y que sirvieron de fundamento para proferir sentencia condenatoria, es lo que constituye el falso juicio de identidad.

Solicita a la Corte, en consecuencia, casar el fallo porque no era aplicable para efectos de extender la responsabilidad por el delito de homicidio, haciendo la consabida y sustancial rebaja de pena.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para el Ministerio Público, la sentencia impugnada debe casarse por efecto del segundo cargo, más no así, por el primero, en el que encuentra errores de técnica y carencia de demostración.

1.- En relación con el cargo formulado al amparo de la violación directa de la ley sustancial, refiere que en el fondo lo que acusa el actor es la interpretación errónea del artículo 23 del Código Penal vigente para época de los hechos, porque considera que los falladores de instancia extendieron los efectos del mismo a una figura que legalmente no existe como es la coautoría impropia; sin embargo, destaca que el cargo no se encuentra correctamente formulado lo que hace imposible su prosperidad.

En efecto, advierte que los argumentos del libelista indican que el artículo 23 del Código Penal era la norma que correspondía aplicar, solo que a ella se le dio un alcance que no tenía, en la medida en que se extendieron sus efectos hacia una figura que no tiene regulación legal, argumentos típicos de una interpretación errónea de la norma, no

de una aplicación indebida.

Señala que para demostrar la acusación, el libelista realiza una presentación teórica de la figura de la coautoría, sus requisitos, los elementos que la conforman y trata de desvirtuar la existencia de esos elementos en el comportamiento desplegado por BETANCUR CANO, incurriendo en otro error de técnica, porque controvierte la existencia de un plan delictivo común y el acuerdo previo que se reputó como existente entre los partícipes, con lo que implícitamente se manifiesta el desacuerdo con los hechos condicionantes de la aplicación de la norma de derecho sustancial.

A juicio del Ministerio Público, se evidencia de la demanda que el censor plantea no un problema de violación directa de la ley sustancial, sino un problema de valoración probatoria y, en consecuencia, de violación indirecta de la norma, porque según el censor, la consideración de Betancur como coautor derivó de la apreciación del material probatorio que se aportó a la investigación y no de la norma que se aplicó a esa valoración.

No obstante lo anterior, considera el Procurador Delegado que los razonamientos expresados por los sentenciadores no son equivocados, como no es válida la afirmación del recurrente de que la coautoría impropia sea una institución jurídica inexistente en la legislación colombiana. Por el contrario, fue correcta la aplicación del artículo 23 del Código Penal, porque de acuerdo con ella se determinó que BETANCUR intervino en la realización del hecho punible y que la misma se encuentra regulada en el artículo 23 del Código Penal.

Sostiene que la norma (artículo 23) rectamente entendida abarca tanto al actor material, como al determinador, “así como a los coautores, sean estos de los denominados por la doctrina ‘propios’ o ‘impropios’ (siendo los primeros quienes aportan acciones relacionadas estrechamente con la conducta descrita en el tipo penal, y los segundos quienes ejecutan acciones que permiten la obtención del resultado

típico) pues todos los anteriores, en estricto sentido, ‘realizan el hecho punible’”

Afirma que la coautoría se determina por la realización conjunta del hecho delictivo, en la que hay una comunidad de designio criminoso y división o reparto del trabajo criminal. Si se cumplen las dos condiciones, todos los coautores responden por la totalidad del hecho delictivo, no por las acciones individuales realizadas por cada uno de ellos.

Por lo anterior, considera que el cargo no debe prosperar.

2.1.- En relación con el segundo cargo, advierte el Ministerio Público que si el autor de los disparos no tenía conocimiento sobre lo que estaba ocurriendo al interior de la bodega, ni se logró demostrar la intencionalidad con la que disparó contra la puerta, mal puede predicarse de BETANCUR CANO un conocimiento del delito de homicidio que finalmente se produjo, máxime si se tiene en cuenta que los disparos se dirigieron contra la puerta cerrada y que Herrera no fue alcanzado por ellos.

