

Proceso No 23135

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado PONENTE:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta N° 25

Bogotá, D. C., veintiuno de febrero de dos mil siete

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado JOSE ADALVER UPEGUI CRUZ contra la sentencia dictada por el Tribunal superior del distrito judicial de Ibagué el 22 de enero de 2004, mediante la cual modificó el fallo de primera instancia, en cuanto a la pena que varió de 29 años 9 meses a 26 años de prisión, en calidad de coautor de los delitos de homicidio agravado en concurso con el de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego; el Tribunal mantuvo las condenas de interdicción de derechos y de funciones públicas por veinte años, al pago solidario de indemnización de perjuicios en la cuantía que determinó, y mantuvo la negación de la concesión del subrogado de ejecución condicional del fallo.

HECHOS

El día 13 de febrero de 2002 alrededor de la una y cincuenta de la tarde, en la vereda la Montaña del corregimiento del Totumo, en la ciudad de Ibagué, Fredy Eccehomo Ospitia Ospitia se disponía a cumplir cita con el corregidor del lugar, a propósito de inconvenientes surgidos con Javier Valencia Marulanda. Cuando tomó la carretera para dirigirse al lugar del encuentro, fue ultimado con arma de fuego

por hombres que se desplazaban en dos motocicletas que fueron halladas por funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, y se produjeron cuatro capturas; dos de ellas en una primera oportunidad, donde los motociclistas repelieron con disparos la actividad de los Agentes; sin embargo, se logró aprehender a Hernán Darío Perea Moreno y Edgar González Mendoza, mientras que en un lugar cercano se aprehendieron a Giovanni Andrés Arroyave y José Adalver Upegui Cruz.

ACTUACION PROCESAL

Se dispuso la apertura de investigación por la fiscalía 25 de la unidad de reacción inmediata de Ibagué, ordenándose la vinculación de los capturados HERNAN DARIO PEREA MORENO, EDGAR GONZALEZ MENDOZA, GIOVANNY ANDRES ARROYAVE Y JOSE ADALVER UPEGUI CRUZ (fl.1, c1)

La indagatoria del señor Upegui Cruz se realizó el 19 de febrero de 2002 (fls. 104 - 114 / 1); el 25 siguiente se definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva en condición de presunto coautor, junto con los demás capturados, por el delito de homicidio agravado en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (fl. 191-213 c.1)

El 7 de junio de 2002 se clausuró parcialmente la instrucción frente a los señores HERNAN DARIO PEREA MORENO, EDGAR GONZALEZ MENDOZA, GIOVANNY ANDRES ARROYAVE Y JOSE ADALVER UPEGUI CRUZ, continuando la instrucción frente al también vinculado JAVIER VALENCIA MARULANDA (fl. 130, 197, / 2); el 12 de julio del mismo año la Fiscalía profirió resolución de acusación contra los primeramente mencionados, como presuntos coautores de homicidio agravado en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, y precluyó instrucción por el delito de concierto para delinquir. (fl. 301 - 323 / 2)

El juicio correspondió al juzgado sexto penal del circuito de Ibagué, y la audiencia

pública de juzgamiento se realizó el 14 de noviembre de 2002, en dos sesiones, hasta el 21 de enero de 2003 (fls.399-400, 509-522 / 2)

El 31 de marzo de 2003, fue emitida la sentencia de primer grado en relación con todos los procesados (fls. 569 - 598 / 2) y contra ella el defensor técnico interpuso el recurso de apelación que fue resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 22 de enero de 2004 (fls. 66 - 103 / 4)

Contra este fallo el defensor interpuso recurso extraordinario de casación que sustentó en forma oportuna (fl.120-142 /4) y la Corte lo declaró ajustado el pasado 17 de enero de 2005 (fl. 4).

LA DEMANDA

Cargo único. Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, que conllevó la aplicación indebida del artículo 103 y del 365 del Código Penal, así como la falta de aplicación del indubio pro reo.

Con apoyo en la causal primera motivo segundo (violación indirecta de la Ley sustantiva), el demandante acusa la sentencia por estimar que el fallador incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, y ello llevó a la indebida aplicación de los artículos 9, 103 y 365 del c. p.

Sostiene el censor que el tribunal erró al suponer “sin fundamento ni estribo en pieza de convicción alguna” que su representado estuvo en el lugar y hora precisa del homicidio de FREDY ECCEHOMO OSPITIA OSPITIA, por haber sido hallado y capturado en la tienda de propiedad de Regina Gómez Echeverri, ubicada en la vía del Carmen de Bulira, lugar cercano al escenario de los hechos.