Para el Ministerio Público, esa acción (disparar contra la reja de la bodega) no refleja que el autor de los disparos los haya realizado con intención de matar a Jaramillo; según lo expresa el testigo, esta persona no sabía que estaba lesionando a alguien al interior de la bodega, en consecuencia, resulta muy forzado sostener, con esa evidencia, que esta actuación (disparar contra un ser humano) constituía parte del plan de acción de los asaltantes; mas parece fruto del azar, como lo plantea el censor, o de una actuación por fuera de lo mancomunadamente previsto y, en ambos casos, impediría la deducción de responsabilidad para BETANCUR CANO por este hecho punible.

No podía imputársele a BETANCUR la calidad de coautor de ese delito, porque no logró demostrarse, de las pruebas que se practicaron que el homicidio estuviese contemplado en el acuerdo de voluntades de los participantes.

Resalta el Procurador Delegado, que el desarrollo de los acontecimientos es lo

que permite establecer la intencionalidad de los participantes; el plan de acción que llevan para realizar la conducta punible; de manera que si al ejecutar la acción propia de un delito de hurto, se encuentran los autores con una persona que impide la consumación del mismo y uno de los partícipes le dispara causándole la muerte, esa eventualidad habitualmente se puede colegir como aceptada por todos y, por consiguiente, todos deben responder por el delito que se cometa. Pero, en el presente caso, donde no es clara la intencionalidad del autor, en el que en apariencia ni siquiera el autor tenía conocimiento del hecho que estaba ejecutando, pero tampoco se conoce con certeza, por lo probado, cuál era el propósito de la banda criminal, no es correcto imputarle a los participantes la calidad de coautor del homicidio.

Enfatiza que la prueba que dejó de apreciarse por el sentenciador demostraba esa circunstancia y de haberse valorado podría haber sido diferente la suerte del implicado, toda vez que no se le habría considerado coautor del homicidio. Esta prueba, a juicio del Ministerio Público, tenía la posibilidad de cambiar la suerte jurídica del implicado, resultaba trascendente para la toma de decisiones, pero, además, estudiada en conjunto con el resto del material probatorio no podía ser desvirtuada, porque ninguna probanza determinaba la intencionalidad del autor de los disparos y sólo quien se encontraba al interior de la bodega podía saber si existía visibilidad de afuera hacia adentro y el conocimiento que pudiera tener quien disparaba, del daño que acusaba.

Asegura el Procurador Delegado que “puede afirmarse, entonces, que la reacción del autor de los disparos ante la sorpresiva cerrada de la reja, según lo demostrado, no formaba parte del acuerdo previo, del plan común que se habían trazado los asaltantes; fue una reacción impulsiva ante la acción de los empleados de la bodega y se dirigió hacía una puerta cerrada; por azar Jaramillo resultó impactado por las balas, bien porque no tuvo la misma agilidad de su compañero Hugo Mario Herrera Alvarez, ya porque consideró que tras la reja no sería alcanzado por las balas, ora por circunstancia distinta que no se ha comprobado en la actuación”.

Estima el Procurador Delegado que el delito de homicidio no puede ser imputado a BETANCUR CANO en calidad de coautor, porque nunca se conoció la intencionalidad del autor de los disparos, ni podía saber el sujeto activo que lo estaba cometiendo cuyos elementos que se podían extractar de la declaración de HUGO MARIO HERRERA que fue omitida por el Tribunal.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, para proferir la de reemplazo en la que se absuelva a BETANCUR CANO del delito de homicidio.

2.2.- En cuanto a la segunda censura formulada, por error de hecho por falso juicio de existencia sobre la diligencia de reconocimiento en fila de personas, considera el Ministerio Público que así no se haya mencionado en forma expresa la diligencia de reconocimiento en fila de personas por la sentencia, la situación fue contemplada y desvirtuada por el resto del material probatorio y, en consecuencia, no le asiste razón al libelista en la formulación del cargo.