La inferencia del fallador es incorrecta según el demandante, pues estima que el

hecho indicador no puede suponerse porque no está demostrado que UPEGUI CRUZ estuvo en el lugar de los hechos y que el haberle encontrado arma de fuego en manera alguna puede comprometerle, pues lo relevante no es quién estaba en poder de ella, sino quién la tenía bajo su control al momento de perpetrarse el homicidio.

Refiere que del examen efectuado al arma encontrada en la tienda de Regina Gómez Echeverri donde se capturó a JOSE UPEGUI, no logró determinarse que se tratara del artefacto homicida y que frente a los hallazgos de manchas o de sustancias compatibles con sangre localizadas al interior del cañón de ella, no se estableció su correspondencia con sangre humana y mucho menos con la del occiso y ello es aceptado por el fallador.

De otra parte, recuerda el censor que la prueba para residuos de disparos o de absorción atómica arrojó resultados negativos en su representado, y el arma no podía contener manchas de sangre en la empuñadura porque ningún enfrentamiento se presentó entre José Adalver Upegui y los miembros del DAS, lo que no sucedió con el otro artefacto bélico relacionado con los procesados GONZALEZ y PEREA, pues en la operación de captura hubo cruce de disparos y resultó herido el primero.

Precisa el demandante que el fallador ha debido abstenerse de construir el indicio porque no está suficientemente acreditado por falta de expresión del hecho indicador, que no existe en la actuación certeza sobre la presencia de su representado en el lugar en que se cometió el delito y por ello el fallador de segunda instancia especuló con hipótesis etéreas y presunciones, consolidándose la suposición probatoria en que incurrió el sentenciador individual y colegiado.

La sentencia de segundo grado debió ser absolutoria, señala el censor, y como los demás medios probatorios no tienen la suficiencia para demostrar responsabilidad penal, ello lleva a la aplicación del principio del In dubio Pro reo, razón por la cual

solicita su aplicación y la emisión de fallo absolutorio.

CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La procuradora tercera delegada para la casación penal solicita no casar la sentencia impugnada, pues el libelista no sólo es confuso en su argumentación en torno al hecho indicador, sino que se limita a exponer su desacuerdo con la valoración hecha a la prueba indiciaria, que encuentra además corroborada con testimoniales rendidos bajo la gravedad del juramento por miembros de la comunidad cercana al lugar de los hechos y que dieron claridad sobre la circunstancias temporales, modales y espaciales de su ocurrencia.

Expone la delegada, que el demandante se quedó en la crítica al proceso de inferencia lógica sin concretar los errores planteados reduciéndose todo a un alegato de instancia para desarticular la decisión condenatoria, que además halla adecuada dado que no acusa los errores endilgados por el demandante.

Señala cómo, de los testimonios que en efecto valoró el juzgador, se pudo inferir la responsabilidad de JOSE UPEGUI, asociada a su captura en lugar cercano al deceso de la víctima, pues quienes estaban en el lugar, señalaron que los hombres que lo cometieron utilizaron motocicletas, y ciertamente esos vehículos fueron hallados instantes después, tanto como las armas de fuego. Una de ellas la ocultó JOSÉ UPEGUI en la cocina de la tienda, y allí la halló la Policía.

La Delegada destaca como no se abordaron los indicios de mentira y de mala justificación ampliamente señalados en el fallo, de tal manera que el análisis ofrecido no

fue cabal, ni en conjunto, para sostener el ataque. Insiste en que el casacionista limitó la censura a enunciados que finalmente no desarrolló en forma integral.

SE CONSIDERA

Cargo único. Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, que conllevo la aplicación indebida de los artículos 103 y 365 del Código Penal y la falta de aplicación del indubio pro reo.

Sostiene el censor que el juzgador incurrió en esta especie de error al suponer “ sin fundamento ni estribo en pieza de convicción alguna” que su representado estuvo en el lugar y hora precisa del homicidio de Fredy Eccehomo Ospitia Ospitia por el hecho de haber sido hallado y capturado en la vía del Carmen de Bulira, en la tienda de propiedad de Regina Gómez, lugar cercano al escenario del crimen, sin haberse determinado, además, quien o quienes portaban el arma hallada a JOSE UPEGUI para el momento del deceso.

En el análisis del cargo, el demandante como puede verse, acepta no solo la tenencia por parte de UPEGUI CRUZ del arma de fuego, en el momento de su captura, sino su presencia en la tienda de Regina Gómez, lugar cercano al del atentado, cuando afirma que “no existe duda ni ha sido negado que los procesados efectivamente se encontraban cerca”. Y en el desarrollo del cargo no cuestiona que su defendido se movilizaba en una moto, ni el comprobado uso de ese medio de transporte para cuando se comete el crimen, hechos que fueron declarados en la sentencia.