2.3.- En relación con el falso juicio de identidad en el que pudo haber incurrido el Tribunal, en la apreciación de los testimonios referidos por el casacionista, señala el Procurador Delegado, que no logró demostrar el pretendido yerro, más aún cuando la armonía y contundencia de las pruebas la refieren los sentenciadores a la demostración del hecho punible y de la presencia de BETANCUR CANO en el lugar de su captura y el señalamiento que se hizo de él como uno de los partícipes en el asalto, pero no son demostrativas de la responsabilidad en cuanto al delito de homicidio y de esta manera son entendidas por el Tribunal.

Solicita, en consecuencia, casar la sentencia impugnada y proferir fallo de reemplazo en el que absuelva a BETANCUR CANO del delito de homicidio en calidad de coautor.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE :

1.- Cargo primero, causal primera violación directa de la ley sustancial indebida aplicación del artículo 23 del Código Penal de 1980.

La Sala estudiará con detenimiento el cargo, no obstante el Procurador Delegado, estime en él ostensibles defectos de técnica. Es probable que haya faltado, de una parte, claridad en la censura, pues para la postulación del cargo el censor entra en aparente indefinición sobre el sentido de la acusación, porque inicialmente, acusa la aplicación indebida del artículo 23 del Código Penal vigente para época, lo que de suyo implica decir que los juzgadores se equivocaron en la invocación del precepto, pero, a renglón seguido, según se infiere del desarrollo del cargo, su planteamiento se orienta a denunciar que los juzgadores de instancia le dieron un alcance que no caracteriza al precepto.

De otra parte, porque no acata el censor, y ello fue motivo de reparo por parte del Ministerio Público, que en el esfuerzo por demostrarle a la Corte la violación directa de la ley sustancial, arremete contra la prueba al demeritar la existencia del acuerdo criminal de los protagonistas del ilícito, presentando la hipótesis de que en el evento de que existiera prueba de que el procesado BETANCUR CANO era ajeno al acuerdo, estaría incurriendo en objeciones de carácter probatorio extrañas a la causal invocada.

Empero, las irregularidades anotadas, no impiden el análisis de fondo que la postulación del cargo demanda, pues es imprescindible, en ocasiones, que el actor aluda a los hechos como fueron presentados por el juzgador, porque la discusión, así tenga un carácter preponderantemente jurídico por razón de la falta de aplicación o de la aplicación indebida o de la errada interpretación en que incurrió el juez de los preceptos sustanciales pertinentes al caso, su validez depende de la veracidad del hecho sobre el cual se pretende la acertada adecuación típica.

De la llamada coautoría impropia.

El tema de la “coautoría impropia” que el recurrente

considera inexistente en el ordenamiento jurídico colombiano, al punto de sostener que su aplicación por vía jurisprudencial llegaría a derogar tácitamente el fenómeno jurídico de la complicidad, ha sido objeto de esmerados estudios por parte de esta Corporación dentro de la vigencia del Código Penal de 1980 y que dieron lugar a reiterados pronunciamientos¹.

En efecto, la Corte ha sostenido y reiterado, de antiguo, que cuando varias personas conciertan libre y voluntariamente la realización de un mismo hecho (conducta) punible, con distribución de funciones en una idéntica y compleja operación delictiva, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa de la empresa común², todos tienen la calidad de coautores, por ello actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o por lo menos aceptado como probable.

Es cierto que el concepto así expresado, como se dijo en algunos salvamentos de voto, podría conducir a involucrar al cómplice dentro de una ampliada comprensión del término “autor”, dado que también interviene en el hecho común, en virtud de un acuerdo previo, inclusive con “dominio” de su propia intervención, que forma parte de la empresa total.

Es en este punto en el que el censor centra su argumento, cuando afirma que el sólo concierto previo no permite configurar la coautoría. Empero, de la posición asumida por la Corte, se destaca la afluencia de varios principios para entender el concurso de personas dentro de la institución de la coparticipación criminal, a saber, el de la ejecutividad, entendida ésta como la exteriorización de la conducta, mínimo hasta el grado de la tentativa, de la identidad, de manera que en torno a una misma empresa delictiva se aglutinen los partícipes, la convergencia dolosa, el cual supone el acuerdo de voluntades y de la división de trabajo como efecto de lo concertado y concretado. Si de la intervención así convenida, se podía deducir la “realización de una misma y compleja operación delictiva”, esta forma de participación tenía que ser calificada

como de autor, dado que el artículo 23 de la codificación anterior consideraba como autor al que realizara el hecho punible, como así también lo establece el código actual (Ley 599/2000) .

Por lo expuesto, no puede afirmarse con certeza que la Corte legisló o, como lo insinúa el demandante, que se “inventó” la figura de la coautoría impropia, puesto que su comprensión dependió de la interpretación en vía de jurisprudencia, de la disposición legal a la cual dio dicho sentido y que el censor considera indebidamente aplicado.

Empero, es preciso determinar que de ese principio de convergencia debe distinguirse, primero, si la participación no tuvo la relevancia o intensidad indispensable para estimar al partícipe como autor, sino como cómplice, dificultad que la ley actual supera y aclara “atendiendo la importancia del aporte”, de tal manera que si el aporte no es importante, se debe entonces remitir a la figura de la complicidad y, segundo, si uno de los participantes actuó por fuera de lo pactado, lo cual conduce al exceso y la prohibición de regreso, pues en tal evento, la responsabilidad la asume el respectivo concurrente. 3

Es en este aspecto en el que se debe reflexionar, pues el recurrente considera indebidamente aplicado el artículo 23, anterior, por cuanto que, dice, el homicidio cometido no se le debe imputar a su representado ya que en su realización no tenía dominio ni para ello medió “su contribución objetiva”.

Es factible que la teoría objetivo-formal de la “realización” del hecho o de la conducta punible, resulte adecuada para resaltar al autor unitario, no así al plural, puesto que en muchos casos de coautoría el coautor no interviene en actos de ejecución, en el sentido objetivo-formal, como sucede , por ejemplo, con el organizador de un plan delictivo que está presente en la dirección de la ejecución, pero no materialmente en ella. Su colaboración y aporte es de vital importancia, sin duda, pero no es ejecutiva desde el punto de vista objetivo-formal. Sin embargo, es un coautor, porque dentro

de la división de trabajo que complementa el concepto de autor, su participación es importante, porque está comprendida dentro del plan de autor, como así lo admite la doctrina, tanto nacional como comparada. En la vigencia del código anterior, el determinador se consideraba autor, así, claro está, no interviniera en la ejecución material del reato

Tratándose entonces de un delito planificado, es elocuente que no todos los partícipes realizan todos los elementos del tipo, mas , el hecho de no haber realizado directamente el tipo doloso, no descarta que quien haya tenido el dominio funcional del hecho o conducta pueda ser considerado como coautor porque su aportación es esencial, mediando el acuerdo previo y la ejecución común, dada la distribución de funciones o actividades en el aludido plan.

Quiere decir lo anterior, que la teoría del dominio del hecho no puede entenderse, como así parece ser el caso del recurrente, dentro de un estrecho concepto objetivo-formal, puesto que es evidente que la ejecución o realización material, no constituye la única forma de manifestarse el dominio.

En el caso que se analiza, no está puesto en duda que WALTER ADOLFO BETANCUR CANO, participó en un hecho en el que intervenían varias personas concertada en un plan criminal, en el que todos tenían asumidas sus propias actividades con un pleno dominio funcional del proyecto criminal.

El otro aspecto se refiere al presunto exceso del homicida, no concertado y, por consiguiente, no susceptible de imputación a BETANCUR CANO, porque no estaba pactado lo que ni el propio homicida tenía en mente, si, como se afirma, no sabía que detrás de la puerta contra la cual disparaba, estuviera la víctima expuesta a sus letales proyectiles. Por estas razones, condenársele como coautor de ese homicidio, implica una indebida aplicación del artículo 23 del anterior código.