En esas condiciones, no se advierte la configuración del error de existencia planteado, pues el fallador deduce el indicio justamente de las circunstancias que el demandante acepta, es decir, de la captura de JOSE UPEGUI en la tienda de propiedad de Regina

Gómez (lugar cercano al de los hechos), del hallazgo en su poder de un arma de fuego y de su movilización en una motocicleta de similares características a las que fueron vistas por varios testigos en los momentos previos y posteriores al homicidio.

El error del censor radica en entender que cuando se habla de indicio de presencia en el lugar de los hechos, se hace referencia al sitio exacto donde se comete el crimen y no, como ha de razonarse en sana lógica, al lugar del suceso o sus sectores aledaños, alcance en el cual lo concibió correctamente el Tribunal. Esta equivocada confusión lo llevó a postular error de existencia, sobre el supuesto de que no aparece prueba del hecho indicador, es decir de que su representado, al rededor de la una y cincuenta minutos del día 13 de febrero de 2002, estuviese en la vía rural donde se cometió el homicidio.

Así las cosas, se concluye que el juzgador realmente no supuso prueba alguna y que la inconformidad del casacionista no deriva en últimas de este hecho, sino de la circunstancia de haber inferido, a partir de estos supuestos fácticos, que el procesado JOSE UPEGUI estuvo en el lugar exacto del homicidio y que participó en el mismo. Esto imponía dirigir el ataque por la vía del error de raciocinio por desconocimiento de las reglas a la sana crítica, pero el demandante no lo plantea de esta manera, ni indica cuál principio de la lógica, cuál regla de la experiencia o cuál postulado de la ciencia fue inobservado por los juzgadores de instancia, limitándose a exponer sus convicciones personales y el simple señalamiento de inconformidades en relación a los razonamientos del fallo.

Además de ello, es evidente que este error tampoco se presentó. La prueba allegada al proceso indica que momentos antes del crimen fueron advertidas en el sector de los hechos dos motocicletas, una negra ocupada por tres hombres y una gris por dos más, y que instantes después de escuchar las detonaciones, las mismas motocicletas fueron

observadas abandonando el sector.

Esta información primaria alertó a los miembros del DAS y determino la búsqueda de los posibles responsables, obteniéndose en breve la ubicación en primer lugar, de la motocicleta negra, a bordo de la cual según lo informado por la comunidad, iba un hombre de piel negra en compañía de otro, quien ante los distintivos del los miembros del DAS, abrió fuego en su contra, siendo finalmente capturados.

Las averiguaciones en el sector, permitieron obtener información sobre la ubicación de la segunda de las motocicletas, en la vía del Carmen de Bulira, concretamente en la tienda de propiedad de Regina Gómez (lugar cercano al de los hechos) donde efectivamente se halló la de color gris y dos hombres más, entre ellos JOSE UPEGUI, quien al percatarse de la presencia de los miembros del DAS ingresó al establecimiento anotado, se despojó en la cocina del arma de fuego que portaba y pretendió huir, siendo capturado por las autoridades, sin que diese razón atendible sobre su presencia en el lugar.

De las motocicletas en el sector del crimen informo también JESUS ACOSTA VELEZ¹, quien dijo haber observado dos motos, una “negra” ocupada por 3 hombres, entre ellos uno de piel negra y otra ocupada por dos, destacando que cuando bajaron, luego de los disparos, que llamaron su atención, en la primera moto ya no venían tres personas, sino el hombre negro y otro, lo que impone por supuesto, que los sujetos de las dos motos eran de un solo grupo, o mejor, iban juntos y por eso mismo la información que se brindó a los miembros del DAS de manera contundente sobre su destino y ubicación. Tambien informaron de ellas, CARLOS JULIO VALDERRAMA, MARICELA HERNANDEZ Y CLAUDIA PATRICIA DIAZ², esposa del occiso.

Esta evidencia, es decir, la ubicación de JOSE UPEGUI en el sector de los hechos , en

posesión no solo de una de las motocicletas vista momentos antes y después del homicidio, sino en poder de arma de fuego, de la que quiso deshacerse, cuando pretendió la huida y la mala justificación sobre su presencia en el sector, debidamente interrelacionada y no solo la captura del procesado JOSE UPEGUI , en la tienda de la señora Regina Gómez, como lo sugiere el censor, fue la que sirvió de fundamento a los juzgadores para afirmar la participación del procesado en los hechos y proferir en su contra fallo condenatorio, evidencia que como puede verse, resulta indiscutiblemente comprometedora, pues opuestamente a lo planteado por el casacionista, se trata de toda una serie de elementos que debidamente concatenados conducen racionalmente a la conclusión a la que llegaron los falladores de instancia.

El cargo no prospera.

En merito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA ADE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto de la Procuradora Tercera Delegada para la casación penal, administrando justicia en nombre de al Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Tribunal de origen.
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO

ESPINOSA PÉREZ

ALVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 Fls.118-119/1.

2 Fls 75-79/2; 71-74/2;267-275/1