Para el Tribunal de Medellín, en la sentencia objeto de este recurso,... “Hubo unidad de hecho punible, intervención de varias personas en el hecho único, una conducta o actividad individual de quienes participaron en el hecho, una convergencia objetiva de las diversas actuaciones hacia la producción de un mismo resultado y una convergencia subjetiva de los distintos participantes con conocimiento del hecho típico”. (folio 319)

En consecuencia, de un plan se trataba, no está en duda que los participantes asumieron actividades y riesgos. Los compartieron, por eso iban armados, dispuestos cognitivamente (convergencia subjetiva, dice el Tribunal) a los resultados que se alcanzaran, ya el que constituía la finalidad última del plan, ora los producidos como medio, pues si se asumen los fines, se asumen los medios para obtenerlo.

El homicida disparó repetidas veces contra la puerta que la víctima y su compañero cerraron de un tirón. Si los proyectiles impactaron al occiso en su cráneo, tórax y abdomen, significa que disparó no para impactar la cerradura de la puerta, para facilitar su apertura, sino verticalmente, advirtiendo como posible impactar el cuerpo de quienes buscaron refugio tras de la puerta metálica.

Todo ese evento, estaba implícito en el plan criminal, por eso mismo los asaltantes portaban armas de fuego. Es por esto, que el Tribunal entendió que por la convergencia subjetiva, el llamado hecho único obedecía a un plan, en el cual los concurrente tenía dominio funcional previamente concertado y una división de trabajo en una compleja operación delictiva, que permite considerar a todos los partícipes como coautores en virtud del artículo 23, anterior, sosteniendo así el ad quem la jurisprudencia reiterada de esta Sala. 4. Conforme a la cual, cuando en eventos como el que ahora se analiza, los miembros de una banda criminal resuelven utilizar armas, están admitiendo la posibilidad de su uso y, por contera, responden por los delitos contra la vida y la integridad personal en que puedan incurrir como coautores.

De este modo, el reproche formulado por el casacionista carece de fundamento, por lo tanto, el cargo no prospera.

2.- Segundo cargo, causal primera violación indirecta de la ley sustancia por falso juicio de existencia al omitir la apreciación del testimonio de HUGO MARIO HERRERA ÁLVAREZ y falso juicio de identidad en la valoración de otros medios de prueba.

En relación con el segundo cargo soportado sobre supuestos errores de hecho por falso juicio de existencia en la valoración de los testimonios de HUGO MARIO HERRERA ÁLVAREZ y ROBERTO TABARES MORENO y falso juicio de identidad respecto de los testimonios de CARLOS JAIME SALAZAR SALAS, HIPÓLITO VALLEJO, VÍCTOR HUGO PARRA ARANGO, JORGE ALBERTO COSQUEN CASTILLO y LUIS FERNANDO DIAZ PÉREZ, tampoco tiene vocación de éxito.

2.1.- En efecto, inicialmente, el censor acusa al Tribunal de haber violado la ley sustancial porque incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia al omitir parcialmente la apreciación del testimonio de HUGO MARIO HERRERA ÁLVAREZ, reproche que siendo avalado por el Procurador Delegado solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, en relación con el punible de homicidio; empero, encuentra la Sala que no les asiste razón, en primer lugar, porque el cargo presenta serias falencias de orden técnico, tanto en su postulación como en el desarrollo, por cuanto, no es cierto que la versión rendida por el testigo HERRERA ÁLVAREZ haya sido omitida en su valoración por los funcionarios de instancia, como para predicar configurado el error de hecho por falso juicio de existencia que se alega. Significa lo anterior, que el recurrente no abordó el ataque con la técnica requerida que implica determinar con exactitud si en la contemplación de la prueba el juzgador omitió o supuso un medio de convicción o lo distorsionó, tergiversó, adicionó o cercenó la prueba.

2.2. No obstante lo anterior, se infiere que lo que el censor pretende demostrar, es un error

de hecho por falso juicio de identidad, por cercenamiento del testimonio de HUGO MARIO HERRERA ÁLVAREZ siendo, al parecer, este último caso que entraña la inconformidad del demandante y que necesariamente ubica la discusión en torno a un falso juicio de identidad y no al falso juicio de existencia aludido por el demandante.

Adviértase, entonces, que tanto el recurrente como el Ministerio Público, refieren que si los juzgadores de instancia hubieran apreciado el testimonio de HERRERA ÁLVAREZ en el aparte que dice “como yo estaba adentro de la reja, y tiramos la puerta se limitaron a disparar adentro de la puerta, osea que el que estaba disparando no se dio cuenta, si mató o no mató a nadie, porque tiramos la puerta, en la puerta quedaron los huecos, creo que la puerta la iban a cambiar”. Sin embargo, considera la Sala que la inferencia realizada por el recurrente y el Ministerio Público sobre ese pasaje de la declaración del referido testigo, no excluye de la responsabilidad en el delito de homicidio del procesado BETANCUR CANO, pues como en su momento lo admitieron los juzgadores de instancia, los 6 individuos que acordaron incursionar en la sede del periódico “El Colombiano” con el objeto de cometer la conducta ilícita, prepararon el plan y la estrategia de dominación a sus moradores, al punto de concebir la necesidad de portar y usar armas de fuego para garantizar el éxito de la empresa criminal.

Luego, para la Sala el pasaje de la declaración en controversia, no suscita la certidumbre que albergan tanto el recurrente como el Ministerio Público, sobre la irresponsabilidad de BETANCUR CANO en el delito de homicidio, por el contrario, según la misma declaración de HUGO MARIO HERRERA ÁLVAREZ, quien disparó conocía perfectamente de la presencia de las dos personas (el declarante y el hoy occiso) que se encontraban detrás de la puerta que acababan de cerrar y contra la que accionó su arma de fuego cuyos proyectiles traspasaron la hoja de la puerta causándole la muerte a JHON JAIRO JARAMILLO ARBOLEDA.

De igual manera, la siguiente afirmación del mismo testigo, resulta lo suficientemente

ilustrativa para desestimar el criterio del censor y del Ministerio Público, cuando afirma “Alguien se acercó tras la reja que hay antes de la puerta, y entonces me llamó la atención, dijo ‘hey’ algo así, porque no recuerdo bien, cuando yo vi una persona que nos apuntaba con arma, entonces el señor que estaba ahí en la reja, que tenía el arma, dijo no se que cosa, inmediatamente Jairo tiró la puerta, y yo logré tirarme para un lado protegiéndome y él quedó de frente a la puerta donde tocaron los disparos. Luego que yo estaba en el suelo oí muchos disparos por fuera y me quedé ahí hasta que no sentí mas ruidos. Luego de ahí le preguntaba a Jairo si lo habían herido, y él no me contestaba, yo lo veía, entonces él no me respondía, me acerqué y lo toque, lo moví, estaba tirado encima de unos paquetes de periódico, yo pensé que estaba resguardado, pero cuando me acerqué vi el charco de sangre y ahí fue cuando lo toqué en el cuello y vi que no tenía pulso, ahí fue cuando me dirigí a la puerta y les dije a los muchachos que habían matado a Jairo...”. Es evidente, entonces, que del relato anterior se desprende el conocimiento que tenía el autor de los disparos sobre la existencia de las personas que trataban de protegerse detrás de aquella puerta que resultó perforada por los disparos, que finalmente hicieron blanco en la región posterior de la humanidad de JHON JAIRO JARAMILLO, causándole la muerte.

No resulta, entonces, cuestionable el análisis probatorio llevado a cabo por los funcionarios de instancia, a partir de una bien diseñada planificación de la conducta ilícita que llevaron a cabo con las consecuencias sabidas, adecuaron la forma de culpabilidad en el dolo eventual atendiendo la representación del resultado sin que estuviera acompañada de una actitud orientada a eludirlo, dado que, se asumió y aceptó como posible el resultado, máxime cuando, como ya se anotó los disparos efectuados fueron hechos a través de una puerta que se cerraba con la esperanza de que protegiera la vida e integridad de las personas que se escondían tras de ellas, con el infortunio que los disparo que segaron la existencia de JHON JAIRO JARAMILLO, según la necropsia, tuvieron como orificios de entrada su parte posterior.

No comparte, entonces la Sala, la postulación del Ministerio Público, en el sentido de asumir que los disparos fueron hechos por una reacción impulsiva ante la sorpresiva cerrada de la puerta y que “no formaba parte del acuerdo previo, del plan común que se habían trazado los asaltantes” pues, adviértase del pasaje anterior, que los asaltantes diseñaron la incursión armada en la sede del periódico y el autor de los disparos llamó la atención del declarante HUGO MARIO HERRERA diciéndole “hey” destacándose para aquel momento que ya empuñaba su arma, para disparar en contra de ellos.

Tal afirmación, a juicio de la Sala, no permite realizar la inferencia que hace el señor Procurador Delegado, en primer lugar, porque el asaltante se encontraba en plena disposición de disparar, habida consideración de que empuñaba el arma, en segundo lugar, nótese la posición de dominio del hecho que tenía en el lugar y, en tercer lugar, disparó en contra de las personas que huían tras cerrar la puerta como un acto del plan común, sino, más bien, para asegurar el éxito de la empresa criminal.

2.3. Sigue siendo cierto que “ lo malicioso es lo contrario de lo imprudente desde el punto de vista cognoscitivo ”, por consiguiente, si el sujeto conoce la posibilidad de que su acción realiza el tipo, y no obstante ejecuta la acción, es porque quiere el resultado previsto, lo cual implica el tipo subjetivo factorizado por el dolo eventual. La ley actual (art. 22) considera que es dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable, en tanto que la norma vigente para el hecho (Dcto. 100/80, art. 36) estimó dolosa la conducta cuando el agente acepta el hecho como posible, juicio éste más amplio si se tiene en cuenta que lo posible es una modalidad de un hecho o proceso que se estima, en abstracto o en términos generales, como real o necesario, puesto que la realidad se encuentra siempre en el ámbito de la posibilidad. En tanto, un juicio de probabilidad, que es posibilidad concreta, es de índole gnoseológica, en cuanto implica lo cierto o lo verdadero, dependiendo de los grados de su mayor o menor acercamiento a la certidumbre.

Para este caso, en concreto, el Tribunal tuvo que haber hecho un juicio de posibilidad, como se lo exigía el artículo 36, anterior, al deducir del testimonio en ciernes que para el homicida, la presencia vulnerable de una persona tras la puerta era real y por eso, disparó repetidas veces, alcanzado así a su víctima de manera fatal.

Si, como se dijo en la respuesta al cargo anterior, los concertados para perpetrar el asalto en “El Colombiano” de Medellín, aceptaron con división de trabajo todas las posibilidades que surgieran durante su ejecución, se empleaban como coautores de un plan común, por ello mismo, el acto homicida estaba en la posibilidad aceptada por todos los sujetos armados, dispuestos a matar. No se trató de un hecho aislado o excedido que impidiera ser imputado a los demás, si como se ha dicho, fue dolosamente ejecutado.

En consecuencia, el cargo no prospera.

3.- Así mismo, el supuesto error de hecho por falso juicio de existencia que le imputa el recurrente a la sentencia de segunda instancia atinente a la falta de valoración de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, resulta irrelevante en relación con la presencia y responsabilidad que le asiste a BETANCUR CANO teniendo en cuenta que, si bien es cierto, la mencionada diligencia no fue valorada por los funcionarios de instancia, también es verdad, que tales aspectos referentes al procesado fueron considerados a través de otros medios de convicción, pues se estableció que fue capturado en la proximidades del hecho, llevando consigo un arma y la cartuchera de la munición de uno de los vigilantes.

En estas condiciones no le asiste razón al casacionista en la formulación del reproche.

4.- Finalmente, el error de hecho por falso juicio de identidad con el que acusa la sentencia de segundo grado, resulta inidóneo por deficiencias técnicas y de razón, tanto en la

presentación como en el desarrollo del cargo.

En efecto, adviértase que el recurrente al atacar la evaluación de los testimonios de CARLOS JAIME SALAZAR SALAS, HIPÓLITO VALLEJO, VÍCTOR HUGO PARRA ARANGO, JORGE ALBERTO COSGUEN CASTILLO y LUIS FERNANDO DÍAZ PÉREZ, no precisa la forma en que el Tribunal distorsionó sus versiones, pues tan sólo hace referencia en sus conclusiones personales conforme debió asumirse la valoración de los referidos testimonios, dado que, algunos no fueron testigos directos del desarrollo de los hechos.

Empero, olvida el censor que el Tribunal a efecto de proferir la sentencia, realizó sobre el conjunto probatorio un examen integral del que deviene la conclusión que el procesado BENTANCUR CANO participó activamente y con distribución de funciones en el asalto realizado en la sede de distribución del periódico “El Colombiano”, destacándose la presencia y participación del procesado en la comisión de los hechos demostrativas de su responsabilidad en los mismos.

Por ello infructuoso resultó el esfuerzo del recurrente al tratar de demostrar, bajo su personal apreciación la forma en que el fallador pudo incurrir en el supuesto error de hecho por falso juicio de identidad, máxime cuando ni siquiera refiere a su tenor literal, sustrayendo con este planteamiento, el reclamo del ámbito bajo el cual fue formulado y ubicándolo en una forma distinta, de error probatorio.

En cuanto hace a la también cuestionada evaluación de los testimonios de VÍCTOR HUGO PARRA ARANGO, JORGE ALBERTO COSGUEN CASTILLO y LUIS FERNANDO DÍAZ PÉREZ, la acusación es por igual irrelevante, puesto que la objeción se enraíza en la credibilidad otorgada a los deponentes, vale decir, el cargo se convierte en la oposición del criterio personal del censor al del juzgador sobre el análisis del medio probatorio, pero sin señalar y acreditar el error denunciado con lo cual releva a la Corte de la posibilidad de ingresar al debate, pues la postura argumentativa asumida resulta inadmisibles en sede

extraordinaria, porque, además, la demanda debe destacarse por su claridad y precisión en la fundamentación de las causales que se aducen, aspectos que se echan de menos en la confección de la misma.

Así mismo, nótese cómo el recurrente en su alegación, no obstante anunciar que el error de hecho en que incurrió el juzgador, para haber caído en un falso juicio de identidad, no se ocupó de comparar el contenido de las pruebas glosadas con el extraído de ella por el Tribunal, como lo exige la demostración de esta clase de error de apreciación probatoria, haciéndola, aún más, defectuosa.

En tales condiciones el cargo no prospera.

5.- Esta decisión queda en firme en la fecha de su firma y contra ella no procede recurso, correspondiendo al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, la aplicabilidad del principio de favorabilidad, si a ello hubiere lugar, conforme lo prevé el artículo 19 de la ley 553 de 2000, con ocasión a la vigencia Ley 599 de 2000.

Atendidas las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada, de fecha, origen y contenido consignados en esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO
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

1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. M.P. Dr. REYES ECHANDÍA, Alfonso. Agosto 11 de 1981. Dr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lizandro. Noviembre 23 de 1988, Dr. TORRES FRESNEDA, Juan Manuel. Septiembre 16 de 1992. Dr. ARBOLEDA RIPOLL, Fernando. Marzo 23 de 1999. Dr. PÉREZ PINZÓN, Álvaro. Abril 24 de 2003. Dra. PULIDO DE BARÓN, Marina. Junio 8 de 2003, entre otros.

2 Sala de Casación Penal. C.S.J. Septiembre 8/80. M.P. ALFONSO REYES ECHANDÍA

3 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Febrero 28/95. y marzo 10/93

4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. M. P. Dr. ARBOLEDA RIPOLL, Fernando, marzo 23 de 1999.